

Derecho laboral

Reformas o Nuevo Código del Trabajo

Julio César Trujillo

La reforma antes de la reforma.

La construcción del nuevo Código del Trabajo

Angélica Porras

Vivir y compartir. Propuestas para lograr
la conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Elisa Lanas

Jornadas laborales prolongadas y sus repercusiones
en el buen vivir del trabajador y de su familia

Graciela Monesterolo

Análisis crítico de las instituciones del visto bueno
y de la jubilación patronal en el Código
del Trabajo ecuatoriano

Ximena Moreno

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2013 • Número 19

FORO, revista de Derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional, resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR DEL ÁREA: Dr. César Montaña Galarza.

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. Ernesto Albán Gómez.

COMITÉ EDITORIAL: Dr. Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Dr. Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Dr. Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Dr. Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar), Dr. Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. José Vicente Troya (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Dr. Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Dr. Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Dra. Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Dr. Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Dra. Rosario Valpuesta (†) (Universidad Pablo de Olavide), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Elisa Lanas.

COORDINADORA EDITORIAL: Lcda. María José Ibarra González.

SUPERVISOR EDITORIAL: Jorge Ortega.

CORRECCIÓN: Fernando Balseca.

DIAGRAMACIÓN: Margarita Andrade R.

CUBIERTA: Raúl Yépez.

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versailles, Quito.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador *20 años*

FORO aparece en los índices *LATINDEX*, *Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, y *PRISMA*, *Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas*.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 19 • I semestre 2013

	Editorial <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
TEMA CENTRAL	DERECHO LABORAL	
	Reformas o nuevo <i>Código del Trabajo</i> <i>Julio César Trujillo</i>	5
	La reforma antes de la reforma. La construcción del nuevo Código del Trabajo <i>Angélica Porras</i>	15
	Vivir y compartir. Propuestas para lograr la conciliación de la vida personal, familiar y laboral <i>Elisa Lanas</i>	43
	Jornadas laborales prolongadas y sus repercusiones en el buen vivir del trabajador y de su familia <i>Graciela Monesterolo</i>	61
	Análisis crítico de las instituciones del visto bueno y de la jubilación patronal en el código del trabajo ecuatoriano <i>Ximena Moreno</i>	79
RECENSIONES	Lina Victoria Parra Cortés, <i>Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo: el derecho al trabajo,</i> <i>por Eddy de la Guerra Zúñiga</i>	97
	Santiago González Ortega, coord., <i>El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, por Oroenma Borregales</i>	102
JURISPRUDENCIA	Principios y derechos laborales de una trabajadora: entre la Constitución y la Corte. Análisis de la sentencia No. 009-13-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador <i>Manuel Agustín Chamba</i>	107
	Colaboradores	129
	Normas para colaboradores	131

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 19 • I semester 2013

	Preface from the editor <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
MAIN THEME	LABOR LAW	
	Renovation or New Labour Code <i>Julio Cesar Trujillo</i>	5
	The reform before the reform. Construction of the new Labor Code <i>Angélica Porras</i>	15
	Living and sharing. Proposals for the reconciliation of personal, family and professional life. <i>Elisa Lanas</i>	43
	Long work hours and their impact at the good living of the worker and his family <i>Graciela Monesterolo</i>	61
	Critical analysis about institutions of the approval and employers retirement at the Ecuadorian Labor Code. <i>Ximena Moreno</i>	79
REVIEWS	Victoria Lina Parra Cortes, <i>Contemporary Constitutionalism and the Theory of the Minimum Core: labour rights,</i> <i>by Eddy de la Guerra Zúñiga</i>	97
	Santiago González Ortega, coord., <i>The Multilateral Iberoamerican Convention of Social Security,</i> <i>by Oroenma Borregales</i>	102
CASE LAW	Principles and rights of a woman worker: between the Constitution and the court. Analysis of Case No. 009-13 SEP-CC of the Constitutional Court of Ecuador <i>Manuel Agustín Chamba</i>	107
	Collaborators	129
	Rules for collaborators	131

Editorial

Esta nueva entrega de Foro está dedicada al Derecho Laboral, y concretamente a la anunciada reforma del Código de la materia. Por lo extenso de esta disciplina, los temas que se abordan son unos pocos, en comparación a todas las facetas de la relación laboral que el proyectado cuerpo normativo regularía.

En el año 2013 la ciudadanía ecuatoriana conoció a través de la página web del Ministerio de Relaciones Laborales un listado de temas que constituirían las principales novedades dentro de un nuevo Código de Relaciones Laborales. No obstante, dicho proceso se detuvo y la última noticia que se tiene es que, posiblemente a mediados de 2014, se presente un borrador de Código del Trabajo completo para que sea conocido y comentado por parte de las centrales sindicales y de las cámaras de empleadores.

Confiamos que así sea, que un cuerpo normativo de tal magnitud como es el Código de Relaciones Laborales sea no solamente divulgado, sino incluso construido con el aporte de los representantes de los trabajadores y de los empleadores del país.

Con ese propósito, con mucha lucidez y claridad, Julio César Trujillo hace un análisis de las propuestas del Gobierno, dividiéndolas en tres grupos: unas inaceptables porque privarían a los trabajadores de derechos de los que vienen gozando y que están actualmente previstos en la legislación positiva, y porque serían manifiestamente inconstitucionales; otras reformas serían enunciados abstractos sobre los cuales cabe su desarrollo mediante normas que lo mismo pueden ser favorables que perjudiciales a los trabajadores y trabajadoras, por lo tanto, no es dable ni respaldar ni combatir su adopción; y, finalmente, aquellos temas que, siendo imprescindibles, no son planteados en la propuesta de reformas.

Por su parte, Angélica Porras en su artículo responde a la pregunta ¿cómo será el nuevo Código de Trabajo? Para ello, plantea dos hipótesis: la primera sostiene que es el contexto económico el que marca las transformaciones laborales, a partir de lo cual se pueden visualizar algunas pistas de los caminos que tomará la reforma, concluyendo en este punto que la economía ecuatoriana siempre se ha sustentado en la explotación de los productos naturales y mano de obra barata y este momento no parece ser la excepción. Y la segunda explica que dicha reforma ha empezado ya, por la vía de Acuerdos Ministeriales y Decretos Presidenciales, pudiéndose ver claramen-

te la intención de minar la presencia de los sindicatos en el sector público así como de debilitar su capacidad de contratación colectiva.

Elisa Lanas aborda un tema nuevo para el derecho del trabajo ecuatoriano, pero muy importante si se quiere enfrentar la discriminación laboral en el Ecuador; al explorar las razones que tradicionalmente han justificado la asignación de los roles de cuidado humano y actividad doméstica exclusivamente a las mujeres, con la consecuencia de disminuir y, en algunos casos, casi anular sus oportunidades a la hora de acceder a un trabajo remunerado o de mejorar sus condiciones laborales. Concluye la autora en la necesidad de que mediante el derecho se procure reasignar esos roles, no por vía de castigos ante el incumplimiento, sino más bien a través de incentivos a los empleadores que fomenten la corresponsabilidad familiar.

Graciela Monesterolo analiza la jornada laboral y la posibilidad, sugerida por la reforma de distribuir el máximo de 40 horas semanales en seis días, en lugar de cinco y reconocer por ese día más de trabajo apenas un 25% de recargo en las horas que se ejecuten durante el sexto día de labor. La autora advierte de la vulneración que esta disposición significaría de los principios esenciales de intangibilidad y no regresividad de los derechos laborales, así como de los postulados de la Constitución Política del Ecuador, que reconocen y garantizan a toda persona una vida digna que asegure, entre otros derechos, el trabajo, el empleo, el descanso, el ocio y la salud; y a las políticas públicas reflejadas en los planes nacionales del Buen Vivir.

Finalmente, Ximena Moreno trata sobre dos instituciones que han estado presentes por mucho tiempo en el derecho individual del trabajo, como son el Visto Bueno y la Jubilación Patronal. Sobre estos temas la autora aporta datos valiosos que permiten hacer los correspondientes seguimientos desde los inicios de estas dos figuras, para finalmente sostener la obsolescencia y anacronismo de estas instituciones que no aportan en forma adecuada para el objetivo que fueron establecidas en el momento de su creación.

De esta manera, la revista Foro, expresa el permanente propósito que tiene el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, de contribuir a la doctrina y al debate jurídico con material académico de excelencia.

Ernesto Albán Gómez
Editor

Reformas o nuevo Código del Trabajo

*Julio César Trujillo**

RESUMEN

El ministro de Relaciones Laborales ecuatoriano ha informado al país que prepara un nuevo Código del Trabajo. En verdad, se trata de un proyecto de reformas y no realmente un nuevo Código del Trabajo. Con ese antecedente, el presente artículo hace un análisis de las propuestas del Gobierno, dividiéndolas en tres grupos: unas inaceptables porque privarían a los trabajadores de derechos de los que vienen gozando y que están actualmente previstos en la legislación positiva, y porque serían manifiestamente inconstitucionales; otras reformas serían enunciados abstractos sobre los cuales cabe su desarrollo mediante normas que lo mismo pueden ser favorables que perjudiciales a trabajadores y trabajadoras, por lo tanto, no es dable ni respaldar ni combatir su adopción; y, finalmente, aquellos temas que, siendo imprescindibles, no son planteados en la propuesta de reformas.

PALABRAS CLAVE: reformas laborales, reformas inaceptables, reformas dudosas, moderno Código del Trabajo.

SUMMARY

The Ecuadorian Ministry of Labor Relationships has informed the country that a new Labor Code is being prepared. Truly, the proposals are reforms but not really a new Labor Code. With this precedent, this article develops a study of the proposals of the government, dividing them into three groups: unacceptable reforms, clearly unconstitutional, since it would deprive workers of the legal rights that they have been enjoying; other reforms would be abstract statements that shall be developed through rules that could be either favorable or harmful for workers, and consequently it is not possible to support or attack their adoption; and finally, the topics that even being essential, are not considered by the proposal of reforms.

KEY WORDS: labor reforms, unacceptable reforms, dubious reforms, modern Labor Code.

FORO

* Docente contratado del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

El gobierno del Ecuador –por boca del ministro de Relaciones Laborales– ha informado al país que prepara un nuevo Código del Trabajo, y el ministro ha entregado, por escrito, a los dirigentes sindicales invitados a varias sesiones de trabajo lo que realmente no sería el proyecto de un nuevo Código, sino tan solo un proyecto de reformas al actual Código del Trabajo.

Sostengo que se trata de un proyecto de reformas y no un nuevo Código del Trabajo porque los documentos que ha entregado el ministro a los dirigentes sindicales son el enunciado de los temas que sobre algunas cuestiones –no todas las actualmente reguladas por el Código– serían objeto de regulación mediante normas que modificarían las actuales reglas que, sobre las mismas cuestiones, se encuentran en vigencia, lo cual me permite presumir que continuarán vigentes las actuales normas sobre las otras cuestiones no contempladas en el proyecto, ya porque estas no son derogadas y también porque versan sobre problemas inherentes a las relaciones de producción en el régimen económico que tenemos, y no son temas sin trascendencia para salvaguardar la dignidad del trabajador o trabajadora en sus relaciones con el empleador.

Digo que las normas no son reformadas –según el proyecto del Ministerio de Relaciones Laborales– porque, repito, no se las deroga expresamente y no cabe respecto de ellas la derogatoria tácita según la definición que de esta especie de derogatoria trae el art. 38 del Código Civil, a menos que sea otro el concepto de la relación entre las nuevas reglas y las anteriores, en la lógica ultramoderna de la revolución ciudadana que no nos dice.

NECESIDAD DE UN NUEVO CÓDIGO DEL TRABAJO

No es simple novelería la necesidad de un nuevo Código del Trabajo, sino necesidad de los cambios que los tiempos han introducido en la organización social y en las estructuras económicas del Ecuador.

En efecto, el Código actualmente vigente fue promulgado en 1938 y aunque a él se han introducido numerosas reformas, estas no han cambiado ni podían cambiar el sistema del Código que responde, como debía ser, a la estructura económica y organización social que caracterizaba al Ecuador de los años en los que el Código fue promulgado; además muchas reformas, sobre todo las posteriores a 1991, responden al pensamiento dominante en el Ecuador, en el último cuarto del siglo XX, y al que se lo conoce como neoliberal.

Durante la hegemonía del llamado neoliberalismo no fui partidario de las reformas que, entonces, se hicieron ni respaldé la tesis de un nuevo Código del Trabajo porque temía que este respondiera a la ideología dominante en esos años que no era, preci-

samente, favorable a la prevalencia del trabajo humano sobre los otros factores de la producción ni respetuosa de la naturaleza y de sus recursos renovables y no renovables que son necesarios para la producción de los bienes y/o servicios indispensables para asegurarnos una vida decente y digna, y mucho más para el *sumak kawsay*.

En los primeros años de este Gobierno creí ingenuamente que el pensamiento de los dirigentes del Estado ecuatoriano había cambiado y alenté a los dirigentes sindicales para que respaldaran y hasta promovieran la tesis de un nuevo Código del Trabajo, nombre con el cual, sin embargo, se propone las reformas que vamos a comentar.

En las 25 reformas que con el título de Proyecto de Código Orgánico de Relaciones Laborales ha propuesto el ministro del ramo tenemos algunas inaceptables porque privarían a los trabajadores y trabajadoras de derechos de que vienen gozando desde mucho tiempo atrás y que están actualmente prescritos en la legislación positiva, y porque serían manifiestamente inconstitucionales; otras reformas son enunciados abstractos sobre los cuales cabe su desarrollo mediante normas que lo mismo pueden ser favorables que perjudiciales a los trabajadores y trabajadoras; por lo tanto, no es dable ni respaldar ni combatir su adopción, mientras no se conozcan las normas con las cuales se las va a desarrollar. Por fin, en estas reformas, no se abordan cuestiones que el avance de la historia exige: una regulación en la que prevalezca justicia sobre el mero afán de lucro o de poder de los detentadores de la riqueza y/o del poder.

LAS REFORMAS MANIFIESTAMENTE INACEPTABLES

Son, sin duda, inaceptables las reformas sobre la jornada de trabajo en minería a gran escala, la eliminación del trámite de desahucio, la eliminación de los almacenes de primera necesidad, la supresión de los servicios de alimentación para los trabajadores, lo mismo que la supresión de los servicios médicos y de guarderías para los hijos de los trabajadores.

LA JORNADA DE TRABAJO EN LA MINERÍA

La jornada ordinaria de trabajo en la minería actualmente es de seis horas y con la jornada extraordinaria puede prolongarse hasta siete horas diarias; el sustituirla con la jornada de ocho horas es manifiestamente perjudicial para los trabajadores, contraria a la Constitución, al Pacto de San José y, en consecuencia, inaceptable, mucho más si con esta reforma se pretende estimular la minería a gran escala.

LA ELIMINACIÓN DE SERVICIOS

La legislación actual sobre el derecho de los trabajadores y trabajadoras a la alimentación es, no cabe duda, anacrónica, porque está prescrita a favor de quienes prestan servicios en empresas situadas a más de dos kilómetros de la población más cercana (art.42.4 del Código del Trabajo (CT)), y a quienes tengan que trasladarse a un lugar distinto del de su residencia (art. 42.22 CT), ya que ahora no es solo la distancia que separa la residencia del trabajador o trabajadora del centro de trabajo lo que determina la imposibilidad de que estos se trasladen a alimentarse con su familia, sino la congestión del tránsito, la especie de las maquinas, herramientas y más medios de trabajo, la clase de bienes o servicios que se producen, etc., además del trabajo en el agro o en lugar distinto del de residencia.

En estos y otros casos no es actualmente, como en 1938, el interés del trabajador o trabajadora, el que se protege con este servicio, sino los de la misma empresa y del centro de trabajo, pero eliminarlo no beneficia en nada a los asalariados y asalariadas. Además su eliminación constituiría violación de los artículos 11.8 y 84 y 326.2 de la Constitución, lo mismo que el art. 26 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos que prohíben leyes que desmejoren las condiciones y derechos humanos de los que forman parte los que en las relaciones de producción de quienes prestan servicios bajo la dependencia de otra persona.

ELIMINACIÓN DE SERVICIO MÉDICO, GUARDERÍAS Y COMISARIATOS

Lo mismo podemos decir de la eliminación de los servicios médicos, de las guarderías infantiles y de los almacenes de artículos de primera necesidad; lo cual no quiere decir que estos servicios a favor de los trabajadores y trabajadoras han de conservarse en los mismos términos que fueron concebidos y regulados hace cerca de cien años, sino que han de conservarse con las reformas que exigen los cambios que en la organización social, en los usos y costumbres de la vida social, el progreso de la ciencia, la innovación tecnológica y la influencia de los otros pueblos con los que mantenemos inevitable interdependencia, han introducido.

ELIMINACIÓN DEL DESAHUCIO

La eliminación del desahucio en los contratos de plazo fijo puede restablecer la antigua costumbre de poner fin verbalmente una relación de trabajo que deja a cargo del trabajador la prueba de la terminación y se le priva del derecho a la prórroga del contrato ya no como contrato a plazo, sino como contrato por tiempo indefinido, con todas las consecuencias de esta transformación. Actualmente, además, la falta de forma escrita en los contratos a plazo fijo acarrea la nulidad del contrato en cuanto contrato a plazo fijo y su mutación en contrato por tiempo indefinido, lo cual constituye una protección más eficaz que la inspección del trabajo que no siempre es oportuna.

MENSUALIZACIÓN DE LAS DECIMOTERCERA Y DECIMOCUARTA REMUNERACIONES

Con razón los trabajadores rechazan la propuesta de “mensualización de las decimotercera y decimocuarta remuneraciones” para imputarles a la remuneración básica que, por mandato constitucional (art. 328) no puede ser inferior al costo de la canasta básica o suficiente para cubrir las necesidades básicas del trabajador y de su familia, no incluido, en ellas, el ahorro.

Se argumenta que la satisfacción de las necesidades especiales que ocasionan las fiestas de navidad y los gastos de la iniciación del año escolar deben ser previstos por el trabajador y para su satisfacción debe ahorrar en el curso del año inmediato anterior, como sofisticadamente sostenían los empleadores en la llamada, por el actual Presidente, “larga noche neoliberal”, sin tener en cuenta que si la remuneración mensual que reciben los asalariados en todo el año no es suficiente para cubrir las necesidades mensuales de subsistencia, al exigirle que de esa remuneración insuficiente ahorre una parte, se le está condenando a que no cubra, durante todo el año, esas necesidades básicas con todas las consecuencias en su salud y subsistencia y en las de su familia, o que se incremente el déficit de la remuneración frente a la canasta básica.

REGULACIÓN DE LA HUELGA

Es igualmente inaceptable la regulación de la huelga sin derecho a ocupar, durante el tiempo de su duración, los locales de trabajo, por muchas razones, entre otras las de que el empleador puede multiplicar las ocasiones para desestimular a los huelguistas

que solos, sin la compañía y aliento de sus compañeros, se vuelven todavía más vulnerables.

¿Qué ocurre con la huelga solidaria? En el pasado la huelga solidaria era la ingeniosa forma de fomentar la solidaridad de los empresarios frente a la huelga de las otras empresas, ya que el sistema de producción casi monopólica que rige en la mayoría del aparato productivo del país no siempre es suficiente al temor de perder mercado que, durante la huelga, puede ser copado por las empresas competidores de la empresa cuyo trabajadores suspenden la producción a causa de ella.

PERMISOS SINDICALES

La propuesta de regular los permisos a los dirigentes sindicales en el sector privado es ambigua, ya que puede entenderse que no proceden los permisos para los dirigentes de sindicatos del sector público; y esto, aparte de que sería consagrar una desigualdad violatoria del art. 11.2 de la Constitución, podría entenderse que los del sector público no tienen derecho a organizarse sindicalmente, lo que violaría los Convenios 87 y 98 de la OIT e infringiría los informes del Comité de Libertad Sindical que, en más de una ocasión, ha presentado contra el Ecuador y que la Corte Constitucional está en el deber de hacerlos cumplir.

LAS REFORMAS DUDOSAS

La mayoría de las reformas que propone el Ministerio de Relaciones Laborales son de efectos dudosos y, por tanto, no se las puede aceptar o rechazar si es que no se nos hace conocer los términos de las normas mediante las cuales se van a reformar las normas que actualmente regulan en detalle los asuntos que, al decir del Gobierno, van a ser reformados.

“PAGO DE UTILIDADES EN ACCIONES”

Constituir a los “proletarios” en “propietarios” es un ideal aparentemente revolucionario, pero en la realidad es ignorar el poder de los accionistas mayoritarios en las decisiones de la empresa capitalista por acciones, sobre todo en la distribución de las utilidades y su reinversión en su capitalización, y no tener conocimiento del perjuicio que representó para los trabajadores el “accionariado obrero” en Europa.

Por otra parte, la deficiente regulación del pago de utilidades en acciones de una empresa en quiebra puede servir para licuar las obligaciones patronales mediante la

transferencia de la quiebra a los proletarios y es ilusoria la condición de propietarios si es que se les deja en libertad para ceder sus acciones y/o si no se prevé una regulación especial para los derechos y cesión de las acciones de los asalariados.

¿El trabajador acosado por las necesidades no será tentado a ceder sus acciones a cualquier precio y a cualquier comprador?

SINDICALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN COLECTIVA POR RAMA DE ACTIVIDAD

No se dice nada sobre los sindicatos y contratos colectivos de empresa y por ramas de oficio que actualmente son posibles y lo mismo puede establecerse que todas estas diferentes formas de asociación sindical y contratación colectiva, incluso las por rama de actividad, coexistan, y entonces habría que regular sus relaciones; también se podría prescribir que son excluyentes y que, por tanto, se han eliminado los sindicatos y contratos colectivos de empresa y de oficios y dejar tan solo la nueva forma o por rama de actividad y, en este caso, la reforma sería inaceptable. ¿Qué ocurre con el actual contrato colectivo obligatorio, versión a la ecuatoriana del contrato por ramas de actividad?

¿Qué va a ocurrir con el descuento de las cuotas sindicales y del 5% para las actuales centrales?

Lo mismo debemos decir de la propuesta de regular las elecciones de las directivas de los sindicatos a través de voto secreto, que igual puede contribuir a la democratización de las organizaciones sindicales que para ponerlas a las órdenes del empleador, y mucho más si el empleador es el Estado, según la experiencia de lo que ha ocurrido en el Ecuador y en otros países.

¿En qué consiste la protección a la constitución de sindicatos?

No se ve cual sería el beneficio de la equiparación de los operarios y aprendices artesanales con los demás trabajadores respecto de las decimotercera y decimocuarta remuneraciones si es que estas van a pasar a formar parte de la remuneración mensual.

La sustitución de la jubilación a cargo del empleador y la creación de la bonificación por terminación del contrato puede ser beneficiosa para el trabajador o trabajadora, lo mismo que puede ser una forma disimulada de su supresión; todo va a depender de la regulación que se la dé, por lo que sería necesario conocer esa regulación.

La misma es la situación de las reformas acerca de la prohibición de la discriminación, actualmente prohibida por la Constitución (art. 11.2); la mayor protección de la mujer embarazada debe singularizarse, pues hay formas de protección que terminan

siendo discriminatorias, como ocurrió con la prohibición del trabajo nocturno que las mujeres, en consecuencia, supuestamente favorecidas demandaron que se la suprima.

En el trabajo de las personas privadas de la libertad caben los trabajadores con prisión preventiva, respecto de los cuales la jurisprudencia tiene resuelto que su falta al trabajo no justifica el visto bueno y que si es absuelto tiene derecho a volver al puesto de trabajo que tuvo que dejar mientras estuvo imposibilitado de asistir al trabajo; en cambio, el trabajo de los condenados a prisión necesita una regulación más propia del Código de ejecución de penas que del Código del Trabajo.

Las funciones de confianza y el trabajo de transporte en carreteras son materias necesitadas de una regulación detallada que, al no conocerla, no podemos aceptarla ni rechazarla.

Igual es la situación de la prohibición de que se publique la salida de extrabajadores y del derecho a percibir utilidades de los trabajadores que prestan servicios en compañías de actividades complementarias, tanto más cuanto que la ambigua caracterización de estos trabajadores ha servido para restablecer la “tercerización” que se dice estar prohibida, sobre todo en el sector público.

La equiparación de las indemnizaciones de los trabajadores del sector público con las de los servidores públicos por desvinculación de acuerdo a lo establecido en la LOSEP no es clara mientras no se precise si, para los primeros, se prohíbe el despido intempestivo como está la destitución ilegal para los segundos, y si, por tanto, se les reconoce a aquellos como a estos el derecho para demandar la restitución al puesto de trabajo y la remuneración de todo el tiempo que ha permanecido fuera de su trabajo, desde la fecha de despido hasta la fecha de la restitución al puesto del que se lo ha despedido ilegalmente. Pues de ser así no solo que respaldaríamos la reforma, sino que la promovería a favor de los trabajadores del sector privado, salvo contadas excepciones, como vengo promoviéndolo desde hace más de cuarenta años.

Nuevos Tipos de Procedimientos Judiciales: mientras no se desarrolle el texto de los nuevos procedimientos judiciales no podemos decir nada acerca de estos nuevos procedimientos que lo mismo pueden ser altamente favorables a la causa de los trabajadores o totalmente desfavorables, así como también habría que analizar la relación que esos deberían tener con el proyectado Código de Procesos que algún tiempo atrás se anunció que preparaba el Gobierno.

El actual proceso oral puede ser muy útil para acelerar la sustanciación de los juicios sobre esta materia, siempre que se respete el principio constitucional de que no se ha de sacrificar la justicia a las cuestiones meramente formales, como ahora ocurre, sobre todo que no se privilegie el cumplimiento de los términos o plazos en que el juez o jueza debe dictar sentencia, para evitar que sea sancionado y en aras de lo cual

se omite las diligencias conducentes al establecimiento de la verdad real y, en consecuencia, la justicia de las pretensiones del trabajador.

La propuesta de que la resolución del inspector del Trabajo que, expedida en conocimiento de que el empleador ha incumplido sus obligaciones económicas, constituya mandamiento de pago puede tropezar con la inconstitucionalidad derivada de su contradicción con el art. 173 que prescribe que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado, tal es el caso del inspector del trabajo, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial y, por consiguiente, mientras esta no resuelva, mediante sentencia, la obligación del empleador, la resolución del inspector no puede constituir título ejecutivo.

MATERIAS QUE NECESITAN SER INCORPORADAS A UN MODERNO CÓDIGO DEL TRABAJO

Reconozco la preocupación del Proyecto sobre el teletrabajo, pero echo de menos su regulación suficiente, y lo mismo que el olvido de las modalidades de trabajo que no constan en el actual Código del Trabajo, unas porque no eran conocidas en el Ecuador de 1938, como es el caso del trabajo de los tripulantes del transporte aéreo, el del deporte profesional, por ejemplo; otras porque las condiciones en las que se desarrollan han cambiado sustancialmente, tal es el caso del trabajo agrícola, o el trabajo a domicilio, para no citar los más conocidos.

La inspección del trabajo necesita ser reformada para encargarla a profesionales alta y multidisciplinariamente formados y, por otro lado, es ineludible garantizar su estabilidad en el empleo e independencia en el desempeño de sus funciones.

La seguridad industrial y la salud ocupacional requieren de una moderna y eficiente regulación, porque si en algo el actual Código es anacrónico es, precisamente, en la regulación con los llamados riesgos del trabajo.

La arcaica y obsoleta división de los trabajadores en empleados y obreros merece revisarse porque si bien era conforme con los métodos de trabajo de 1938, actualmente no solo que está superada, sino que los criterios para sustentarla son varios; pero como este arcaísmo, no se sabe por qué, se elevó a norma constitucional en Montecristi sería necesario, por lo menos, actualizarlo con nuevos conceptos del obrero y del empleado, de modo singular en el sector público. Los nuevos conceptos podrían provenir del derecho comparado.

Fecha de recepción: 18 de noviembre 2013
Fecha de aprobación: 20 de diciembre de 2013

La reforma antes de la reforma. La construcción del nuevo Código del Trabajo

*Angélica Porras Velasco**

RESUMEN

Dada la inminencia de la reforma laboral que pretende expresarse en un nuevo Código del Trabajo, en este pequeño ensayo se busca explorar los elementos más importantes de esa transformación; para ello se plantean dos tesis: la primera relativa a la influencia del contexto económico en la reforma laboral, es decir, es la estrategia denominada “cambio de matriz productiva” la que determinará la forma de trabajo y de trabajador que desde el Estado se impulsa; la otra tesis está relacionada con el avance de las reformas, no en el sentido de los diálogos con las organizaciones de trabajadores, empleadores y el Estado, sino desde los visos de lo que será el nuevo Código del Trabajo, que ya empiezan a identificarse en las múltiples normas de carácter secundario que en estos años ha emitido el ejecutivo, ya sea como Ministerio de Relaciones Laborales o como Presidencia de la República.

PALABRAS CLAVE: reforma laboral, flexibilización laboral, contratación colectiva, derechos y principios fundamentales en el trabajo, Constitución.

SUMMARY

Given the imminence of the labor reform, in this short essay explores the most important elements of the proposed transformation. For this purpose, two theses are developed: the first related to the influence of the economic environment on the labor reform, in other words, the State strategy called “change of productive matrix” will determine the form of the work and the class of worker that the State promotes. The other thesis is related to the progress of the reforms, not in the sense of the dialogues between the workers organizations, employers and the State, but in the sense of the signals of what will be the new Labor Code, which can be identified in multiple secondary rules that have been issued over the years by the executive power either as Ministry of Labor Relationships or as President of the Republic.

KEY WORDS: labor reform, labor flexibility, collective bargaining, fundamental principles and rights at work, Constitution.

FORO

* Asesora del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

INTRODUCCIÓN

La discusión en torno a la reforma al Código de Trabajo ha sido un asunto recurrente en los últimos años, parece una medida necesaria, puesto que la legislación laboral ecuatoriana data en lo principal de 1938, fecha en que se aprobó el primer Código. Desde ese entonces se han realizado una serie de cambios importantes en la concepción original de esta normativa para adaptarla a las exigencias de la economía y la política del país. Sin embargo, hasta ahora, a pesar de los múltiples intentos, no se logró sustituirlo por otro Código.

En los últimos años, las innovaciones que trajo consigo la Constitución de 2008 exigieron un impulso para el cambio de la legislación en general; a pesar de que existe consenso al respecto, los principales códigos no han sido sustituidos. Se mantienen el Código Civil, Penal, del Trabajo, Comercio, etc. De todas formas, la discusión sobre el Código Penal está en marcha y se cree que pronto ocurrirá lo propio con el Código del Trabajo. En esta ocasión, parece que el discurso, al menos de la institucionalidad estatal, es que se debe empujar un nuevo Código del Trabajo o de “las relaciones laborales”, como ahora se denomina. Esto nos coloca en una coyuntura específica: ¿cómo será el nuevo Código de Trabajo?

Para tratar de responder esta pregunta nos planteamos explorar dos tesis:

1. La influencia del contexto económico en las transformaciones laborales, lo que nos ofrece algunas pistas de los caminos que tomará la reforma.
2. Los avances de la reforma que se han impulsado vía Acuerdos Ministeriales y Decretos Presidenciales. Aunque no se ha cambiado oficialmente el Código se pueden advertir algunas transformaciones importantes realizadas vía normas infralegales.

Como sabemos, el cambio legal se alimenta tanto del impulso voluntarista de los actores políticos (gobernantes y grupos sociales) como de las transformaciones económicas que son su marco. Desde esta perspectiva, las preguntas que nos proponemos estudiar son: ¿por qué ahora sería más inminente un cambio de la legislación laboral?, o, dicho en otras palabras, ¿qué transformaciones económicas o de las fuerzas productivas –actual o potencial– generan un contexto propicio para tal fin?, y, si fuera así, ¿qué reformas se presentan como las más evidentes?

Para lograr el objetivo planteado el artículo se dividirá en dos partes; la primera: el análisis del Código actual que incluye un breve recuento del nacimiento del Código del Trabajo, sobre todo poniendo énfasis en la relación del contexto económico político en que surgió y la revisión de los cambios más sustanciales que ha sufrido el Código, especialmente en las décadas de 1980 y 1990 en las que la liberalización de la

economía ecuatoriana introdujo profundas reformas laborales; la segunda investigará los avances de la reforma que vía infralegal –Acuerdos y Decretos– se viene gestando. En ambos acápites son de vital importancia las referencias al contexto económico y político.

EL CONTEXTO EN EL QUE NACE EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1938

Como bien sostiene Alejandro Moreano, el siglo XX constituye en el Ecuador el tiempo del desarrollo del capitalismo y su inserción en las modalidades del capital de los centros hegemónicos; es, pues:

la época de formación y transformaciones sucesivas de la burguesía dependiente; la época de la descomposición de las viejas formas de existencia social de las masas explotadas y de la configuración de nuevas relaciones de clase; la época de la formación del proletariado y de las nuevas capas sociales; la época de la acelerada integración a la gran confrontación mundial entre las fuerzas de la revolución, dirigidas por el proletariado internacional, y las fuerzas de la contrarrevolución, dirigidas por el imperialismo norteamericano.¹

La forma de producción del capitalismo requiere al menos dos premisas: la propiedad de los medios de producción y la creación de mano de obra libre. Ambos procesos fueron emprendidos en el Ecuador de finales del siglo XIX y principios del XX.² Este período corresponde a lo que Alberto Acosta denomina la “modalidad primario exportadora”.³ La segunda forma de acumulación capitalista por la que ha atravesado el Ecuador corresponde a esta época el liberalismo y la Revolución juliana, y se extiende hasta la década de 1940. Se caracteriza por la convivencia de formas precapi-

-
1. Alejandro Moreano, “Capitalismo y lucha de clases en la primera mitad del siglo XX”, en René Báez, Agustín Cueva, Leonardo Mejía, *et al.*, *Ecuador, pasado y presente*, Quito, Libresa, 1995, p. 98.
 2. Agustín Cueva, *El desarrollo del capitalismo en América Latina*, México, Siglo XXI, 2004, pp. 65-66.
 3. Alberto Acosta, *Breve historia económica del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2001, pp. 62-96. Acosta reconoce cuatro fases de acumulación en el país: la primera caracterizada por los rezagos coloniales que da origen al Estado “oligárquico-terrateniente” que va desde la época de la independencia hasta finales del siglo XIX; la segunda fase: “la primario exportadora”, orientada sobre todo a la consolidación de la economía agroexportadora y la alianza de esta élite con la comercial y bancaria que se extiende desde la Revolución liberal hasta la década de 1940 la tercera fase: “modelo de industrialización por sustitución de importaciones”; como efecto de la crisis del banano y por la influencia del proceso de sustitución de importaciones en otros países se aplica esta modalidad que busca desarrollar la industria nacional poniendo restricciones a las importaciones, no se logran los resultados esperados, es una etapa que va desde la década de 1950 hasta la de 1980; y la cuarta fase: “la reprimarización modernizada” caracterizada por el ajuste neoliberal, la influencia del FMI y el BM; va desde la década de 1990 hasta la crisis de fin de siglo. Luego vendrá la dolarización que es un período no abordado por el autor.

talistas de producción, sobre todo situadas en la Sierra y, modalidades más modernas en la producción agroexportadora y comercial de la Costa que se estructura en torno al cacao.⁴ La propiedad se configura en torno a la tierra, la actividad agroexportadora se convierte en el receptáculo de la mano de obra indígena y campesina liberada de las haciendas serranas. “Se produce el proceso de acumulación y reproducción del capital comercial interno con trabajadores libres que se transforma en capital industrial. Este proceso tiene como objetivo la transformación de la fuerza de trabajo en mercancía”,⁵ ajustándose a las necesidades de los centros metropolitanos del capital. En este camino es transcendental el ferrocarril, obra iniciada por García Moreno pero culminada por Eloy Alfaro. A pesar del gran esfuerzo en recursos y tiempo que significó esta construcción para el país, no logró articular el mercado interno, aunque sí amplió las relaciones de tipo asalariado en las plantaciones cacaoteras.⁶

En esta misma época se empieza a fraguar la alianza agroexportadora financiera y se constituyen los primeros bancos, aparece el Banco Agrícola Comercial, la única entidad encargada de la emisión de moneda.

Hacia 1920, la burguesía había consolidado todas sus posiciones, esto es, había definido las bases monopólicas de la acumulación del capital agrocomercial, integrando la producción agrícola para el mercado interno en unidades latifundistas a ese sistema de circulación y acumulación.⁷

No se había conformado un mercado nacional para la producción industrial nacional, sino para la producción industrial de la metrópoli.

Este período tuvo que transitar por varias crisis. La primera se desarrolla durante la guerra mundial. En 1914 empieza la debacle de la exportación cacaotera. Como consecuencia de la guerra, el puerto de Hamburgo se cerró y afectó las exportaciones, pues por allí entraba la producción de cacao a Europa, que significó una caída importante en los ingresos,⁸ que repercutió directamente en la calidad de vida de todos, pues el capital de los buenos tiempos del cacao no fue utilizado para diversificar la producción, sino que sirvió para sostener las importaciones suntuarias de las élites. Por otro lado, la crisis redujo la producción cacaotera impidiendo que pudiera seguir asumiendo la mano de obra liberada de las haciendas de la Sierra por lo que había un

4. *Ibid.*, p. 73.

5. Alejandro Moreano, “Capitalismo y lucha de clases en la primera mitad del siglo XX”, pp. 101-102.

6. Alberto Acosta, *Breve historia económica del Ecuador*, p. 73.

7. *Ibid.*, pp. 75 y 108.

8. *Ibid.*, pp. 80-82, 83.

gran torrente de desocupados que iba a Guayaquil y la situación se iba tensionando cada vez más.⁹

A pesar de la crisis, la burguesía local logró mantener la plusvalía, trasladando los efectos de la crisis a los pobres a través del congelamiento de los salarios que se traduce en disminución del salario real y el aumento de la masa de circulación monetaria (devaluación).

La crisis generó un regreso a formas precarias de relación laboral y el desempleo fue el pan de cada día. Esto desembocó en los reclamos laborales, artesanales, campesinos e indígenas. La manifestación más contundente de esta lucha se produjo el 15 de noviembre de 1922, en Guayaquil,¹⁰ cuando trabajadores de diversas instituciones públicas y privadas llamaron a la huelga general que terminó en una terrible masacre por la represión del Estado. Hasta ahora no se conoce el número de víctimas; a esto triste hecho Alberto Acosta lo denomina “el bautismo de sangre de la clase obrera”.¹¹

La crisis del cacao y las demandas sociales, que fueron reprimidas brutalmente, merecieron la respuesta de un grupo de jóvenes oficiales del ejército, que intervino en la política del país desde 1925 hasta 1931; en estos años se sucedieron tres gobiernos. En julio de 1925, con un golpe de Estado, los militares derrocaron al gobierno constitucional y nombraron la primera Junta Provisional de Gobierno que duró seis meses; la segunda Junta Provisional de Gobierno duró tres meses, luego vino el gobierno de Isidro Ayora como presidente interino y después como presidente constitucional.¹²

A finales de la década de 1920 llega a Ecuador la misión Kemmerer que se encargaría de impulsar la modernización del Estado, se crea el Banco Central, la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, la Dirección de Aduanas, la Dirección de Obras Públicas, en definitiva se logra incluir al Estado de manera racional en la economía ecuatoriana. Recién por esta época el Banco Central empieza a emitir dinero oficialmente.¹³

9. Alberto Acosta, *Breve historia económica del Ecuador*, p. 113.

10. “En noviembre, cuando la inflación había alcanzado niveles sin precedentes, la tensión estalló. El 7 de noviembre, los tranviarios anunciaron la huelga: el 8, los trabajadores de alumbrado, de la compañía de gas, de los talleres mecánicos, del agua potable, del cuerpo de bomberos: los días siguientes, aquellas fuerzas formadas por la revolución liberal que fluían apaciblemente en el sueño ideológico de la burguesía, emergieron, se concentraron y confluyeron poderosamente en una gran concentración (...) el 15 amaneció paralizada y custodiada por piquetes de obreros en huelga”. Alejandro Moreano, “Capitalismo y lucha de clases en la primera mitad del siglo XX”, p. 114.

11. Alberto Acosta, *Breve historia económica del Ecuador*, pp. 83-85.

12. Juan Paz y Miño, *La Revolución juliana en Ecuador (1925-1931)*. *Políticas económicas*, Quito, Ministerio Coordinador de la Política Económica/Academia de Historia, 2013, pp. 27-29.

13. Alberto Acosta, *Breve historia económica del Ecuador*, pp. 84-89.

La burguesía, en lugar de lograr una salida seria a la crisis se enfrascó en una lucha entre la Costa y la Sierra, tensión que impidió que el capital acumulado de agroexportación se trasladara hacia el sector industrial, salvo pequeños intentos en los textiles, madereras, pieles, lo que redujo en algún porcentaje los bienes importados. La expulsión de trabajadores de las haciendas continúa hacia la Costa, pero por la crisis no es capaz de absorber la mano de obra con lo que se formó un inmenso ejército de reserva.¹⁴

Otra crisis apareció entre 1930 y 1933, producto de la debacle internacional. Este nuevo contexto permitió el derrocamiento de Isidro Ayora a través de una alianza entre la burguesía de la Costa y un grupo de militares progresistas. Así llega al poder Baquerizo Moreno, representante de los agroexportadores, pero los serranos mantuvieron espacios clave. La nueva devaluación solo se concretó hasta 1933.¹⁵

Desde 1925 los socialistas son una parte importante de los pactos intraburgueses, ya sea como gobiernos de transición con militares progresistas o como prestadores de un discurso que servía para desmovilizar a los trabajadores, campesinos, etc., que se habían ya organizado e incluso eran beligerantes. Los socialistas lograron mitigar la fuerza de las demandas del movimiento sindical, encaminándolas a través de formas institucionalizadas de conciliación de clases.¹⁶

Tanto en los gobiernos de Isidro Ayora, como en el de Federico Páez (1935-1937), se empiezan a dictar leyes laborales. Ayora expide una serie de leyes que facilitan el desarrollo de la industria textil, sobre todo de Quito. Páez, por su lado, impulsa normas de salario mínimo para los trabajadores textiles, leyes que regulan el jornal para trabajadores de la Sierra, instituto de previsión social, etc. Las reformas para fortalecer el movimiento de masas prosiguieron con gran intensidad –leyes sobre la desocupación y el desahucio, ley de cooperativas, el estatuto jurídico de las comunidades campesinas– hasta culminar con la expedición del Código del Trabajo, mejor instrumento para mantener a la clase obrera y su lucha en los límites del sistema.¹⁷

14. Alejandro Moreano, "Capitalismo y lucha de clases en la primera mitad del siglo XX", pp. 129-131, 132.

15. *Ibid.*, pp. 121-125.

16. *Ibid.*, pp. 137-138.

17. *Ibid.*, pp. 119 y 136.

EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1938

Como sabemos, el Código del Trabajo fue aprobado el 5 de agosto de 1938, cuando el general Albero Enríquez Gallo fungía como Jefe Supremo del Estado, nombrado por el ejército. Enríquez venía de una agitada participación en la vida política ecuatoriana, participó aunque no directamente en la matanza de obreros del 22 de noviembre de 1915, luego en la Revolución juliana de julio de 1925, apoyó la primera presidencia de José María Velasco Ibarra y también en su derrocamiento. En 1937 se instaló la Asamblea Nacional Constituyente y logró que la milicia le nombre como Jefe Supremo.¹⁸

El Código se nutrió tanto de las normas y leyes que ya se habían dictado años atrás, pero que se encontraban dispersas, y de la Constitución de 1929, auténtico producto de la revolución juliana.

LA CONSTITUCIÓN DE 1929

La Constitución de 1929 nace totalmente influenciada por la Revolución Juliana, de hecho, la Primera Junta de Gobierno Juliana conformó una comisión para la revisión de las leyes y la Constitución; así se inaugura el constitucionalismo contemporáneo ecuatoriano.

La Constitución de 1929 no solo fue la confluencia de ideas progresistas, sino también de necesidades sociales y económicas, en primer lugar. El dominio oligárquico-terrateniente estructurado en torno a la exportación del cacao se vino abajo por la grave crisis y por la ineficiencia de los gobiernos de este período. A esto debe agregarse que a nivel mundial el poder se estaba reconfigurando: aparece la Unión Soviética (1917); la hegemonía mundial se traslada de Europa a Estados Unidos (Segunda Guerra Mundial); y el movimiento obrero cobra fuerza y presencia.¹⁹

La inestabilidad fue la marca de este tiempo: entre 1931 y 1948 se sucedieron en el país 20 gobiernos, 1 conflicto armado interno (la guerra de los cuatro días) y uno

18. Durante su Jefatura, Alberto Enríquez Gallo no solo dictó el Código del Trabajo, sino también la Ley de Organización y Régimen de Comunas, la Ley de Matrimonio Civil, la Ley de Asistencia Social y el Código de Menores.

19. Juan Paz y Miño, *La Revolución Juliana en Ecuador (1925-1931). Políticas económicas*, pp. 91-94; y Juan Paz y Miño, "Historia y Economía", en *Boletín del THE-Taller de Historia Económica*, No. 6, Quito, junio 2007, pp. 8-11.

internacional con el Perú; apareció y se consolidó el populismo en torno a la figura de José María Velasco Ibarra y luego de Asaad Bucaram.²⁰

La Constitución de 1929 es progresista y modernizadora. Juan Paz y Miño distingue tres grandes cuestiones abordadas por esta norma: a) integra derechos sociales y económicos; b) asegura la intervención del Estado en la economía; c) limita la propiedad.²¹

La Constitución Política de la República del Ecuador integra en la Parte II, Título XIII, las garantías constitucionales que, además de las clásicas de la libertad personal, de comercio y propiedad, desarrolla otras de carácter social y económico. Consagra el *Habeas Corpus*, la protección del matrimonio y la familia, la salubridad pública, la protección del indígena, etc. En lo relativo a los derechos de los trabajadores: protege al trabajador y su libertad al establecer la obligación del contrato de trabajo, la jornada máxima, los salarios mínimos, el descanso semanal, la indemnización por accidentes de trabajo, y el seguro social (art. 151.18); señala la obligación del legislativo de regular mediante ley: las condiciones de salubridad y seguridad en el trabajo (art. 151.18), el trabajo de mujeres y niños (art. 151.19), las coaliciones, huelgas y paros; garantiza la libertad sindical reconociendo la libertad de trabajadores y empleadores para crear sus asociaciones y agremiaciones; se crean los tribunales de conciliación y arbitraje (art. 151.24).²²

En cuanto a los nuevos roles del Estado en la economía, le dedica el Título VII, crea el Fondo General del Tesoro, la Reserva del Tesoro y el Presupuesto del Estado (art. 102, 103, 106), declara a los recursos del subsuelo como inalienables y al Estado como su propietario (art. 151.14), fortalece la jurisdicción nacional sobre cualquier reclamo de inversionistas y empresas extranjeras (art. 153), se prohíbe la propiedad de extranjeros en los 50 km desde la línea de frontera.²³

Aunque se mantuvo el principio de libertad de comercio e industria como principal, se prohíben los monopolios, se apoya el desarrollo de la pequeña propiedad, se incluye la noción de la función social de la propiedad sujetando su desarrollo al progreso social, bienestar y salubridad públicas, y se establece la posibilidad de afectar tierras cercanas para quienes no tuvieran acceso a ellas y tuvieran sus necesidades primordiales insatisfechas (art. 151.14).²⁴

20. *Ibid.*, pp. 8-11.

21. *Ibid.*, p. 92.

22. *Ibid.*, p. 92 y Constitución Política de la República del Ecuador de 1929.

23. *Ibid.*, p. 92 y Constitución Política de la República del Ecuador de 1929.

24. *Ibid.*, p. 92 y Constitución Política de la República del Ecuador de 1929.

EL CÓDIGO DEL TRABAJO

La primera norma laboral en el Ecuador aparece en 1903; se trató de la ley sobre reglamentación de horas y días de trabajo en el comercio y la industria, en 1916 aparece el denominado “codiguillo” que regula jornadas, descanso dominical, recargos por trabajo suplementario y extraordinario, el preaviso para la cesación del contrato o separación del trabajo; en 1928 se expide la ley de desahucio del trabajo que se ocupa del despido, indemnizaciones, sanciones por incumplimiento; esta norma es reformada en 1936 y en 1937;²⁵ en 1934 se dicta la ley que reconoce el descanso pagado las tardes de los sábados; en 1935, mediante decreto, se establece la Inspección General del Trabajo; en 1937 se dictan varias normas sobre accidentes de trabajo, salarios, cambios de puesto de trabajo, relaciones de los trabajadores con empresas extranjeras, etc. Estas y otras leyes que fueron recopiladas en 1936 sirvieron de base para el Código del Trabajo. Aunque el Código fue aprobado el 5 de agosto de 1938, no entró en vigencia inmediatamente. La Asamblea Constituyente de 1938 lo aprobó el 18 de noviembre del mismo año.²⁶ El Código no fue sino una recopilación de leyes ya existentes.

Aunque el objeto de este trabajo no es estudiar el Código en sí, sino la relación entre su nacimiento y el contexto, es necesario mencionar que esta norma desarrolla los principios del derecho laboral que le dan fisonomía propia como derecho de protección y tutela, dada la situación de desigualdad del trabajador frente al empleador.²⁷

Uno de los avances más interesantes del Código es la incorporación de los principios y derechos contenidos en los convenios internacionales, sobre todo los de la OIT, dándoles categoría de fuentes del derecho laboral. Vale la pena mencionar algunos de ellos: en el ámbito del derecho individual del trabajo, la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, con lo que cualquier estipulación en contrario, resulta nula; la interpretación más favorable al trabajador, en caso de duda sobre el alcance de una norma laboral se aplica el principio *in dubio pro operario*; la aplicación de la norma más favorable al trabajador cuando existan varias normas aplicables, principio *pro operario*; la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, es decir, la imposibilidad de que una norma posterior desconozca derechos de los que ya gozan los trabajadores;²⁸ la estabilidad laboral, es decir, la prohibición de terminar de manera

25. Ximena Moreno, “Consideraciones sobre el desahucio”, en Ramiro Ávila, comp., *Estado, derecho y justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo*, Quito, Corporación Editora Nacional/UASB, 2013, pp. 230-231.

26. Julio César Trujillo, *Derecho del Trabajo*, t. I, Quito, PUCE, 1986, pp. 71-73.

27. *Ibid.*, pp. 44-45.

28. *Ibid.*, pp. 48-50.

arbitraria el contrato de trabajo, sino en la forma establecida en la ley, caso contrario, genera derecho a indemnizaciones; la limitación de la jornada del trabajo a 44 horas, que luego fue reducida a 40 horas en 1981.

En cuanto a lo que se denomina derecho colectivo del trabajo, se protege a las asociaciones de trabajadores, se garantiza la contratación colectiva y el derecho de huelga. En lo procesal se acepta el juramento deferido, aquel dado por el trabajador como prueba de tiempo de servicios y salarios percibidos.

El Código tuvo varias codificaciones, en 1960, 1970, 1978, 1997 y 2005.

Las transformaciones del Código

Pasadas las primeras décadas del siglo XX, en los años de 1940 y 1950 se sustituye el cacao por el banano y luego por el petróleo. Pero, además de cambiar de producto central de la economía, aparece una nueva alianza burguesa que requiere del Estado como actor principal de la nueva forma de acumulación,²⁹ “la sustitución de importaciones”.

El modelo de sustitución de importaciones pretende impulsar el desarrollo de la industria dejando de comprar en el exterior. Fue necesario, para este fin, crear una institucionalidad estatal; así nació la Junta Nacional de Planificación en 1954 que luego cambia al Consejo Nacional de Planificación de 1979.

En 1961 una Junta Militar toma el poder e intenta modernizar el país, dentro de este mismo modelo. Surgen las dos reformas agrarias y la reforma tributaria que racionalizó el cobro de impuestos.

La sustitución de importaciones no dio los frutos esperados, no se logró transformar el mercado externo, ni la redistribución productiva, ni se desarrolló una política arancelaria de protección para la naciente industria. A finales de los años de 1960 aparecía un nuevo problema, la creciente deuda externa: el peso de su servicio era cada vez mayor, lo que, sumado a la caída de los precios de los productos de exportación, puso las bases para la crisis que se aproximaba.

Al mismo tiempo aparece con fuerza la explotación petrolera y mejoran por tanto las inversiones extranjeras, aunque cambia el producto con el que el país se engancha al mercado internacional; no cambia la forma de esta relación y se genera una revita-

29. Alberto Acosta, *Breve historia económica del Ecuador*, p. 120.

lización de la economía ecuatoriana, las exportaciones crecieron de 170 millones en 1970 a 2.500 en 1981.³⁰

El *boom* petrolero hacía de estos países buenos deudores, y, debido a que la masa financiera no encontraba donde colocarse en los países ricos, por la recesión, Ecuador empezó a recibir créditos a los que no había accedido antes, generando un endeudamiento sin precedentes. Entre 1971 y 1981 el monto de la deuda creció 22 veces, pasando de 260 millones a 5.868 millones de dólares. Lo propio ocurrió con el servicio de la deuda que aumentó del 15 al 71%.³¹

Si bien los grupos urbanos de Guayaquil y Quito dinamizaron la industria, el comercio y las finanzas, lejos de lo que se podría esperar en lugar de crecer el número de asalariados, aumentó el de informales, pues el sector moderno no tuvo la capacidad de absorber la mano de obra, su orientación fue a satisfacer la demanda de grupos pequeños burgueses y algo de los medios. “Sea como fuere, se vivieron años de bonanza, de enormes ganancias para los dueños del país, de relativa mejoría para amplios grupos medios de la población, de obras públicas de envergadura y de ciertas ventajas para algunos sectores mayoritarios”;³² esta mejoría no fue aprovechada por una oligarquía poco capaz, orientada a aprovechar los recursos naturales y humanos vía explotación extensiva, burguesía denominada “lumpen burguesía”.³³

A partir de 1982 empieza la reducción del precio del petróleo, a principios de los años de 1980 se situaba en 35 dólares, pero en 1986 llegó a situarse en 9 dólares. Se había agotado el modelo de sustitución de importaciones y llega el cambio constitucional liderado por la cúpula militar.

A principios de los años de 1990 aparece el Consenso de Washington, un conjunto de principios de los organismos financieros internacionales que se basa en: austeridad y disciplina fiscal, reestructuración del gasto público, reforma tributaria, privatización de empresas públicas, manejo cambiario competitivo, liberalización comercial, desregularización del mercado financiero, apertura a la inversión extranjera, flexibilización laboral, garantía de la propiedad privada, entre otros. Esto supuso “la recomposición de fuerzas para la integración de los países periféricos a la nueva división internacional del trabajo”.³⁴

A partir de entonces, la renegociación de la deuda externa se convirtió en el mejor mecanismo para su imposición, asegurando no solo estabilidad económica de los

30. *Ibíd.*, p. 120.

31. *Ibíd.*, p. 122.

32. Alberto Acosta, *Breve historia económica del Ecuador*, p. 130.

33. *Ibíd.*, p. 135.

34. *Ibíd.*, pp. 159, 160.

países centrales, sino mercado para sus productos, así como el propio desarrollo tecnológico del centro que fue financiado por el servicio de la deuda. Esta relación con el centro exigió que la mano de obra nacional sea competitiva, vía la depreciación de los salarios y la flexibilización laboral. Se regresa a las ventajas comparativas volviendo los ojos a la explotación de los recursos naturales, con escasa participación de tecnología e ineficiencia del Estado.³⁵

Salvo la primera parte del gobierno de Roldós (1979-1981), todos los gobiernos ecuatorianos después de la redemocratización, hasta 2007, fueron neoliberales, produjeron ajuste estructural y flexibilización laboral.

Oswaldo Hurtado, sucesor de Roldós al fallecimiento de este, aceptó las instrucciones fondomonetaristas y sucretizó la deuda de las empresas privadas, tomando para el Estado las deudas en dólares frente a los acreedores externos y manteniéndolas en sucres para los deudores frente al Estado. Febres Cordero, a pesar de su fuerte discurso a favor de la liberalización, no logró profundizarla y la falta de eficacia de su política llevó a la economía del país al desorden generalizado; en ese momento la inflación llegó al 63%. Durante el gobierno de Rodrigo Borja se expidió la Ley 133, reformatoria del Código del Trabajo, que flexibilizó ampliamente las reformas laborales e hizo que los salarios retrocedieran.

El mandato que de forma más sostenida desarrolló el neoliberalismo fue el de Sixto Durán Ballén. Hubo varias devaluaciones, aumentó los precios de los combustibles, privatizó empresas de servicios públicos, eliminó subsidios, aumentó tarifas de servicios públicos y empezaron a aparecer dificultades en el sistema financiero. La presidencia, aunque muy corta, de Abdalá Bucaram se caracteriza por el seguimiento fiel de las recetas del FMI y una corrupción muy generalizada, el intento de convertibilidad siguiendo el modelo argentino, la eliminación de subsidios e inflación. Jamil Mahuad implementa el salvataje bancario, primero con el Filanbanco al que entregan 416 millones de dólares, mostrando una clara preferencia hacia la banca pública, pues también el Banco de Fomento recibió apoyo pero en monto absolutamente menor, apenas 20 millones; eliminó el subsidio de gas y electricidad y el impuesto a la renta, creando en cambio un impuesto a la circulación de capital de alrededor del 1%. Al poco tiempo llega el feriado bancario, la congelación de depósitos que tuvo un carácter confiscatorio, y la crisis generalizada.³⁶

El Ecuador sufrió en 1999 el retroceso más drástico de su PIB de toda América Latina, que cayó en un 31%. Entre 1998 y 2000 el PIB se redujo de 19.700 a 13.700 millones dólares. Durante esa misma época el número de pobres se duplicó, creció del

35. *Ibíd.*, p. 161.

36. Alberto Acosta, *Breve historia económica del Ecuador*, p. 191.

34 al 71% y la pobreza extrema pasó del 12 al 74%, el gasto social disminuyó un 22% en educación y 26% en salud. Todo esto se reflejó en una mayor concentración de la riqueza; en 1990 el 20% más pobre recibía apenas el 4,6% de los ingresos; en 1999 el 2,46%. En 1990, el 20% más rico acumulaba el 52% de los ingresos y en 1999 el 61,2%.³⁷

La transformación del modelo de desarrollo en Ecuador desde aquel de sustitución de importaciones de los años de 1970 por el aperturista de los de 1980, y sobre todo de los de 1990, significó una agudización de la explotación de recursos naturales, privatización de las empresas estatales y sobre todo sobre oferta de mano de obra barata como principal estrategia.³⁸ En esta medida es de central importancia la legislación laboral.

El contexto aperturista exigió reformas laborales, la primera se hizo con la Ley de Régimen de Maquila y de Contratación Laboral a tiempo parcial de 1990. Esta norma integra entre otros aspectos, los siguientes: contratos a tiempo fijo pero con la imposibilidad de que se conviertan en estables, el acuerdo entre las partes para la suspensión no remunerada del contrato de trabajo, el trabajo por horas, etc. Posteriormente se dicta la llamada Ley de Zonas Francas de 1991, que introduce los contratos de trabajo temporales; luego viene la Ley 133 de 1991, reformatoria del Código de Trabajo que modifica el requisito del número de trabajadores exigidos para conformar una organización laboral, subiendo de 15 a 30, suspende la garantía de estabilidad en el caso de huelgas solidarias, dispone la obligatoriedad de que la declaratoria de huelga la haga un comité especial, a falta del comité de empresa. La Ley 133 es quizás la muestra más contundente de la flexibilización laboral.³⁹

La Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas de 1999 estableció techos salariales y montos máximos para los beneficios económicos que se pacten en los contratos colectivos, afectándose el derecho efectivo a la contratación colectiva; la Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador (Trole 1) de 2000, cuyo principal cambio tiene que ver con la introducción del trabajo por horas; la ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana (Trole II), que posteriormente fue declarada inconstitucional.

37. *Ibid.*, pp. 195-202.

38. Santiago Guerrón Ayala, *Flexibilidad laboral en el Ecuador*, Quito, Abya-Yala/UASB/Corporación Editora Nacional, 2003, pp. 39-54.

39. Angélica Porras, "Los derechos laborales y la seguridad social en la nueva Constitución", en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB/Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 164 y 165.

UN NUEVO CONTEXTO, UN NUEVO CÓDIGO

Hace ya varias décadas, Jeremy Rifkin pronosticaba *El fin del trabajo*, o, por lo menos de aquellas formas clásicas de trabajo estable y ligado a la industria. Por primera vez en la historia, decía, el trabajo humano está siendo eliminado del proceso de producción reemplazándose por tecnología. Un claro ejemplo lo encontraba en la automatización de la producción agrícola y la aparición de la biotecnología y los cultivos intensivos, que convirtieron, en algunos países, al campo en una fábrica totalmente automatizada. Por otro lado, este mismo proceso –auguraba– llevaría a una cada vez mayor control de las multinacionales, sobre toda aquellas asociadas a la biotecnología y la química.⁴⁰ Pronto todos estos cambios se extenderían hacia otros sectores de la economía.

El neoliberalismo, bastante extendido en el mundo en las últimas décadas del siglo XX, trajo consigo la flexibilización laboral, haciendo cada vez más reducido el grupo de trabajadores ligados al trabajo estable. En la actualidad, es más común encontrar un grupo de trabajadores estables, rodeado de un gran número de trabajadores ocasionales. Pero, por otro lado, fueron cobrando importancia los sectores de servicios y financiero que disminuyeron –aunque poco– la presión sobre la industria como fuente principal de empleo.⁴¹ La debilidad reconocida al trabajador frente al empleador, fundamento del derecho del Trabajo, se convirtió en el principio más asediado y cuestionado pues a la protección que brindaba el derecho Laboral se responsabilizaba de la falta de competitividad por los altos costos de la mano de obra.

El contrato de trabajo se convierte en un asunto meramente individual, con escasa participación de la organización sindical, lo que disminuye la integración social e identitaria del trabajador; así se reeditan y profundizan la descolectivización y la atomización de la relación laboral restando capacidad a la organización y negociación de los trabajadores.⁴²

Por otra parte, la misma estructura del empleo se ha visto afectada, el trabajador es otro, ya no inicia su carrera laboral pensando en mantenerse en una sola empresa, la estabilidad ya no es parte del trabajo, sino la incertidumbre.

40. Jeremy Rifkin, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo. El nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 139-158 y 159.

41. Angélica Porras, “Los derechos laborales y la seguridad social en la nueva Constitución”, p. 158.

42. Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, México, FCE, 2002, p. 146.

En el caso ecuatoriano, podríamos hablar de la nostalgia de lo nunca fue, no se contó en ningún momento histórico con un desarrollo de las fuerzas sociales que llevaran al país hacia la industrialización, el desarrollo de grandes masas de trabajadores industriales además de ser parte del imaginario social nunca existió como tal. Al contrario, el país se caracterizó por la fragmentación del mercado de trabajo, pues el proceso de industrialización inacabado supuso la convivencia de un grupo pequeño de trabajadores asociado a la industria, un porcentaje de desempleo estructural y un gran porcentaje de subempleo.⁴³ Pero una apreciación de esta naturaleza olvida las múltiples formas de generación de ingresos o producción de bienes y servicios no remunerados que no solo permitieron la subsistencia de las unidades doméstica, sino que ofrecieron al capital mayor capacidad de acumulación, vía el mantenimiento de los umbrales de los salarios por debajo de los necesarios para la subsistencia. Cuestiones como el trabajo de autosustento, de cuidado humano, trabajo en el hogar no remunerado, de autoempleo, de trabajo autónomo y de trabajo cooperativo o asociativo se constituyen en un verdadero motor de la economía sobre todo en tiempos de crisis.

Históricamente hablando ha habido una creciente proletarización de la fuerza de trabajo, sin embargo, no se explica por qué la propia burguesía no terminó el proceso de proletarización y subsisten, junto con unidades domésticas proletarizadas, unidades semi proletarizadas. Ahora bien, una de las características del capitalismo de otros modos de producción fue la relación entre la división de trabajo y la valorización del mismo, hay trabajo productivo y trabajo reproductivo valorado de distinta manera. Así, por ejemplo, el trabajo de las mujeres en el hogar y en el cuidado de la familia ha sido constantemente devaluado, se consideraba que el trabajo de reproducción no producía excedente. Sin embargo, como hace notar Wallerstein, son precisamente los ingresos que producen las unidades domésticas semiproletarias, con el trabajo de subsistencia, que se permite que se paguen salarios menores a los trabajadores, lo que beneficia directamente al capital. Más bien, en aquellos lugares en los que la proletarización ha sido completa el umbral del salario sube, porque una unidad doméstica no puede sobrevivir solamente con los ingresos salariales.⁴⁴

Esto nos lleva a la conclusión de que los niños, las mujeres, los adultos mayores y los indígenas están ligados al capital con lógicas muy precarias, con trabajos eventuales, mal pagados y sin seguridad social.

43. Angélica Porras, "Los derechos laborales y la seguridad social en la nueva Constitución", pp. 157-167.

44. Immanuel Wallerstein, *El capitalismo histórico*, México, Siglo XXI, 1988, pp. 4-20.

LA CONSTITUCIÓN DE 2008

EN EL ÁMBITO LABORAL

Con fines analíticos podemos plantear el estudio de la Constitución de 2008, en lo relativo a los derechos laborales, en tres grandes grupos: a) derechos y principios fundamentales en el trabajo; b) reconocimiento de otras formas de trabajo más allá del empleo; c) régimen económico.

- a) Con respecto a los derechos y principios fundamentales en el trabajo,⁴⁵ la Constitución de 2008 reconoce el derecho a la libertad sindical que ya había sido reconocido en constituciones anteriores, pero le agrega la forma libre y voluntaria que debe tener, es decir, encierra no solo la capacidad de afiliarse, sino también de no afiliarse a las organizaciones sindicales (art. 66.13) En concordancia con esta norma, el artículo 326.7 reconoce la posibilidad de conformar organizaciones y la capacidad de afiliarse a cualquiera de ellas o de desafiliarse libremente. En este punto podríamos sostener que la Constitución de 2008 avanza.⁴⁶

Dentro de las normas relativas a la libertad sindical, el artículo 326.8 establece que el Estado tiene la facultad de estimular la creación de organizaciones de trabajadores o empleadores, lo cual no deja de ser polémico en el sentido de cuáles son los límites de esa intervención, como formar organizaciones desde el mismo Estado o promover un marco jurídico adecuado para su conformación.⁴⁷

La contratación colectiva mereció una importante modificación en la Constitución actual; por un lado, el artículo 326.13 reconoce el derecho de negociación colectiva, pero, por otro, elimina la norma constitucional que impedía la modificación unilateral del contrato, si a esto sumamos el Mandato 8, su reglamento y otros acuerdos ministeriales que permiten la revisión por parte del Ministerio de Relaciones Laborales de los Contratos Colectivos, para el sector público, nos encontramos con una disminución sustancial de la capacidad efectiva de negociación colectiva en las organizaciones del sector público.⁴⁸

45. Esta es una noción que se ha ido configurando en torno a los convenios fundamentales de la OIT sobre *Libertad sindical, reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva* (Convenios 87 y 98), *eliminación de todas las formas de trabajo forzoso* (Convenios 29 y 105), *abolición efectiva del trabajo infantil* (Convenios 138 y 182), *eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación* (Convenios 100 y 111).

46. Angélica Porras, "Los derechos laborales y la seguridad social en la nueva Constitución", pp. 167-168.

47. *Ibíd.*

48. *Ibíd.*

El principio referido a la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso está recogido en la Constitución, en el artículo 66.16 que reconoce el derecho a la libertad de contratación, y en el 66.17 que implica la prohibición del trabajo gratuito o forzoso; sin embargo, incluye la frase con las excepciones de ley, a diferencia de las dos Constituciones anteriores que hacen la respectiva remisión a la ley pero para su regulación.⁴⁹

Otro de los principios fundamentales en el trabajo es el relacionado con la abolición efectiva del trabajo infantil. La Constitución establece normas referidas a la protección frente al trabajo y la explotación económica, pero además, incluye la edad mínima de admisión al empleo y la obligación de tomar medidas para erradicar progresivamente el trabajo infantil (art. 46.2).⁵⁰ Es decir, en 2008 se constitucionaliza la erradicación del trabajo infantil y se deja claro que la edad de admisión al empleo es los quince años.

Por último, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, otro de los principios fundamentales, también está recogida en la Constitución de 2008. En primer lugar se reconoce explícitamente el principio de igual remuneración para trabajo de igual valor, aspecto esencial para evitar la discriminación en general (art. 326.4), pero además se incluyen normas para eliminar la discriminación de los jóvenes (art. 329), discapacitados (art. 330) y mujeres (art. 331).⁵¹

- b) La Constitución de 2008 dedica algunas normas al reconocimiento, como trabajo productivo, de formas de trabajo que se han considerado improductivas, además reconoce los derechos de los trabajadores que no se encuentran en relación de dependencia.

Así, claramente la norma constitucional señala que el trabajo autónomo, de subsistencia y de cuidado humano son trabajos productivos (art. 325, 319 y 333) y sus actores entes productivos, es decir, trabajadores.⁵² Este reconocimiento se inserta en un marco más general, el de otras formas de organización de la producción, que integra la económica tanto pública, privada, mixta, popular y solidaria;⁵³ si bien las formas pública, privada y mixta han sido largamente incluidas en las Constituciones, no así la economía popular y solidaria que está conformada por la economía de subsistencia, desarrollada principalmente por

49. *Ibíd.*, p. 169.

50. *Ibíd.*, p. 170.

51. *Ibíd.*, p. 171.

52. Constitución de la República del Ecuador, art. 325.

53. *Ibíd.*, art. 283.

campesinos indígenas,⁵⁴ la economía de cuidado⁵⁵ cubierta principalmente por las mujeres;⁵⁶ y la economía solidaria que se manifiesta a través de las diversas vías de asociatividad, cooperativismo y acciones comunitarias.

Otra consecuencia de este acercamiento es que, al ser todos ellos trabajadores, se les garantiza los derechos laborales, poniendo énfasis en ciertos grupos que han sido excluidos del acceso al trabajo o han sufrido precarización e informalización de la relación laboral como las mujeres, indígenas y jóvenes.⁵⁷

- c) El sistema económico de la Constitución ecuatoriana incluye una interesante innovación, el llamado buen vivir o *sumak kawsay*⁵⁸ como fin del sistema económico (art. 383). La normativa constitucional intentó dar forma a este principio construyendo normas sobre propiedad, medios de producción, relación con la naturaleza, que pongan distancia con el modelo neoliberal.

La Constitución protege la propiedad privada y pública –con ciertas limitaciones sociales y ambientales– e introduce la noción de propiedad comunitaria, asociativa, cooperativa, entre otras.

Otra de las características importantes dentro del modelo económico es el reforzamiento del papel del Estado en la economía, para la regulación de los procesos de apropiación, producción, comercialización y consumo.⁵⁹

En la sección de la democratización de los factores de producción, la Constitución promueve el acceso equitativo a ellos al garantizar la igualdad de derechos y oportunidades para las mujeres y los hombres en el acceso a la propiedad, para lo cual prohíbe la concentración y el acaparamiento, los monopolios y oligopolios, impulsa y apoya el desarrollo de conocimiento y tecnología, el comercio justo, garantiza la producción sobre todo la encaminada a fortalecer la soberanía alimentaria y energética, promueve los servicios financieros para mejorar el acceso al crédito, la toma de medidas específicas para erradicar la desigualdad y discriminación⁶⁰ y la inversión en infraestructura que facilite la producción y la comercialización.

54. *Ibíd.*, arts. 325 y 333.

55. La economía del cuidado está orientada a la atención de las personas que, por cualquier situación, no pueden cuidarse por sí mismas como: niños, adultos mayores, enfermos, etc.

56. Constitución de la República del Ecuador, art. 333.

57. *Ibíd.*, arts. 326 al 332.

58. No es este el espacio para esbozar lo que se entiende por buen vivir, pero se remite al texto de la autora: “Constitución, Sumak Kawsay y Trabajo”, en Ramiro Ávila, comp., *Estado, derecho y justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo*, Quito, UASB/Corporación Editora Nacional, 2013, pp. 243-265.

59. Eduardo Gudynas, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, en Alberto Acosta y Esperanza M. Martínez, *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 44 y 45.

60. Constitución de la República del Ecuador, arts. 334, 335, 336, 337 y 324.

La Constitución, en la sección de intercambios económicos y comercio justo, se ha preocupado por prohibir los monopolios, oligopolios, prácticas de acaparamiento; el impulso del comercio justo y la inversión del Estado en infraestructura que facilite el acopio, transformación y comercialización de productos.⁶¹

Dato relevante en la Constitución es el referido a la limitación de apropiación privada de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, así como los recursos genéticos, diversidad biológica y agrobiodiversidad.⁶² De la misma manera la Constitución introduce un elemento importante.

Sin embargo todos estos avances podrían no ser más que ilusiones, pues la Constitución no es un espacio de diálogo pacífico, al contrario es un compendio de visiones e ideologías diferentes y hasta contrapuestas, un claro ejemplo de ello es la tensión entre el rechazo del crecimiento económico como único fin del modelo económico y la necesidad de generar recursos para el cumplimiento de una amplia gama de derechos.⁶³

EL CONTEXTO DE LOS ÚLTIMOS AÑOS

Revisar, aunque sea a breves rasgos, la política económica y laboral del correísmo resulta todavía una hipótesis; sin embargo, para entender la reforma laboral que se avecina es necesario echar un breve vistazo.

Coincidimos con Mario Unda en considerar que el correísmo constituye el inicio de un nuevo modelo de dominación burguesa, surgido ante el fracaso de la fórmula neoliberal y la inviabilidad de la alternativa popular,⁶⁴ pero presenta algunas cuestiones interesantes al análisis.

En primer lugar, el discurso parece estar claramente dirigido a cambiar la estructura económica, cambiar la “matriz productiva”, como se ha repetido con insistencia, dejar de ser primario-exportadores y pasar a producir y vender servicios especializados y conocimiento, aunque no está claro cómo se hará ese recorrido.

Pero los hechos muestran que lo que caracteriza al modelo económico en estos últimos años es el mantenimiento, e incluso profundización, de la explotación de recursos naturales, para lo cual el papel del Estado es trascendental como “proveedor de

61. Constitución de la República del Ecuador, arts. 335, 336, 337.

62. Constitución de la República del Ecuador, art. 322.

63. Julio Echeverría, “El Estado en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade, *et al.*, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB/Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 11-20.

64. Mario Unda, “Modernización del Estado y nuevo modelo de dominación burguesa”, disponible en [www.serie.com/doc/168273222/ la-e forma-del-estado-en-la-RCTV-2].

condiciones de producción y reproducción del sistema: grandes obras de infraestructura, dinero barato, suficiente circulante en el mercado, fuerza de trabajo disciplinada, sociedad gobernable”.⁶⁵ Esta recuperación del Estado es “en un proyecto de modernización capitalista” que intenta desarrollar tanto la economía como el Estado.

El rol del Estado es clave para los intereses de la burguesía. No se trata, por supuesto, de los grupos dominantes de siempre, o al menos no de solo ellos; existen nuevos y algunos de los tradicionales. El Estado, para facilitar el “desarrollo”, debe crear infraestructura como: carreteras, puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y expandir el mercado interno y externo. Externamente debe abrir otros mercados diferentes del europeo y Estados Unidos, y buscar la constitución de un bloque regional que permita una negociación con los países del centro con mayor autonomía. Internamente, a través de la inyección de circulante que viene de la mano de programas sociales y los llamados negocios inclusivos y un aumento del consumo.⁶⁶

Por otro lado, la fuerza de trabajo debe ser disciplinada para facilitar los negocios; con ese objeto, el correísmo fragmentó a los trabajadores en trabajadores públicos y privados; enfrentó a los funcionarios con la ciudadanía, satisfizo ciertas reivindicaciones: mejores salarios (trabajadoras del hogar), eliminación de la tercerización, etc.⁶⁷

En definitiva el Estado ha puesto las condiciones físicas, jurídicas y económicas para la creación de nuevos negocios para el capital tomando en cuenta los cambios del capitalismo central. La estructura de la producción no ha cambiado mucho, los grupos económicos siguen siendo más o menos los mismos, banca y gran comercio, con una economía intermedia.⁶⁸

La propuesta en los hechos no solo es salir de la larga noche neoliberal, sino “afirmar un nuevo proyecto de modernización capitalista” que exige una población disciplinada que no cuestione el proyecto oficial, se trata de una alianza entre una nueva “tecnocracia con sectores de punta del capital”.⁶⁹

LAS REFORMAS AVANZADAS

Incluso antes de aprobarse la Constitución de 2008 empezaron las reformas laborales. Así, se configura una primera parte con los Mandatos constitucionales 2, 4 y 8, normas preconstitucionales que fueron aprobadas para regular sectores del trabajo al-

65. *Ibid.*, p. 1.

66. *Ibid.*, p. 3.

67. *Ibid.*, p. 4.

68. *Ibid.*, p. 4.

69. *Ibid.*, p. 8.

tamente afectados por las normas de flexibilización de los años 80 y 90 del siglo XX, así como para limitar el poder de los sindicatos públicos.

Haciendo un esfuerzo de sistematización de las principales normas dictadas desde 2008 referidas al ámbito laboral podemos distinguir varios grupos:

a) Normas encaminadas a limitar salarios del sector público.

El Mandato Constituyente 2, expedido el 24 de enero de 2008, por la Asamblea Constituyente, establece techos para las máximas remuneraciones en la burocracia, prohibiendo la creación de compensaciones remunerativas, muy generalizadas en el sector público hasta ese entonces; también incluye la regulación de los techos para las liquidaciones por supresión de partidas o renunciaciones para acogerse a la jubilación, incluidas las contenidas en contratos colectivos, actas transaccionales y otros acuerdos, según el artículo 8 que podían ser hasta de 7 Salarios Mínimos Básicos Unificados SMBU del trabajador en general por año, por un máximo de 201 SMBU en total.

El Mandato Constituyente 4, expedido el 12 de febrero de 2008, completa la regulación del 2, incorporando los techos de indemnización para el despido intempestivo también aplicable al sector público. Este mandato tiene como fin poner un límite a las indemnizaciones por despido en ciertas áreas del sector público, como en empresas petroleras que llegaban a ser exorbitantes. Conforme al artículo 1, las indemnizaciones por despido intempestivo no podrán ser mayores a 300 SMBU del trabajador privado; la misma norma prohíbe que se reconozcan valores superiores aun cuando estén contenidas en contratos colectivos.

Las normas contenidas en estos mandatos son posteriormente reformadas en parte por la Ley Orgánica de Servicio Público.

Posteriormente el Ministerio de Trabajo, a través de diversos Acuerdos, establece techos de remuneraciones para el sector público; así el Acuerdo 076 expedido el 11 de marzo de 2012 y el Acuerdo 116 del 3 de julio de 2013 indican que cualquier incremento de las remuneraciones o cualquier otro beneficio que incluya un egreso económico del Estado debe fijarse como máximos los determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales. Esta limitación quizás es más comprensible si no se la toma de manera absoluta, caso contrario podría suceder que, en tiempos de crisis, precisamente por las restricciones del presupuesto, se impongan techos por debajo de las necesidades mínimas de los trabajadores lo cual no sería aceptable. En ese sentido debería asegurarse que esos techos se fijen de manera excepcional, previa negociación entre las partes.

Hace poco, mediante los acuerdos 116 de 3 de julio de 2013, 127 del 29 de julio de 2013 y 157 de 6 de septiembre de 2013, se fijan techos de bonificación para ropa de trabajo, se eliminan servicios de provisión de alimentos y fecha máxima hasta la que se mantendrá el pago directo de alimentos para los servidores públicos, esto se

completa con el Acuerdo 157 que reglamenta la dotación de uniformes señalando topes máximos, unificando el diseño, condiciones de devolución y descuentos por separación de la institución.

b) Normas encaminadas a reducir la tercerización e intermediación laboral.

Como sabemos, durante los años 1980 y 1990 se introdujeron una serie de normas que flexibilizaron la regulación de la relación laboral, el Mandato Constituyente 8 en su artículo 1 elimina y prohíbe la tercerización, intermediación laboral y toda forma de precarización de las relaciones de trabajo en actividades propias de la empresa o empleador. Reconociendo el carácter bilateral y directo de la relación laboral. Por otro lado, el artículo 3 abre la excepción a la regla general permitiendo la tercerización –sin ese nombre– de las actividades complementarias enumeradas de forma expresa en el mandato. El artículo 4 señala la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se prestó el servicio.

Esta fue una demanda largamente anhelada por los trabajadores, pues no solo que jamás llegaba a establecerse la relación laboral, sino que se incumplían todos los derechos laborales, vacaciones, seguridad social, etc.

c) Normas que disminuyen conquistas laborales para los servidores públicos, incluyendo la contratación colectiva.

La más importante de estas normas es el Decreto Ejecutivo 1701, emitido el 30 de abril de 2009, que aclara en su artículo 1 que los únicos beneficiarios del contrato colectivo en el sector público o en las empresas privadas que tengan alguna participación económica del Estado son los obreros, que serán calificados por la denominada SENRES, Secretaria Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público. El mismo artículo 1, en su numeral 2, señala los beneficios que está prohibido estipular en la negociación colectiva.

Son 21 numerales referidos a las más diversas temáticas:

- Prohibición de transmisión de cargos a familiares por fallecimiento y jubilación, pago de vacaciones para el grupo familiar del trabajador, entrega gratuita de servicios y productos de la entidad.
- Eliminación de beneficios otorgados a dirigentes sindicales, por ejemplo el reconocimiento de horas extras y suplementarias no trabajadas efectivamente; indemnizaciones especiales más allá de lo establecido por la ley por despido intempestivo; permisos sindicales a tiempo completo, la licencias y permisos se reducen a 10 días al mes no acumulables y siempre y cuando no afecten las actividades de la institución; injerencia sindical en la contratación de personal.

- Supresión de beneficios relacionados con remuneraciones, compensaciones y bonificaciones, indemnizaciones, jubilaciones adicionales, gratificaciones o beneficios por retiro voluntario extras, además de las establecidas en la ley.
- Eliminación de días feriados o adicionales de vacaciones, jornadas inferiores a 8 horas, salvo las establecidas en la ley y en la normativa internacional.
- Prohibición de entrega de joyas y contribuciones del empleador para seguros privados.

Claramente estas normas buscan limitar la contratación colectiva en el sector público, convirtiendo el asunto en tripartito en lugar de bipartito, en donde el Estado tendría doble participación como empleador y como árbitro final. La discusión en torno a este tema es ardua; por un lado, vale la pena reflexionar sobre la propiedad de los recursos, estos son públicos, pertenecen a todos y por lo tanto se requiere su control, pero, por otro, la autoridad entregada al Ministerio de Relaciones Laborales prácticamente hace inútil la contratación colectiva en el sector público.

El razonamiento que subyace detrás de estas restricciones es bastante aceptable, pues se entiende que, al ser entidades del sector público, están encaminadas a la dotación de servicios y bienes para todos los ciudadanos, incluidos quienes no pueden pagarlos y sobre todo para ellos. Resulta difícil justificar que a costa de los recursos necesarios para dotar de tales servicios —que siempre son escasos— se privilegien las remuneraciones y beneficios de un grupo pequeño privilegiado de trabajadores. Sin embargo, el problema no radica ahí, sino en el hecho de que no son todos los trabajadores del sector público quienes se han beneficiado de tales privilegios, sino principalmente aquellos vinculados a los denominados “sectores estratégicos” como, por ejemplo, el petróleo o la electricidad, mientras que otros trabajadores públicos como maestros, trabajadores de la salud, etc., no solo no tuvieron acceso a todos esos beneficios, sino que ni siquiera eran atendidos en sus derechos más elementales.

El 18 de enero de 2010, mediante Decreto Ejecutivo No. 225, se reforman algunos de los artículos contenidos en el 1701 y se suaviza una serie de prohibiciones. Por ejemplo se permiten los beneficios como resultado de fallecimiento o incapacidad a favor del grupo familiar del trabajador (art. 5); en cuanto a la limitación de los permisos sindicales se aclara que será un máximo de 10 días por cada trabajador hasta por un máximo de 7 dirigentes, pero al mismo tiempo se abre la posibilidad de capacitación de hasta 15 días por año hasta un máximo de 30 trabajadores por curso (art. 8); en cuanto a la entrega de productos y servicios producidos por la empresa se aclara que se refiere a aquellos que sean esenciales de la empresa y se exceptúan alimentación, transporte y salud (art. 7); se permite la entrega de tarjetas de descuento (art. 11); se pueden realizar acuerdos para atención de salud emergentes en lugares donde no haya servicios del IESS o del Ministerio de Salud Pública (art. 15); en cuanto a la exclusión de los sindicatos de la selección de personal, se prevé la participación de

un representante como veedor con voz pero sin voto (art. 16); en cuanto a la revisión que podrán hacer las Direcciones Provinciales del Trabajo se excluyen las sentencias de tribunales de conciliación y arbitraje, arbitraje referido a los Contratos Colectivos.

d) Normas que reforman la jornada de trabajo e introducen flexibilización laboral.

Quizá los instrumentos que traen las reformas más importantes son el Acuerdo Ministerial No. 004 que introduce el contrato eventual discontinuo aplicable tanto para el sector público como privado. El contrato discontinuo permite que, por haberse generado un aumento de la demanda, el empleador pueda contratar eventualmente trabajadores hasta por dos años consecutivos, por un tope de 180 días cada año, los que podrán ser discontinuos a lo largo de un año (arts. 1 y 2); la remuneración y los beneficios de ley se pagan por hora (art. 3). Esta norma genera un grupo de trabajadores de reserva para ciertas actividades, aquellas de temporada como cosechas, ganadería, comercio, reinstala el trabajo por horas y por dos años impide la generación de estabilidad.

El Acuerdo 0169 del Ministerio de Relaciones Laborales, de 24 de septiembre de 2012, regula la aplicación y procedimiento para la autorización de horarios especiales. Esta norma es importante en la medida en que introduce cambios a los tipos de jornadas. El artículo 1 incluye como jornada ordinaria la nocturna de ocho horas diarias, y la combinada entre la diurna y la nocturna y aquella de 40 horas semanales, sin considerar la diferencia entre días ordinarios y fines de semana. Es decir, se permite llegar a las 40 horas semanales combinando jornadas, con lo que los costos de horas extraordinarias disminuyen.

Algo similar ocurre con los horarios especiales contenidos en el artículo 2, que se incluyen horarios de trabajo menores de cinco días con intervalos de descanso menores de dos días, horarios rotativos entre diurnos y nocturnos o mixtos.

A MANERA DE CONCLUSIÓN. EL POSIBLE CAMINO

Como habíamos planteado al inicio de este trabajo, las reformas laborales se anclan en las transformaciones económicas tanto actuales como las que se quieren lograr en un futuro cercano. El Código del Trabajo de 1938, sus más importantes reformas durante las décadas de 1980 y 1990, así como el Código que está en camino, son muestra de ello.

La época del primer Código del Trabajo en el Ecuador, justo después de la Revolución juliana, es un momento de confluencia de factores económicos, políticos y sociales que fueron espacios propicios para el nacimiento del Código. Desde la pers-

pectiva económica, el Ecuador enfrenta una reconfiguración de sus fuerzas productivas, en medio de la crisis económica empujada por la caída de los precios del cacao y la recesión internacional, la alianza terrateniente-exportadora no logra dar una salida a la crisis y los reacomodos intraburgueses comienzan; por otro lado, la expulsión de mano de obra liberada en las haciendas no es receptada por las grandes plantaciones de la Costa y genera trabajadores de reserva desempleados que se insertan muy precariamente en el trabajo.

El escenario de crisis se completa con la clara tendencia a la reducción del salario real y demás prestaciones laborales; en este contexto se gesta el movimiento obrero que presiona sobre los canales estatales para sostener sus condiciones de vida.

Las normas laborales y, posteriormente, el propio Código nacen para dar respuesta a ese cambio en la estructura de producción, pues, agotado el modelo primario-exportador, el país se apresta al impulso de la industrialización, es decir, se busca proletarianizar las relaciones de trabajo, convertir a los trabajadores y campesinos en obreros. A su vez, la organización de los trabajadores presiona para la mejora de sus condiciones, pero la lucha que empezó de manera beligerante pronto logra someterse a los cauces jurídicos institucionales, básicamente porque la *intelligentsia* de los partidos socialista y comunista optaron por la conciliación de clases, prestando su discurso tanto a los gobiernos de izquierda como a los de derecha.

La época de la sustitución de importaciones, que se extiende desde la década de 1940 hasta finales de la de 1970 es la del fortalecimiento de la legislación laboral orientada a regular y crear las relaciones industriales; luego, entre los años 1980 y 1990, tiempo del neoliberalismo, el Código es transformado profundamente, la relación laboral se flexibiliza y la protección a los trabajadores disminuye.

Ahora bien, en los últimos años, a pesar del tan anunciado cambio de matriz productiva, el modelo económico mantiene como eje central la explotación de los recursos naturales; lejos del discurso, no se trata de un nuevo modelo económico, sino de una nueva forma de acumulación capitalista, con una fuerte presencia del Estado que facilita la acción del capital, tanto por las obras de infraestructura como por la “domesticación” de los trabajadores, sobre todo los públicos. Cabría preguntarse por qué ellos y la respuesta la podríamos encontrar en la importancia que tiene el Estado en la economía y, sobre todo, la que se pretende que tendrá en el futuro en la explotación de recursos naturales, las empresas públicas llevarán adelante buena parte del “cambio de matriz productiva” o de la profundización de la explotación primaria: Petroecuador, las empresas eléctricas, las empresas mineras, etc., serán estatales y requieren una fuerza laboral obediente.

Si bien el Código todavía no se discute, ciertas reformas laborales se han ido introduciendo vía Acuerdos y Decretos ejecutivos, todas ellas dan una pista de que derroteros tomará la reforma; en primer lugar, se puede ver claramente la intención de minar

la presencia de los sindicatos en el sector público así como de debilitar su capacidad de contratación colectiva. No es de sorprenderse, entonces, que las reformas laborales del nuevo Código apunten sobre todo a restar presencia y poder a los trabajadores públicos a través de la regulación y el mantenimiento de techos salariales, la eliminación de la contratación colectiva y el debilitamiento de la libertad sindical. Esto explica el énfasis de las reformas laborales actuales en el sector público.

Por otro lado, algunos de estos Decretos y Acuerdos flexibilizan las relaciones laborales de ciertas áreas económicas, sobre todo las relacionadas con la explotación de recursos naturales; por ejemplo, el Acuerdo que regulariza las jornadas ordinarias permitiendo que sean mixtas o nocturnas, o inclusive que incluyan parte del fin de semana para complementar las 40 horas de jornada máxima, sin pagos de recargo en la remuneración. Obviamente este Acuerdo facilita las jornadas laborales en el campo petrolero y minero.

En definitiva, nuestra economía siempre ha estado basada en la explotación de los productos naturales y mano de obra barata y este momento no parece ser la excepción.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, Alberto, *Breve historia económica del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2001.

Cueva, Agustín, *El desarrollo del capitalismo en América Latina*, México, Siglo XXI, 2004.

Echeverría, Julio, “El Estado en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB/Corporación Editora Nacional, 2009.

Gudynas, Eduardo, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, en Alberto Acosta y Esperanza M. Martínez, *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2009.

Guerrón Ayala, Santiago, *Flexibilidad laboral en el Ecuador*, Quito, Abya-Yala/UASB/Corporación Editora Nacional, 2003.

Moreano, Alejandro, “Capitalismo y lucha de clases en la primera mitad del siglo XX”, en René Báez, Agustín Cueva, Leonardo Mejía, *et al.*, *Ecuador, pasado y presente*, Quito, Libresa, 1995.

Moreno, Ximena, “Consideraciones sobre el desahucio”, en Ramiro Ávila, comp., *Estado, derecho y justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo*, Quito, Corporación Editora Nacional/UASB, 2013.

Paz y Miño, Juan, “Historia y Economía”, en *Boletín del THE-Taller de Historia Económica*, No. 06, Quito, PUCE, junio 2007.

- *La Revolución juliana en Ecuador (1925-1931). Políticas económicas*, Quito, Ministerio Coordinador de la Política Económica/Academia de Historia, 2013.
- Porras, Angélica, “Los derechos laborales y la seguridad social en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade *et al.*, edits., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/UASB, 2009.
- Rifkin, Jeremy, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo. El nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 1996.
- Trujillo, Julio César, *Derecho del trabajo*, t. I, Quito, PUCE, 1986.
- Unda, Mario, “Modernización del Estado y nuevo modelo de dominación burguesa”, disponible en [www.serie.com/doc/168273222/la-e-forma-del-estado-en-la-RCTV-2].
- Wallerstein, Immanuel, *El capitalismo histórico*, México, Siglo XXI, 1988.

OTROS

Constitución de la República del Ecuador.

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2013

Fecha de aprobación: 12 de diciembre de 2013

Vivir y compartir. Propuestas para lograr la conciliación de la vida personal, familiar y laboral

*Elisa Lanas M.**

RESUMEN

Este estudio pretende desentrañar las razones que han pesado en el imaginario social a la hora de asignar los roles domésticos y de cuidado familiar exclusivamente a las mujeres, con la consecuencia de disminuir y, en algunos casos, casi anular sus oportunidades a la hora de acceder a un trabajo remunerado o de mejorar sus condiciones laborales.

La propuesta frente a esta realidad es que el derecho actúe como equilibrador de las oportunidades de hombres y mujeres en el acceso al empleo y en el derecho al trabajo, lo que se logrará si se atacan las causas que generan esas desigualdades; entre ellas, unas de las más poderosas son las responsabilidades familiares y domésticas, que deben ser redistribuidas equitativamente entre hombres y mujeres, y donde el Estado debe intervenir facilitando espacios de cuidado y atención para niños/as y adultos mayores.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidades de cuidado, tareas domésticas, conciliación, vida personal, laboral y familiar.

SUMMARY

This study aims to unravel the reasons which have determined that the social imaginary assigns the household and family care roles exclusively to women, reducing and, in some cases, almost eliminating, their opportunities of having access to a paid work or improving their working conditions.

Considering this reality, the proposal is that the law shall act as a factor to balance job opportunities for men and women. This purpose will be achieved if the causes of these inequalities are attacked, including among the most powerful, the family and domestic responsibilities, which should be equally redistributed between men and women. The State should intervene by providing spaces of care and attention for children and seniors.

KEY WORDS: Care responsibilities, housework, conciliation, personal, personal-work and family life.

FORO

* Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Las tareas de cuidado y las actividades domésticas representan para las mujeres ecuatorianas 24 horas semanales, 18 más que para los hombres, para quienes significan solo 6 horas a la semana.¹ A este número de horas hay que sumarle las que dedican las mujeres a realizar trabajos remunerados, sea en el sector formal o informal, bien para completar el ingreso familiar o incluso como principal sustento de la unidad familiar. Lo que queda son unas pocas horas de descanso, generalmente disminuidas por las dos jornadas anteriores, quedando poco tiempo para el autocuidado, el esparcimiento o la diversión.

Las responsabilidades de cuidado tienen que ver con la atención, alimentación, cuidado y ayuda en las tareas escolares de los hijos; también se refieren a la atención, alimentación y cuidado de parientes, como madres o padres en su condición de adultos mayores o por el padecimiento de algún tipo de discapacidad. Las actividades domésticas, en cambio, se refieren al arreglo de la casa, compra de alimentos y otros bienes que se requieren en el hogar, arreglo de ropa y preparación de alimentos. Estas actividades, por el número de horas invertidas, pero sobre todo por lo ineludible de su cumplimiento y repercusiones en el bienestar familiar, deberían ocupar un sitio especial en la atención de las políticas públicas del Estado ecuatoriano, toda vez que, al ser la familia el núcleo de la sociedad, de lograrse una coordinación armónica entre responsables de la satisfacción de esas necesidades para alcanzar el bienestar familiar, se obtendrían resultados muy positivos en la sociedad, que se reflejarían en mayores niveles de escolaridad, mayor grado de productividad, y, en general, una sensación mayor de satisfacción de la gente.

Paradójicamente, todo lo que sucede dentro del ámbito familiar no es conocido en el ámbito público, a tal punto que el derecho laboral –desde un enfoque muy reducido– considera trabajo únicamente las actividades realizadas por cuenta ajena y encaminadas a producir bienes o prestar servicios para luego intercambiarlos en el mercado; dejando fuera todas las actividades de cuidado, domésticas y de autosustento.

Esta separación de las esferas pública y privada, con la consideración de la segunda como no productiva, ha significado la invisibilización y no valoración del trabajo de cuidado y doméstico, debiendo las mujeres intentar adaptarse a las exigencias laborales, propias del mundo productivo, realizando verdaderos ejercicios de malabarismo

1. Datos obtenidos en la Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo, marzo 2011 y marzo 2012. INEC.

para poder satisfacer además las necesidades familiares y del hogar. Los resultados no han sido buenos: madres y esposas trabajadoras con sentimientos de frustración e impotencia por sentir que incumplen uno o ambos roles, el colectivo femenino discriminado a la hora de buscar trabajo y de intentar ascender o promocionarse en el mismo, por considerársele menos productivo y más *problemático* para la empresa, son apenas las más visibles consecuencias de esta falta de atención estatal.

Las primeras respuestas por parte del derecho internacional respecto de la mujer trabajadora estuvieron encaminadas a protegerla, sobre todo en la etapa de gestación, o a proveerle de permisos por lactancia y otras causas relacionadas con la maternidad. Las consecuencias han sido las de encarecer el despido de estas trabajadoras, por tanto, han operado a la larga como desalentadoras de contratación de personal femenino.

Frente a esta realidad, es preciso que el derecho actúe como equilibrador de las oportunidades de hombres y mujeres en el acceso al empleo y en el derecho al trabajo, y esto no se logra sino atacando las causas que generan esas desigualdades; en este caso, las responsabilidades familiares y domésticas que tradicionalmente se le han asignado a las mujeres.

Este estudio pretende desentrañar las razones que han pesado en el imaginario social a la hora de asignar esos roles, y pretende ser un aporte a la discusión seria e informada respecto de la necesidad de repensar la asignación de responsabilidades de cuidado y domésticas, lo que incidirá directamente en las oportunidades laborales de hombres y mujeres.

OBLIGATORIEDAD E INVISIBILIDAD DE LAS TAREAS DE CUIDADO Y ACTIVIDADES DOMÉSTICAS

Uno de los obstáculos más importantes que tienen que superar las mujeres en el ejercicio de su autonomía y en la equiparación de sus derechos con los hombres proviene de las responsabilidades que deben asumir en el espacio privado doméstico y la invisibilidad que su presencia y acciones tienen en él. Y es que, como lo recuerda la tratadista Laura Pautassi, habiéndose producido un importante reconocimiento de la igualdad formal entre varones y mujeres, particularmente en términos de equiparación de derechos e igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo y en muchos ámbitos públicos, todavía se sigue perpetrando y reproduciendo la desigualdad en el ámbito doméstico.²

2. Laura Pautassi, *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, Serie Mujer y Desarrollo, No. 87, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2007, p. 6.

En efecto, partiendo del paradigma originalmente liberal, que sostiene el poder paternal sobre los hijos como una relación natural que llega a su fin con la madurez, y la subordinación de la esposa a su marido; o que la voluntad del marido debe prevalecer en el hogar porque es por naturaleza “el más capaz y el más fuerte”,³ el derecho se ha preocupado por establecer un paraguas de protección jurídica de la familia hacia afuera, combinado con la tesis de no intervención del Estado en el ámbito doméstico. Esta concepción avala la subordinación social que históricamente han vivido las mujeres y justifica socialmente la imagen de autoridad, atribuida tradicionalmente al hombre.

Esta no intervención del derecho dentro del ámbito familiar ha reforzado las desigualdades en este espacio. Así lo recoge la doctrina,⁴ al explicar que tal actitud por parte del Estado ha provocado una visión del espacio privado-doméstico muy distinta para hombres y para mujeres. Para el proveedor cabeza de familia⁵ el ámbito privado es el *descanso del guerrero*, un escenario donde los actores sociales se relajan y dejan momentáneamente sus roles públicos, un espacio de autorrealización personal y mental. Para las mujeres, en cambio, el espacio privado doméstico ha sido y es el principal terreno de socialización, presidido o articulado a través del modelo familista⁶ y las labores de cuidado asociadas a él.

A partir de esta realidad, la incorporación masiva de las mujeres al trabajo asalariado no ha redefinido la esfera privado-doméstica, ni ha supuesto que se deje de identificar esfera doméstica con mujer, pues las necesidades siguen configuradas del mismo modo, y quien está encargado de satisfacerlas es un sujeto femenino. En efecto, en el imaginario social, la feminización del trabajo doméstico y de los cuidados se naturaliza a tal punto que parece responder a la identificación a la que apunta la autora Soledad Murillo en la que lo doméstico es igual a mujer.⁷

Adicionalmente, como lo sostiene la autora vasca Matxcialen Legarreta:

-
3. John Locke, “Two Treatises of Government”, citado por Carole Pateman, “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 41-42.
 4. María José Añón, “¿Una legislación para transformar la realidad social?”, en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar*, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 16-17.
 5. Hay que clarificar, no obstante, que esta apreciación del hombre como cabeza de hogar esconde una realidad que cada vez concuerda menos con este esquema, no solo porque la incorporación al mercado productivo de las mujeres va cambiando esa realidad, sino también porque cada vez existen más hogares que se salen del modelo clásico de hombre-mujer-hijos.
 6. Modelo que sobrevalora el papel de la familia en la construcción de las sociedades y persiste en la división de roles por género, donde se asume que es la mujer la que debe cumplir con los servicios personales y de apoyo a la familia.
 7. Soledad Murillo, “Espacio doméstico: el uso del tiempo”, en *El espacio según el género ¿un uso diferencial?*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1995, p. 134.

el tiempo en el ámbito doméstico tiene un fuerte componente moral y una densa carga emocional, que si muchas veces se vive como una experiencia (muy) satisfactoria, se conjuga con sentimientos cruzados de sacrificio y culpabilidad, derivados del incumplimiento de expectativas tanto en el ámbito laboral como en la vida personal y familiar.⁸

Y es que en esta dinámica de *productivismo* en que se encuentran envueltas las sociedades modernas, sean estas desarrolladas o en proceso de serlo, el mejor trabajador es aquel que tiene absoluta disponibilidad de su tiempo, está listo siempre a cumplir las tareas que se le asignen, sin importar la hora o el lugar donde deban realizarse. En este contexto, una mujer trabajadora con responsabilidades familiares vive siempre dividida por las expectativas insatisfechas de cumplimiento de su doble rol de ama de casa y trabajadora.

Paradójicamente, como lo advierte Teresa Torms, las tareas domésticas y de cuidado de las personas que llevan a cabo las mujeres de la familia a lo largo de todo su ciclo de vida no suelen ser consideradas como trabajo, a no ser que las realicen terceros (empleadas de hogar).⁹ Esto, en atención de que, como ha sido recogido por la doctrina laboralista,¹⁰ según la visión reducida del concepto de trabajo que impera en la sociedad actual, que lo define como la actividad productora de riqueza en el sentido mercantil, riqueza que cuenta exclusivamente con todo aquello que puede ser valorado monetariamente en el mercado, solo sería trabajo aquella actividad que se realiza con la expectativa de una remuneración. Esta visión atenta contra la coherencia interna del concepto de trabajo, en la medida en que quedan fuera de esta definición una serie de actividades concretas que producen *valor de uso*, y por tanto riqueza que no es productiva, como son las tareas domésticas y de reproducción de la vida.

Esta consideración dificulta el enfrentamiento con éxito de la conciliación de las obligaciones familiares y laborales, la que generalmente se busca mediante la colaboración de otras mujeres, sean estas abuelas, tías, empleadas, etc.; dejando a los hombres disfrutar de la máxima disponibilidad laboral.

Pese a la falta de valoración social y económica, el tiempo del trabajo doméstico, en general, y el del cuidado humano, en particular, se caracterizan por su obligatoriedad de cumplimiento, rigidez e inflexibilidad, en tanto que estas actividades se realizan de acuerdo a rutinas que difícilmente pueden variar o postergarse, sobre todo en lo referente al cuidado de hijos pequeños, parientes con discapacidad o adultos

8. Matxclalen Legarreta, "El tiempo donado en el ámbito doméstico. Reflexiones para el trabajo doméstico y los cuidados", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26, No. 2, S/L, 2008, p. 63.

9. Teresa Torms, "De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 23, No. 1, año 2005, Universidad Complutense de Madrid, p. 18.

10. José A. Noguera, "La transformación del concepto de trabajo en la teoría social", tesis doctoral, Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, 1998, pp. 275-276.

mayores. Estas características del cuidado doméstico plantean serios conflictos por la *doble presencia*¹¹ femenina, así como por la desigual distribución de la carga global de trabajo entre hombres y mujeres.

Como apunta Pautassi, “circularmente nos encontramos en el punto de partida: ¿qué autonomía se puede declamar en la medida que existan personas que hay que cuidar? ¿Y a su vez, además de cuidar a otros y otras, como logran las mujeres cuidarse a sí mismas?”.¹² Este último aspecto prácticamente no es tomado en cuenta por el Estado, dejando todo lo relativo al cuidado de la salud femenina a las propias mujeres, sin que se establezcan mayores acciones al respecto, salvo en los lugares donde se ha avanzado en programas de salud sexual y reproductiva, en ciertas acciones preventivas en relación con el cáncer genito-mamario y en materia de HIV-SIDA. El resto del cuidado queda a responsabilidad de cada mujer, como si no estuviera suficientemente cargada ya de responsabilidades y tareas.

En sociedades como la ecuatoriana, marcadas por desigualdades económicas y sociales, al pensar en la realidad de buena parte de las mujeres adultas, encontramos que tienen a su cuidado hijos, generalmente pequeños o con discapacidad, o padres mayores, son responsables de cubrir parte del sustento familiar, o son directamente *cabeza de hogar*;¹³ y como consecuencia de las inequidades del mercado laboral, a lo que se suma su escasa preparación, son las que tienen las peores ocupaciones laborales; si son afortunadas y tienen un trabajo formal, sea en el servicio doméstico, en fábricas o en locales comerciales, tienen horarios rígidos que deben cumplir y remuneraciones que no exceden del básico legal; pero, como muestran las cifras oficiales,¹⁴ la mayoría de ellas se encuentran en el sector informal, donde no cuentan con una remuneración mínima, tampoco seguridad social, ni derechos laborales. Esta es una realidad compleja que ha encontrado respuestas a medias y siempre limitadas. Algunos instrumentos internacionales de derechos humanos han propuesto soluciones parciales a los problemas surgidos en la coexistencia de los espacios público y privado por parte de la mayoría de mujeres que son esposas, madres, amas de casa y trabajado-

11. Doble presencia es el concepto propuesto por la socióloga italiana Laura Balbo en 1978, para definir la situación que caracteriza la vida de la mayoría de mujeres adultas en las actuales sociedades, debiendo afrontar la actividad laboral y el trabajo doméstico-familiar como único horizonte viable y obligado. Esa supuesta conciliación las lleva a compartir un elemento común: la falta de tiempo para vivir. Teresa Torns, “La doble presencia ¿Una propuesta para lograr la conciliación?”, en *Jornada: Doble jornada-Doble Presencia*, Pamplona, 2001, p. 2.

12. Laura Pautassi, “El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos”, p. 36.

13. Son madres solteras que tienen un compañero sentimental, son las que aportan principalmente al sustento de la familia, porque su compañero aporta menos o porque no lo hace en absoluto.

14. De acuerdo a la encuesta trimestral de empleo que realiza el INEC, en septiembre de 2013, el subempleo total urbano se ubicó en 42,7%, pero, distribuido por género, el 51% corresponde a mujeres y el 36% a hombres, mientras que el desempleo total urbano fue de 4,6%, siendo el de mujeres de 5,1% y el de hombres de 3,5%; lo que demuestra mayor precariedad laboral en el caso de las mujeres.

ras asalariadas, y lo han hecho desde el marco de un modelo familista. Por su parte, la legislación ecuatoriana ha hecho eco de manera muy pausada y sin prestarle durante mucho tiempo mayor atención al tema.

LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA

Los primeros instrumentos internacionales que tomaron en consideración la situación particular de la mujer trabajadora lo hacen desde una perspectiva de protección del embarazo, siendo los más sobresalientes los Convenios de la OIT,¹⁵ aunque también vale mencionar los instrumentos de la ONU.¹⁶

Desde una perspectiva más moderna, y sin dejar de prestar la protección debida a la mujer durante el período de gestación, hay que comprender que cualquier política de Estado que busque la igualdad real entre hombres y mujeres en el ámbito público-político y socio-laboral, debe primero enfrentarse a los obstáculos originados en el espacio privado-doméstico. En ese sentido, se trabaja actualmente en medidas relacionadas con la conciliación y corresponsabilidad de las obligaciones familiares.

Dentro de esa lógica se encuentra el Convenio 156 de la OIT,¹⁷ relativo a la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, en especial los trabajadores con responsabilidades familiares, que establece la obligatoriedad para los estados firmantes de dicho convenio, de:

incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.¹⁸

15. Entre otras normas de la OIT, pueden citarse: el Convenio No. 3 de 1919, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto; Convenio No. 4 de 1919, sobre protección contra el Saturnismo; Convenio No. 13 de 1921, relativo al empleo de la cerusa en la pintura; Recomendación No. 12 de 1921, sobre protección de la maternidad (agricultura); Convenio No. 45 de 1935, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de todo tipo de minas; Convenio No. 103 de 1952, relativo a la protección de la maternidad; Convenio No. 136 de 1971, sobre el benceno; Convenio No. 183 de 2000, suplemento al Convenio sobre la protección de la maternidad.

16. Están el Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1966, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida como Pacto de Nueva York.

17. Suscrito el 23 de junio de 1981 y aprobado por Ecuador mediante Resolución Legislativa No. 1, publicada en el R. O. Suplemento 845 de 5 de diciembre de 2012.

18. Art. 3.1 del Convenio.

El artículo 4 del mencionado convenio insta a los estados firmantes para que adopten medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, para: a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo; b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social. Adicionalmente, el instrumento internacional estudiado, en su siguiente artículo, aconseja a los estados firmantes la adopción de medidas complementarias que permitan hacer posibles los objetivos del Convenio, debiendo para ello –los estados– tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación de las comunidades locales y regionales; y el desarrollo y promoción de servicios comunitarios, públicos o privados, de cuidado y asistencia infantil y familiar.

En los siguientes artículos, el Convenio 156 recomienda a los países adoptar medidas apropiadas para promover una mejor comprensión por parte de los ciudadanos, respecto de los problemas que los trabajadores con responsabilidades familiares deben enfrentar, a efectos de lograr una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas; así como la necesidad de que se tomen medidas de orientación y formación profesional para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse, o reintegrarse después de una ausencia, de manera permanente como parte de la fuerza laboral. Señala el mismo instrumento que la responsabilidad familiar no puede ser causa suficiente para poner fin a la relación de trabajo.

Para aplicar el Convenio y otros instrumentos internacionales relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar los estados suelen planificar y ejecutar una serie de medidas, que pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

1. Adaptación de la jornada laboral
2. Permiso por enfermedad de familiares
3. Permiso por lactancia
4. Reducción de la jornada por cuidado de hijos y familiares
5. Vacaciones
5. Suspensiones con remuneración:
 - Maternidad
 - Paternidad
 - Adopción o acogimiento
 - Riesgo durante el embarazo
 - Riesgo durante el período de lactancia
7. Permisos sin remuneración:
 - Por cuidado de hijos
 - Por cuidado de familiares

Estas medidas, si bien en general no están previstas por género en las legislaciones, salvo el caso de las suspensiones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o durante el período de lactancia, la realidad muestra que son solicitadas mayoritariamente por mujeres, lo que genera una percepción social de que el colectivo laboral femenino es más *problemático* y genera pérdidas al empleador.

En el caso ecuatoriano y referido al ámbito laboral, las posiciones de la legislación respecto de la mujer se han caracterizado por el paternalismo y el proteccionismo. En ellas el objeto de la tutela ha sido la mujer en el trabajo, y de manera especial cuando se encuentra en estado de gestación, por su consideración como un sujeto fisiológico más débil, poniéndolo durante algún tiempo al mismo nivel de los menores de edad.

En estas disposiciones¹⁹ la técnica más utilizada es la de preservar a la mujer de determinadas tareas excesivamente penosas o insalubres, prohibiendo su acceso a las mismas. Como lo sostiene María Belén Cardona al hablar de la situación legal anterior de su país, que perfectamente calza con la realidad jurídica ecuatoriana actual:

las consecuencias perversas de esta normativa sexista, proteccionista con la mujer, no por una condición biológica particular y de manifestación temporal, como la maternidad, sino por una condición permanente, cual es la femenina, son múltiples y contribuyen definitivamente a situarla en un plano de desigualdad: limitación en el acceso al empleo y en la proyección profesional de la mujer; perpetuación del rol exclusivo de la mujer como madre y esposa; encarecimiento de la contratación de las mujeres, mediante la imposición de determinadas obligaciones a los empleadores, que provoca un retraimiento en su asunción (efecto boomerang).²⁰

En Ecuador se han dictado normas que de alguna manera buscan esa equiparación de oportunidades entre hombres y mujeres; entre ellas, la Ley de Amparo Laboral de la Mujer,²¹ la Ley Orgánica para la defensa de los Derechos Laborales, y algunas otras reformas al Código del Trabajo, e incluso al Código Penal²² que tipifica el acoso sexual en el ámbito laboral, entre otros.

19. Llama la atención lo contemplado en los artículos 138 y 139 del Código del Trabajo vigente, que señalan: art. 138: Trabajos prohibidos a menores.- Se prohíbe ocupar a mujeres y varones menores de dieciocho años en industrias o tareas que sean consideradas como peligrosas e insalubres, las que serán puntualizadas en un reglamento especial que será elaborado por el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, en coordinación con el Comité Nacional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil –CONEPTI–, de acuerdo a lo previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia y los convenios internacionales ratificados por el país... Art. 139.- límites máximos de carga para mujeres y adolescentes de quince años.- En el transporte manual de carga en que se empleen mujeres y adolescentes que quince años, se observarán los límites máximos siguientes:...

20. María B. Cardona, “Embarazo de la trabajadora: la configuración de la prestación por riesgo durante el embarazo”, en *Ciudadanía y desarrollo*, Albacete, Bomarzo, 2013, p. 88.

21. Publicada en el R. O. 124 de 6 de febrero de 1997. Con una última modificación de 18 de febrero de 2000.

22. Art. 511-A, agregado por Ley No. 105, publicada en R. O. 365 de 21 de julio de 1998.

Inicialmente, muchas de estas medidas están dirigidas a proteger la situación de la mujer trabajadora en el ámbito laboral evitando la discriminación en el espacio público-laboral, pero sin considerar su *doble presencia*. Muy pocas disposiciones, como se verá a continuación, se plantean como objetivo una equiparación real de oportunidades entre hombres y mujeres que trabajan, teniendo en consideración ese doble rol que se le sigue asignando a la mujer. Este tratamiento incompleto y miope del problema, generalmente suele empeorar la situación de las mujeres en el ámbito laboral, y claramente incumple el compromiso con la igualdad real, contemplado en los artículos 11-2, 331, 332 y 333 de la Constitución ecuatoriana; y esto porque, como muy acertadamente lo sostiene el tratadista español Carlos Alfonso, el principio de no discriminación en esta materia exige que la legislación no solo no contribuya a mantener roles sociales no igualitarios, sino que intente modificarlos, incidir socialmente, y concretamente en este terreno lograr que el trabajo reproductivo, la atención a familiares, las tareas domésticas, sean cosa de hombres y mujeres, al igual que el trabajo productivo lo es.²³

Aún más, las medidas que en esta materia se dirigen esencialmente hacia las mujeres, que aunque sean neutras se utilicen mayoritariamente por ellas, pueden generar –si son muy intensas– un efecto negativo que conduzca a incrementar la marginación de la mujer en el mercado laboral, mediante políticas empresariales de no contratación o no promoción, que claramente son discriminatorias pero que generalmente son difíciles de probar y combatir.²⁴

LOS PERMISOS DE MATERNIDAD, PATERNIDAD Y LACTANCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Pese a la suscripción del Convenio 156 de la OIT, relativo a la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, en especial los trabajadores con responsabilidades familiares, el Estado ecuatoriano, ha actualizado muy limitadamente su legislación secundaria para cumplir con los compromisos previstos en dicho instrumento internacional, que tienen que ver con la creación y el aseguramiento de empleo digno y adecuado para las personas, en especial para aquellas que tienen a su cargo familiares que requieren cuidados especiales.

23. Carlos Alfonso, “Conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público después del Estatuto Básico”, en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar*, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 187-188.

24. Carlos Alfonso, “Conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público después del Estatuto Básico”, p. 188.

Antes de la reforma introducida mediante la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y al Código del Trabajo de 2009,²⁵ el art. 152 del Código del Trabajo, bajo el título *Trabajo prohibido al personal femenino*, contemplaba –y contempla actualmente– el derecho de la mujer trabajadora gestante a una licencia con sueldo de doce semanas (dos anteriores y diez posteriores) al parto, debiendo justificarse dicha ausencia mediante la presentación de un certificado médico en que conste la fecha probable del parto o la fecha en que tal hecho se produjo, otorgado por un facultativo del IESS o, a falta de este, por otro profesional. Esta disposición que contiene una prohibición explícita dirigida al empleador de requerir la presencia de la mujer durante ese lapso se ve complementada mediante otra prohibición contenida en el artículo siguiente, el 153, que prohíbe al empleador dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora, así como reemplazarla definitivamente²⁶ mientras se encuentra dentro del período de licencia por maternidad.

Salvaguarda la norma indicada, el derecho de la trabajadora a percibir su remuneración completa mientras se encuentra en disfrute de este derecho, debiendo ser cubierto el valor por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en los supuestos de que la mujer cumpla los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social, que básicamente son: estar afiliada, y haber realizado doce (12) aportaciones mensuales ininterrumpidas antes de la maternidad. En caso de no tener derecho al subsidio de maternidad por parte del IESS, el empleador deberá cubrir los valores correspondientes a su remuneración durante los aproximadamente tres meses de ausencia.

La reforma de 2009 significó un avance muy importante en la búsqueda de cierta equiparación entre hombres y mujeres con responsabilidades familiares y laborales, al reformar el artículo 152 del CT, mediante la incorporación del *Permiso de Paternidad*, a través de un derecho a licencia con remuneración por diez días al padre por el nacimiento de un hijo o hija, tiempo que puede ampliarse por cinco días más en caso de nacimientos múltiples. Se complementa, en el mismo artículo con el derecho que estaba previamente contemplado para la mujer trabajadora de disfrutar de una licencia con remuneración de doce semanas por el nacimiento de su hija o hijo, la posibilidad de ampliar el período de licencia por diez días adicionales en el supuesto de nacimientos múltiples. La misma norma prevé el caso de que el hijo hubiere nacido prematuro o en condiciones de cuidado especial, motivo que genera la prolongación de la licencia

25. Publicada en el R. O. Suplemento 528, de 13 de febrero de 2009.

26. Si es totalmente aceptado, en cambio, que el empleador la sustituya temporalmente, mientras dura el permiso de maternidad, mediante un contrato eventual con otro trabajador o trabajadora.

por paternidad con remuneración, por ocho días; pudiendo incrementarse la licencia de paternidad hasta por veinticinco días en los supuestos de hijos con enfermedades degenerativas, terminales o irreversibles, o con un grado de discapacidad severa.

Finalmente, en caso de que la madre falleciere durante o después del parto, mientras se encuentra en disfrute de la licencia de maternidad, el padre puede hacer uso de la totalidad, o del tiempo restante del período de licencia que le hubiere correspondido a la madre si no hubiera fallecido.

La misma ley incorpora artículos innumerados después del 152 CT, el primero, que otorga al padre y a la madre adoptivos una licencia con remuneración por quince días, desde la fecha en que el hijo es legalmente entregado. El siguiente artículo innumerado concede licencia con sueldo de veinticinco días a las trabajadoras y trabajadores para el tratamiento médico de hijos que padecen de una enfermedad degenerativa, licencia que puede ser tomada de forma conjunta o alternada.

Nada dice el Código del Trabajo respecto de la posibilidad de contar con licencia, para atender al padre o a la madre, en caso de que estos requieran cuidados especiales.

Más recientemente, el art. 4 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales²⁷ modifica el art. 155 del Código del Trabajo, que en sus incisos primero y segundo contempla la obligación del empleador, en empresas que cuenten con más de cincuenta trabajadores, de establecer o contratar los servicios de un centro de atención infantil para los hijos de los trabajadores, que debe suministrarse de forma gratuita. El artículo en cuestión concedía a las madres trabajadoras de niños menores de nueve meses un permiso de lactancia de dos horas diarias, que no obstante se encontraba condicionado a que la empresa o centro de trabajo no contara con la guardería de la que hablan los incisos primero y segundo. La reforma viene a clarificar, como señala el considerando respectivo, los derechos de lactancia y de guardería a que tienen derecho las madres trabajadoras no como garantías alternativas, sino concurrentes, ampliando además el permiso de lactancia de nueve a doce meses. Esta reforma, bien intencionada sin duda, ha de ser evaluada a la luz de los efectos que su aplicación genera no solo para las mujeres que actualmente están empleadas, sino para todo el colectivo femenino que aspira obtener un trabajo o mantenerse y promocionarse en él.

Esta y otras disposiciones, si bien mejoran la situación de las actuales madres trabajadoras, al darles un doble derecho, de rebaja de la jornada laboral durante el primer año de vida del hijo, y de guardería, actúan como desalentadores a la hora de contratar o promocionar laboralmente a las mujeres, puesto que implican una carga económica

27. Publicada en el Segundo Suplemento del R. O. No. 797, de 26 de septiembre de 2012.

extra al empleador, a lo que hay que sumarle el período de suspensión laboral con remuneración durante los tres meses anteriores por licencia de maternidad.

Estas medidas nunca deberían ir solas, sino acompañadas de contrapesos, tales como incentivos a las empresas por la contratación de mujeres, y en general de colectivos de difícil contratación, o por la facilitación de condiciones para el cumplimiento de las obligaciones familiares, sobre todo cuando se apliquen a trabajadores hombres.

A MANERA DE CONCLUSIÓN: HACIA UNA REDISTRIBUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES FAMILIARES

Pese a las reformas analizadas para el caso ecuatoriano, en especial aquellas que representaron una verdadera novedad, al conceder al reciente padre una licencia que le permite compartir un tiempo importante con su hijo recién nacido o recién incorporado al hogar en el caso de los hijos adoptados; no obstante, todavía se mantiene una situación generalizada de discriminación institucional o sistémica para la mujer, que implica un ejercicio mínimo de las responsabilidades parentales para los hombres y una máxima asunción de obligaciones en el cuidado humano y las labores domésticas para las mujeres, ya que, como sostiene Añón, en aquellos casos en que el derecho de paternidad se ejerce es un ejercicio libremente escogido; en cambio, en el caso de las mujeres es en términos generales una necesidad.²⁸

La tendencia a nivel mundial es la de propiciar el disfrute de los derechos de conciliación por el hombre, implicando a este en el cuidado y atención de la familia, a efectos de lograr mayores niveles de corresponsabilidad familiar, como una forma más perfecta y acabada de alcanzar la tan anhelada igualdad entre hombres y mujeres en la esfera privada.

La vía abierta hacia el reconocimiento de derechos de titularidad indiferenciada y de carácter originario y no derivado, como el permiso de paternidad, que debería alcanzar un período de tiempo mayor, junto con otras medidas que incentiven la posibilidad de disfrutar de todos los permisos, pueden ser considerados como un buen punto de partida para ir transformando esta realidad tan desigual, como medida orientada a que tenga lugar una efectiva implicación paterna en el cuidado del hijo desde el momento del nacimiento.²⁹

28. María José Añón, “¿Una legislación para transformar la realidad social?”, p. 26.

29. *Ibíd.*

Y esto no solamente por buscar equiparar la situación de hombres y mujeres en el mundo laboral, sino también por los motivos que acertadamente señala Ramiro Ávila:

Privarse del rol de cuidado es privarse de la afectividad que implica el desarrollo de vínculos con las personas queridas. Al final, como decía algún escritor famoso, la vida tiene más sentido cuando lo que se acumula no es dinero sino afectos y los afectos se construyen cotidianamente. Y de eso nos perdemos los hombres, de la posibilidad de ser más sensibles, más emocionales, más femeninos, y esto, tarde o temprano, con consciencia o sin ella, lo pagamos, en el peor de los casos, con el abandono y la soledad.³⁰

Adicionalmente, el derecho, y concretamente el laboral, se ha de preocupar no solo por conceder permisos en torno al nacimiento o adopción de un nuevo miembro de familia, sino que ha de pensar de manera integral en todas las fases de desarrollo de la familia, y en cómo estas afectan a los familiares cercanos de los trabajadores.

En ese sentido, y siguiendo a Teresa Torns, habría que trabajar en torno a tres ejes:

1. Lograr la redistribución de la carga total del trabajo (empleo y trabajo doméstico-familiar y también trabajo cívico) entre todas las personas no dependientes del hogar.
2. Promover el cambio de la organización temporal socialmente vigente, en el ámbito laboral (jornada laboral), en la ciudad (políticas de tiempo y ciudad) y en el conjunto de la sociedad.
3. Impulsar el cambio de las pautas socio-culturales que amparan el modelo “hombre-cabeza de hogar/proveedor”.³¹

Para hacer posible la revisión y el cambio de la actual distribución y reparto de la carga total de trabajo se deben evitar, ante todo, políticas de empleo basadas en una lógica productivista, que considera a la jornada laboral como único y principal eje vertebrador de los proyectos de vida de la gente, sin darse cuenta que existen otros trabajos y otros tiempos para vivir.

El planteamiento más revolucionario en este campo³² anima a considerar a aquellas personas que tienen plena disponibilidad laboral como único horizonte en su proyecto de vida, como un grupo con alto riesgo de penalización social (y laboral), ya que solo pueden conseguir esa plena disponibilidad laboral si alguien se la facilita, generalmente una mujer, que si está asalariada, no necesariamente goza de buenas condicio-

30. Ramiro Ávila, “La propuesta y la provocación de género en el derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. xxix.

31. Teresa Torns, “De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos”, p. 26.

32. Teresa Torns, “Las políticas de tiempo: un reto para las políticas del Estado de Bienestar”, en *Revista Trabajo*, No. 13, Universidad de Huelva, 2004, p. 155.

nes laborales. Y en el caso de no estarlo, o bien es la madre, o la esposa, o la hija, u otro miembro femenino de la familia, de este sujeto plenamente disponible.

En definitiva, esas personas solo son disponibles laboralmente porque no realizan un trabajo que es necesario; un trabajo que, a pesar de no ser considerado como tal, genera bienestar cotidiano y brinda calidad de vida. El hecho de que buena parte de la población masculina, aun no siendo dependiente, no realice ese trabajo, conforma un tipo de absentismo u omisión que, al no ser laboral, se convierte en un incumplimiento bien visto y tolerado socialmente. Pero esa tolerancia no debería olvidar las fuertes desigualdades sociales de clase, género y etnia que provoca.³³

Quizá resulta todavía demasiado avanzado para la sociedad ecuatoriana el planteamiento expuesto; no obstante, si reflexionamos un poco respecto de la importancia de las tareas de cuidado y actividades domésticas, y de lo que pasaría si las mismas dejan de estar satisfechas, seguramente hemos de mirar con otros ojos a las personas que las realizan por nosotros. Pero incluso podríamos animarnos a cambiar los esquemas de satisfacción de esas necesidades, para demostrarnos a nosotros mismos y a los nuestros que se es más persona en la medida en que se logra independencia y autonomía en la ejecución de todas las tareas, sean estas grandes o pequeñas, tendentes a cubrir las propias necesidades.

Por su parte, el Estado ecuatoriano ha empezado por reconocer constitucionalmente el valor productivo de las labores de cuidado y autosustento,³⁴ así como la necesidad de promover un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades de cuidado, y no al revés, es decir que la prioridad ha de ser la satisfacción de las necesidades familiares, debiendo las actividades laborales ajustarse a dichas necesidades.

En ese sentido se hace indispensable pensar en las políticas destinadas a proveer de servicios de cuidado y atención a la vida diaria. Servicios que deben ser organizados como derechos de ciudadanía universales e individualizados, que deben promoverse no solo para que sirvan como paliativo del malestar de aquellos colectivos con un mayor riesgo de exclusión social, sino que deben utilizarse para promover el bienestar cotidiano de la población. El reclamo por su existencia debe ir de la mano de profesionalización y acreditación formativa por parte de los proveedores. Es preciso, además, encontrar instrumentos económicos que los hagan viables, cuando las instancias públicas no quieren o no pueden hacerse cargo de los mismos. En este punto, la economía popular y solidaria puede ser el escenario adecuado de provisión de estos servicios, a la vista de los principios y valores que gobiernan a este sector de la econo-

33. *Ibíd.*

34. Art. 133 CE.

mía, compatibles con el tipo de servicio que se requiere proveer, como es el de cuidado, alimentación y atención a niños/as, adultos mayores y personas con discapacidad.

No se trata de atender a personas con necesidades, que reciben beneficios asistenciales o prestaciones, fruto de la buena voluntad (y discrecionalidad) del Estado, sino que hay que considerar a los ciudadanos con necesidades especiales como titulares del *derecho al cuidado*, derecho que se debe satisfacer a través de los sistemas de seguridad social del país.

Finalmente, retomando la idea anterior, también es positivo el reconocimiento constitucional que hace el Estado ecuatoriano de la necesidad de impulsar la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares. Queda pendiente la traducción de este principio en acciones concretas tendentes a su cumplimiento.

En ese sentido, impulsar y favorecer en la práctica la asunción de las responsabilidades familiares y domésticas por parte del hombre es de vital importancia. Esto se puede lograr por vía de disposiciones legales concretas que, por ejemplo, admitan y fomenten el disfrute del último período del permiso de maternidad por el padre, quien vería ampliado su permiso de paternidad. O medidas destinadas a premiar a las empresas que fomentan el uso de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar por los trabajadores hombres. Estas medidas deben ir acompañadas de otras de tipo divulgativo y educativo, que generen cambios sociales en la percepción de los roles de hombres y mujeres.

El camino no es fácil, pero queda la esperanza de que las cosas vayan cambiando, los patrones de conducta respecto de la responsabilidad en el cuidado sean alterados por la fuerza de la realidad, que cada vez más exige la coparticipación de hombres y mujeres en la satisfacción de las necesidades de sus seres queridos.

La autora aspira a que este país sea más justo, donde hombres y mujeres asuman las responsabilidades familiares de manera natural, y le den tanta importancia como ahora se concede al trabajo productivo. Donde hombres y mujeres valoren como igualmente importantes el tiempo con su familia, el cuidado de los suyos, el trabajo remunerado y el tiempo de disfrute. Un espacio para vivir y compartir.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfonso, Carlos, “Conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público después del Estatuto Básico”, en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- Añón, María José, “¿Una legislación para transformar la realidad social?”, en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar*, Albacete, Bomarzo, 2009.

- Ávila, Ramiro, “La propuesta y la provocación de género en el derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Cardona, María B., “Embarazo de la trabajadora: la configuración de la prestación por riesgo durante el embarazo”, en *Ciudadanía y desarrollo*, Albacete, Bomarzo, 2013.
- Legarreta, Matxcialen, “El tiempo donado en el ámbito doméstico. Reflexiones para el trabajo doméstico y los cuidados”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26, No. 2, 2008.
- Locke, John, “Two Treatises of Government”, citado por Carole Pateman, “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Murillo, Soledad, “Espacio doméstico: el uso del tiempo”, en *El espacio según el género ¿un uso diferencial?*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1995.
- Noguera, José A., “La transformación del concepto de trabajo en la teoría social”, tesis doctoral, Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.
- Pautassi, Laura, *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, Serie Mujer y Desarrollo, No. 87, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2007.
- Torns, Teresa, “De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 23, No. 1, año 2005, Universidad Complutense de Madrid.
- “Las Políticas de Tiempo: un reto para las políticas del Estado de Bienestar”, en *Revista Trabajo*, No. 13, Universidad de Huelva, 2004.

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2013
 Fecha de aprobación: 9 de diciembre de 2013

Jornadas laborales prolongadas y sus repercusiones en el buen vivir del trabajador y de su familia

*Graciela Monesterolo de Ramírez**

RESUMEN

En versiones no oficiales del nuevo Código Orgánico de Relaciones Laborales que se discute actualmente en el país, se contempla la posibilidad de distribuir el máximo de 40 horas semanales en seis días en lugar de cinco, reconociendo el recargo de apenas el 25% (en lugar del 100%) en las horas que se ejecuten durante el sexto día de labor, en franca oposición a los principios esenciales de la intangibilidad y de no regresividad de los derechos laborales; a los postulados de la Constitución, que reconoce y garantiza a toda persona una vida digna que asegure, entre otros derechos, el trabajo, el empleo, el descanso, el ocio y la salud (en definitiva los medios para conciliar el trabajo con la vida personal y familiar); y a las políticas públicas reflejadas en los Planes Nacionales del Buen Vivir.

PALABRAS CLAVE: jornadas prolongadas, Buen Vivir, descanso, flexibilización, recargos.

SUMMARY

In unofficial versions of the new Labor Code that are currently being discussed in the country, it is included the possibility to distribute the maximum of 40 working hours per week in six days instead of five, recognizing a surcharge of only 25% (instead of 100%) in the working hours during the sixth day. This proposal is directly opposed to the essential principles of the non-derogability and non-regressivity of the labor rights, to the Constitutional principles that recognize and guarantee a dignified life to everyone, which includes rights to work, employment, rest, leisure and health (the means to balance work with personal and family life) and to public policies reflected in the National Plans for Good Living.

KEY WORDS: prolonged hours, good living, leisure, flexibilization, extras.

FORO

* Profesora principal en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

ANTECEDENTES: CONQUISTAS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN TORNO A LAS JORNADAS Y DESCANSOS

ESTABLECIMIENTO, Y POSTERIOR REDUCCIÓN, DE JORNADAS LABORALES MÁXIMAS DIARIAS Y SEMANALES

Hablar de jornadas de trabajo es referirnos a unos de los aspectos esenciales de la organización del trabajo en particular, y de las condiciones de trabajo en general, entendiendo por estas últimas las “circunstancias en que los servicios son prestados por el trabajador”, es decir, todo el fenómeno laboral, o, dicho de otra manera, todos los derechos y obligaciones laborales.¹

Evidencia de la importancia del tema es que el primer orden del día de la primera Conferencia Internacional del Trabajo, realizada el 29 de octubre de 1919, fue precisamente el establecimiento de la jornada máxima diaria de 8 horas y la semanal de 48, la misma que casi dos décadas después, en 1935, mediante el Convenio 047 se rebajó a 40 horas, aunque dicho convenio no fue ratificado por el Estado ecuatoriano.

En Ecuador, la regulación de la jornada de trabajo fue el objeto de una de las primeras leyes obreras expedidas a principios del siglo XX (11 de septiembre de 1916), fijándose el máximo de 8 horas diarias y de 6 días a la semana. En el primer Código del Trabajo de 1938 la jornada se recortó a 44 horas semanales manteniendo las 8 diarias, es decir el total repartido en cinco jornadas y media.²

Cuando se expidió el Decreto Legislativo 43, el 11 de agosto de 1980, que redujo la jornada semanal a 40 horas, los representantes de la entonces Cámara Nacional consideraron que ya muchos trabajadores habían alcanzado la conquista de laborar 40 horas como máximo, y que para los trabajadores era indudablemente un beneficio laborar solo cinco días, por lo que resultaba de justicia extenderlo a todos los trabajadores ecuatorianos.

Tanto la regulación de las 8 horas diarias como la posterior disminución de los días laborales a cinco fueron concebidas como una necesidad para el bienestar físico y moral de los trabajadores; de allí que fueran el resultado de luchas constantes desde

-
1. Oscar Ermida Uriarte, “El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo”, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, vol. III, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 101.
 2. Lo que dio paso a un descanso a partir del mediodía del sábado, que se conoció como el sábado inglés, llamado así por cuanto fue en Inglaterra en donde primeramente se lo adoptó a mediados del S. XIX.

los orígenes del movimiento obrero que no ha cesado en su afán de alcanzar mejoras en las condiciones en las que desarrollan sus actividades, las mismas que se han ido cristalizando paulatinamente a través de décadas, algunas como resultado de grandes sacrificios y férreas luchas como la sangrienta masacre ocurrida en Chicago en 1886, en la que trabajadores perdieron sus vidas combatiendo por la reducción de la jornada a 8 horas diarias.

Así, los dos días consecutivos de descanso se consideraron vitales para reponer las energías de los trabajadores desgastadas en la realización sus tareas, así como para disponer de tiempo libre para disfrutar de la familia, el ocio, atender compromisos sociales, culturales, religiosos, y en fin, cobrar nuevos ánimos para reanudar con renovada fuerza y entusiasmo cada semana de trabajo.

Cabe resaltar que el referido descanso es remunerado con la cantidad equivalente a la remuneración íntegra, es decir, de dos días,³ por lo que el trabajador que labora 5 días se hace acreedor, desde la vigencia del ya mencionado Decreto 43 y según se mantiene el texto inalterable en el actual art. 54 del actual Código, al pago de la “semana integral” para el caso de los obreros que reciben sus salarios semanalmente, de manera que se reduce la remuneración proporcional de los días de descanso en los siguientes términos: si falta media jornada, deja de percibir la remuneración de un día, si falta a una jornada completa, pierde la remuneración correspondiente a los dos días de descanso. En cambio para los empleados que perciben sueldo mensual, cuyo monto cubre los días laborales como los no laborales, en caso de faltas se descuenta el equivalente de 1/30 del mismo por cada día.

La distribución y limitación de las horas diarias y semanales de trabajo se considera uno de los factores que más influyen en el rendimiento, salud y prevención de enfermedades y accidentes de los trabajadores, que repercute además en los patrones de sueño y consecuente estrés en el trabajador y en su familia, por lo que resulta indudable que los objetivos primordiales de la regulación de la jornada sean: proteger la salud y seguridad de los trabajadores y aliviar las presiones y el estrés propio de toda prestación de servicios, lo que a su vez permite al empleador organizar adecuadamente el tiempo de trabajo necesario para la producción de bienes y la prestación de servicios que brinda, con un alto grado de eficiencia y responsabilidad social, por lo que dicha medida no se limita a alcanzar una jornada de menor duración sino además una mejor distribución de la misma que garantice al prestador de servicios un descanso necesario, suficiente y reparador.

3. Artículo 53 del Código del Trabajo.

Si bien el actual art. 51 del Código del Trabajo, al referirse al descanso semanal forzoso, establece que será en los días sábados y domingos, permite que por acuerdo de las partes se establezcan otros días equivalentes para el referido descanso; además determina las únicas circunstancias por las cuales se puede admitir que se labore en tales días:

- a) 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, eventos en los cuales se faculta al empleador exigir a sus trabajadores laborar el tiempo necesario para atender el daño o peligro; y,
- b) la imposibilidad de interrumpir las actividades laborales por la naturaleza de las necesidades que satisfacen.

Para los casos en que se deban laborar los días sábados y domingos se acostumbra rotar a los trabajadores de suerte que puedan eventualmente coincidir sus descansos con los del resto de su familia, situación que en algunos de las versiones del proyecto de Código Orgánico de Relaciones Laborales ya se contempla de manera expresa.

RECARGOS Y LIMITACIONES PARA JORNADAS LABORALES NO ORDINARIAS

La jornada máxima ordinaria vigente en el Ecuador, de cuarenta horas semanales repartidas, todavía en cinco días laborales, permite al trabajador gozar de dos días consecutivos de descanso obligatorio.

Tan sagrado es el descanso que, salvando los casos en que se permiten las jornadas extraordinarias, existe expresa prohibición para el empleador de exigir al trabajador labor alguna, ni aun por concepto de labores a destajo, en los días y horas de descanso obligatorio o forzoso, además de que todo trabajo que exceda las jornadas ordinarias, sean estas legales y contractuales, tiene que ser remunerado con los recargos propios de las jornadas suplementarias y extraordinarias, esto es, en el primer caso, con el 50% si la actividad se la realiza hasta la medianoche o del 100% si es pasada la medianoche o si se la realiza en los días de descanso, y del 100% igualmente, para el segundo caso, es decir, cuando se realizan actividades laborales dependientes en días de descanso semanal, festivo, religioso, que no sean bajo el régimen de contratación parcial.

Con el propósito de precautelar la salud de trabajador se han impuesto además limitaciones legales a las jornadas suplementarias, es decir aquellas que se ejecutan a continuación de las jornadas ordinarias para completar una labor que no puede quedar inconclusa, de modo que no pueden exceder de 4 horas diarias ni de 12 a la semana,

mientras que para las extraordinarias, por su naturaleza, no se establece ningún límite en cuanto a su duración.

Sin embargo el legislador ha previsto, considerando que existen actividades que no pueden ser suspendidas, la posibilidad de contratar trabajadores para que ejecuten las labores en días de descansos forzosos, obligatorios y festivos bajo la modalidad del régimen de contratación parcial, antes referido, en cuyo caso tales jornadas se entenderán ordinarias y consecuentemente sin recargo alguno, aunque para ello se deban observar, a más de las condición de ser actividades que por su naturaleza no puedan interrumpirse, las siguientes:

- que los trabajadores permanentes de la empresa no deseen o no quieran trabajar dichos días (caso contrario tendrían derecho a los recargos correspondientes a la jornada extraordinaria);
- que los trabajadores que fueren a ser contratados bajo este régimen no se encuentren laborando de manera ordinaria cuarenta horas semanales; y, por último,
- que no se contraten para el efecto a menores de quince años.

Otra forma de respetar el descanso de los trabajadores sin afectar el desarrollo normal o necesario de las actividades es la posibilidad, también prevista en la ley, de organizar el trabajo mediante turnos rotativos de manera de cubrir todos los días de la semana, de ser necesario, pero no sacrificando siempre a los mismos trabajadores, quienes pese a que pudieran sentirse motivados por los recargos que recibirían por trabajar de manera extraordinaria, ello de ninguna manera puede compararse con los beneficios de gozar de un descanso verdaderamente reparador.

Tan indiscutible resulta la necesidad de descansar que, por ejemplo, la misma ley prohíbe acumular las vacaciones por más de tres años, obligando en este caso a gozarlas en el cuarto año, en razón de las obvias consecuencias de no parar el trabajo suficientemente, como pudiera ser el *burnout* (conocido como el síndrome de quemarse por el trabajo).

El *burnout* es una respuesta al estrés laboral crónico que se manifiesta en la progresiva pérdida de energía del trabajador hasta llegar al agotamiento, en síntomas de ansiedad, depresión y agresividad, así como desmotivación en el trabajo.⁴

4. Juan José Díaz Franco, “Psicopatología relacionada con alteraciones por quebrantamiento en la organización del trabajo”, en *La salud mental de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 148-149.

DERECHO AL DESCANSO DIARIO Y SEMANAL

Al quedar establecido que en el Ecuador el máximo de la jornada es de 8 horas diarias y de 40 a la semana repartidas dichas horas en 5 días, se concluye que todo el resto de cada día y de la semana son de descanso, legítimo derecho del trabajador, que tiene su fundamento en las necesidades fisiológicas del ser humano, además de raíces culturales y religiosas.

El *Diccionario hispanoamericano de Derecho* define al descanso como “el derecho que le asiste a todo trabajador de gozar al menos un período de reposo ininterrumpido, dentro de cada semana de labor”.⁵

El descanso de las personas trabajadoras repercute no solo en beneficio personal de ellas, sino de las personas de su entorno y del mismo empleador, quien podrá contar con personas saludables, entusiastas, comprometidas y con menor propensión a los accidentes de trabajo y enfermedades.

Por ello resulta censurable la pretensión de afectar el descanso semanal de los trabajadores, desconociendo con ello la expresa disposición contemplada en el art. 11 numeral 4 de la Constitución de que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, lo que se reafirma en el numeral 2 del art. 326, ya concretamente refiriéndose a los principios rectores del derecho laboral, en el sentido de que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, por lo que resulta nula toda estipulación en contrario.

En este mismo espíritu de la norma constitucional, el Plan Nacional del Buen Vivir ratifica enfáticamente, por una parte, la supremacía del trabajo sobre el capital y, por otra, la necesidad de reducir la presión en el trabajo.

JORNADA PROLONGADA DE TRABAJO

UNA PROPUESTA DEL PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO DE RELACIONES LABORALES

Por jornadas prolongadas habremos de entender todas aquellas que superan la jornada ordinaria máxima, ya sea diaria o semanal, bien sea a pretexto de completar una labor que no puede quedar suspendida, lo que da paso a las horas suplementarias, o

5. *Diccionario hispanoamericano de Derecho*, Bogotá, Latino Editores, 2008.

bien sea las que se desarrollan en días de descanso forzosos u obligatorios y por caso fortuito o fuerza mayor, que dan lugar a las horas extraordinarias. Es decir, se trata de un trabajo que se realiza más allá de los horarios previamente acordados entre las partes vinculadas por un contrato de trabajo, y que por ende tienen especiales repercusiones en los órdenes de la salud y bienestar del trabajador, así como en el ámbito económico, por los recargos a los que dan lugar. En todo caso, para efectos de las presentes reflexiones nos centraremos en torno a la prolongación de la jornada semanal, toda vez que esa es la propuesta que traen algunas de las versiones de los proyectos de Código Orgánico de Relaciones Laborales.

El proyecto de Código Orgánico de Relaciones Laborales, lastimosamente no difundido, salvo en sus grandes lineamientos y unos pocos temas anunciados por la prensa,⁶ contempla la posibilidad de distribuir el máximo de 40 horas semanales en seis días en lugar de cinco, reconociendo el recargo de apenas el 25% en las horas que se ejecuten durante el sexto día de labor, afectando con dicha disposición al derecho al descanso semanal que hasta el momento se encuentra reconocido en favor de cada trabajador sujeto al Código del Trabajo, y consecuentemente como derecho adquirido imposible de desconocer ni de desmejorar por convenios, tratados y leyes posteriores, según los principios ya enunciados de la intangibilidad y de no regresividad de los derechos laborales. Es decir, a pretexto de repartir el máximo de las 40 horas en seis días en lugar de cinco se pretende reducir el porcentaje del recargo, lo que de conformidad a la normativa aún vigente merecería el recargo del ciento por ciento, toda vez que se trataría de jornada extraordinaria por ser en día de descanso forzoso, sin importar que la jornada de lunes a viernes, o en general en los cinco días laborales sea inferior a 40 horas.

Ya hemos señalado en varias oportunidades que ni aún el recargo del 100% de las horas trabajadas en días de descanso compensa el perjuicio en los ámbitos psicosociales y de la salud que sufre el trabajador con repercusiones que van más allá de su vida personal, por lo que menos aceptable resulta pretender reducir ese porcentaje al 25%.

La propuesta de reformar las jornadas laborales se sustenta en la necesidad de atender las actuales exigencias de los sectores productivos y de comercialización de productos así como la prestación de servicios que con cada vez más frecuencia ocurren todos los días del año y las 24 horas del día, sin reparar que para ello ya existen normas suficientes en el Código del Trabajo actual que permiten, como también ya lo hemos anunciado, diferentes opciones para atender tales necesidades, como: el recono-

6. Los temas propuestos, a criterio de sus ideólogos, pretenden dinamizar las relaciones laborales, brindar una tutela eficiente en derechos y prohibición de discriminación, y proponer condiciones contractuales equitativas y beneficios laborales justos.

cimiento a los trabajadores de recargos por jornadas suplementarias y extraordinarias; la posibilidad de establecer turnos; el régimen de contratación parcial, o sencillamente la gran variedad de modalidades contractuales; ello sin mencionar la posibilidad de establecer horarios especiales de trabajo, regulados mediante Acuerdo Ministerial No. 169 de 4 de diciembre de 2012; es decir que resulta por demás innecesaria, además de atentatoria a los derechos ya adquiridos de los trabajadores, semejante pretensión.

UNA EVIDENCIA MÁS DE FLEXIBILIZACIÓN LABORAL

Desde los años de 1970 se viene hablando de flexibilización, entendida como “la tendencia hacia la eliminación de rigideces que dificultan adaptarse rápidamente a las necesidades del mercado”,⁷ de allí que haya quienes prefieran el término de “adaptabilidad”, para darle un tono más tenue al tema.⁸ Por su parte, Podetti nos da la siguiente definición: “capacidad de los individuos, en la vida económica y en particular en el mercado de trabajo, de renunciar a sus hábitos y de adaptarse a las nuevas circunstancias”.⁹ Este fenómeno, llámese como se lo llame, tuvo sus orígenes en crisis económicas y en cambios tecnológicos que obligaron a promover la recuperación por parte de los empleadores de derechos y libertades que fueron conculcados por el surgimiento y posterior vigorización del Derecho del Trabajo.

Según el mismo Podetti,¹⁰ la flexibilización surgió como “un conjunto de respuestas a las nuevas circunstancias y la conveniencia de dar satisfacción de las cuatro grandes necesidades”, a saber: ajuste económico, innovaciones tecnológicas, resolver problemas sociales nuevos y mejorar la calidad de vida.

Así, lo que en un principio fue dilucidar si era o no procedente la flexibilización en un área del Derecho cuyo fin es poner límites a la autonomía de la voluntad de las partes en beneficio de la parte siempre más débil de toda relación laboral, sin perjuicio de la indiscutible facultad que tiene el empleador de administrar y dirigir el trabajo, al punto de reconocer inclusive el *denominado ius variandi*; luego se convirtió en un debate tendiente a discutir cómo “adaptar” esa normativa rígida a las nuevas condiciones imperantes en el mercado, lo que dio paso a la flexibilización, con lo que se afectaron

7. Américo Plá Rodríguez, “Un enfoque sobre la flexibilización”, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, vol. I, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 1018.

8. Alberto Rimoldi, “Reflexiones sobre la flexibilidad”, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 1045.

9. Humberto Podetti, “La flexibilidad en el Derecho del trabajo: noción, aspectos y meritución”, en *Derecho del trabajo. doctrinas esenciales*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 1028.

10. *Ibíd.*, pp. 1027-8.

varios principios propios del derecho laboral, tales como el de la intangibilidad, el de la irrenunciabilidad, el protector y aun el de estabilidad.

Es así como la flexibilización sigue generando fobias y filias. En un primer extremo se encuentran quienes la perciben como medidas “justificadoras de un dumping social, y como un elemento susceptible de hacer retroceder el progreso social”, mientras que en el otro extremo la estiman como un conjunto de medidas “imprescindibles para la subsistencia de las empresas y el logro de una rentabilidad razonable, y de ese modo hacer cierto y posible dar empleo a los trabajadores”;¹¹ posturas que, al decir muy acertado del profesor Hoyos, a la postre mueven más “a nuestro derecho hacia la esfera de la acumulación y formación de capital que hacia la justicia distributiva que históricamente ha sido el hábitat del Derecho del Trabajo”.¹²

Si bien en algunos temas pudieran destacarse ventajas de la flexibilización para las partes relacionadas por un contrato de trabajo, no se debe jamás perder de vista que ninguna “adaptación” a nuevas circunstancias puede justificar el desconocimiento de derechos ya adquiridos como, en este caso, el derecho a un descanso semanal de dos días consecutivos, conquista lograda hace más de un cuarto de siglo, y, a pretexto de ello, insistimos, además violentar principios consagrados tanto en la Constitución de la República como en convenios internacionales, tales como el de la intangibilidad y el de no regresividad.

EL BUEN VIVIR: “HOJA DE RUTA DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA”¹³

UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y AL DESARROLLO DEL BUEN VIVIR EN EL ECUADOR

Desde el año 2006 el movimiento Alianza PAIS comenzó a hablar del Buen Vivir, recogiendo postulados de los pueblos andino-amazónicos.¹⁴

11. *Ibíd.*, p. 1040.

12. *Ibíd.*, p. 1040.

13. Senplades, 2013, 19.

14. Carolina Silva (2008: 119) explica el Buen Vivir como el equilibrio de los tres *pachas* (*Ukhu Pacha*, *Kay Pacha* y el *Hanaq Pacha*, cuyos significados son: sentir bien, hacer bien y pensar bien, respectivamente), “que se convierte en un actuar bien”; de manera que estos tres elementos relacionados y en armonía configuran el *sumak kawsay*, vivir bien”; y concluye afirmando que “la realidad del ser, de acuerdo a la filosofía andina, está determinada por una conjugación de fuerzas: la razón, los sentimientos y los instintos. El *sumak kawsay* es alcanzar el equilibrio entre todas ellas para vivir bien o alcanzar una existencia plena”.

Se lo planteó inicialmente como el objetivo central de la política pública, pero, con el transcurso de los años, al nutrirse el debate sobre el tema, “pasó a ser el eje vertebrador de la nueva Constitución de la República”.¹⁵

La necesidad de “impulsar nuevos modos de producir, consumir, organizar la vida y convivir” dieron paso a un “cambio de paradigma: del desarrollo al Buen Vivir”, que se plasmó en el Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013, cuyo eje fue el considerar que el desarrollo “debe tener como centro al ser humano y no a los mercados o a la producción”, haciendo énfasis en que las “personas pueden ‘hacer y ser’ más de lo que pueden ‘tener’”.¹⁶

Por ende, “el Buen Vivir promueve la búsqueda comunitaria y sustentable de la felicidad colectiva, y una mejora en la calidad de vida a partir de los valores”; su fin es “defender y fortalecer la sociedad, el trabajo y la vida en todas sus formas”.

Es así como la Constitución de la República, superando una visión reduccionista del desarrollo y colocando consecuentemente al ser humano en el centro del mismo, se propone como objetivo final el alcanzar el Buen Vivir, en definitiva, mejorar la calidad de vida de la población, y es por ello que reconoce y garantiza a toda persona una vida digna que asegure, entre otros derechos, el trabajo, el empleo, el descanso y el ocio;¹⁷ la salud, que a su vez se vincula al ejercicio de otros derechos, entre los que destacamos el trabajo por ser precisamente el objeto de estas reflexiones, todos los cuales sustentan el Buen Vivir. La misma norma suprema, en torno al ámbito laboral que nos ocupa, garantiza además “a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”,¹⁸ a lo que el art. 276 agrega, entre los objetivos del régimen de desarrollo, el mejorar la calidad y esperanza de vida, y construir un sistema económico justo, democrático, productivo y solidario basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de un trabajo digno y estable.

Lo dicho implica que el Estado está en la obligación de impulsar actividades económicas que garanticen a las personas trabajadoras, entre otros derechos y beneficios, “un horario de trabajo que permita conciliar el trabajo con la vida familiar y personal”,¹⁹ puesto que un trabajo digno deviene en una fuente de realización personal que no puede entenderse desapegada de la vida familiar; “la construcción del Buen

15. Senplades, 2013, pp. 23-4.

16. Senplades, 2009, p. 17.

17. Artículo 66.2 de la Constitución del Ecuador.

18. Artículo 32 y 33 de la Constitución del Ecuador.

19. Senplades, 2013, p. 275.

Vivir supone que las personas cuenten con el tiempo necesario tanto para el ocio recreativo como para el disfrute familiar”;²⁰ de allí que dentro de los lineamientos estratégicos se encuentre el de “promover políticas y programas que distribuyan de forma más justa la carga del trabajo y que persigan crear más tiempo disponible para las personas, para las actividades familiares, comunitarias y de recreación”;²¹ por lo que en definitiva “el trabajo debe apuntar a la realización personal y a la felicidad”.²²

En la presentación del Plan Nacional del Buen Vivir que refleja el programa de gobierno y representa su “postura política” se advierte que se desea que este se convierta “en un documento tan práctico como un mapa, con directrices muy claras para evitar que nos extraviemos en el camino o nos aventuremos en una ruta no trazada que nos lleve a un despeñadero”.

Si se quiere ser consecuente con semejante aspiración no se puede dar paso a una reforma en el sentido de afectar el descanso semanal de los trabajadores, por cuanto ello sería conducirnos precisamente a ese temido “despeñadero” al desconocer flagrantemente derechos y principios garantizados y consagrados en la Constitución como norma suprema, en convenios internacionales y en los varias veces referidos Planes Nacionales del Buen Vivir.

EL DESCANSO SEMANAL COMO EXPRESIÓN DEL BUEN VIVIR DEL TRABAJADOR Y DE SU FAMILIA

El descanso, como medio de recuperación de fuerzas y energías desgastadas por la prestación de servicios o la ejecución de una obra, no solo es un derecho, sino una necesidad fisiológica inaplazable, que tiene además un origen divino.²³

La regulación de la jornada laboral, que da lugar a los descansos, obedece además a razones de salud e higiene del trabajador, de allí que:

uno de los objetivos de la ergonomía ha sido determinar los límites aceptables para la carga de trabajo, limitando así la fatiga. [La fatiga] responde a múltiples factores individuales derivados de las condiciones de trabajo, de circunstancias asociadas, etc. La fatiga puede recuperarse con el reposo; sin embargo, si éste está ausente, el agotamiento se acumula, lo cual conduce gradualmente a un estado de fatiga crónica. En este caso la sensación de can-

20. *Ibid.*, p. 281.

21. *Ibid.*, p. 284.

22. *Ibid.*, p. 274.

23. Tanto en el libro del Éxodo como en el Deuteronomio se obliga a guardar el sábado, instituido como día de glorificación (Dios creó todo en seis días y el séptimo descansó). Posteriormente el cristianismo trasladó el descanso al día domingo (primer día de la semana) en homenaje al día de la resurrección del Señor.

sancio se intensifica y aparece no solo después del trabajo, sino también a lo largo del día, e incluso antes de comenzar una nueva jornada por falta de recuperación de la precedente. Va acompañada de diversos síntomas: cefaleas, vértigo, alteraciones cordiorespiratorias, trastornos del apetito o digestivos, insomnio, etc., muchas de ellas entroncadas con una sensación de malestar, usualmente de naturaleza emocional.²⁴

Por lo dicho, “la jornada laboral es un límite al esfuerzo humano del trabajo dependiente con motivaciones vinculadas a la salud del hombre y que se ha buscado con su regulación proveer garantías al descanso esencial del empleado”;²⁵ dichas motivaciones tienen un claro sesgo humanista, de allí que el afectar el tiempo de descanso sea sancionado con recargos (del 50 o el 100%, en el Ecuador) como mecanismo de disuasión para el empleador, y además que se considere que tales horas adicionales sean procedentes exclusivamente en situaciones excepcionales.²⁶

Es preciso además advertir que un objetivo de un cambio de época, como el que se propone el Plan Nacional de Buen Vivir, se asocia al lema de trabajar menos para que trabajen todos, dando así la oportunidad a quienes se encuentran desempleados y subempleados a cubrir ciertas jornadas de trabajo que no pueden ser suspendidas o interrumpidas; no obstante, la reducción de la jornada no debe ser vista solo como instrumento técnico para una distribución más justa del trabajo, sino como la meta transformadora de la sociedad, de crear más tiempo disponible para las personas,²⁷ lo que no se compadece con la pretensión del proyecto de Código Orgánico de Relaciones Laborales de extender la jornada laborable, en los términos varias veces ya enunciados.

No cabe consecuentemente que por necesidades de la empresa se sacrifiquen las horas de descanso que tiene el trabajador desde hace algunas décadas atrás, y como tal un derecho adquirido y debidamente garantizado, ni aun a pretexto de que recibirá un recargo, lo que jamás se compensa con lo que deja de gozar, con el doble agravante de que, por una parte, el proyecto propone que el recargo sea apenas del 25% por tratarse de horas que, aunque trabajadas en el sexto día, no exceden del máximo de 40 horas semanales; y, segundo, que, por la costumbre de redondear los sueldos y salarios a costa de trabajos suplementarios y extraordinarios, se dejan de aumentar las remuneraciones y se traslada al trabajador la carga de mantenerse trabajando, sacrificando su

24. J.M. Palacios Salvador, “La carga de trabajo: carga física y mental”, en Fernando Gil Hernández, *Tratado de medicina del trabajo. Introducción a la salud laboral. Aspectos jurídicos y técnicos*, vol. 1, Barcelona, Elsevier Masson, 2012, p. 403.

25. Miguel Maza, “Algunas reflexiones acerca de la nocividad de realizar horas extras en forma crónica”, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, vol. III, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 80.

26. *Ibíd.*

27. Senplades, 2009, p. 22.

descanso, a fin de no ver mermado su ingreso mensual y, de esa manera, poder hacer frente a todas sus necesidades y a las de su familia.

REPERCUSIONES DE LA JORNADA PROLONGADA

EN EL ÁMBITO DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR DEL TRABAJADOR

Resulta esencial, en el ámbito de las relaciones de trabajo, consensuar la vida laboral y personal de los trabajadores, manteniendo presente que el trabajo fue instituido por y para el ser humano, y no a la inversa, es decir, que el trabajo es un medio de realización personal y un medio de vida, por lo que se debe trabajar para vivir y no vivir para trabajar; de allí que el desafío es promover un trabajo mejor, considerando la carga y distribución del trabajo en las horas y días de la semana, y evitando al máximo las prolongaciones, muchas veces innecesarias o injustificadas de las jornadas laborales.

Una de las formas de distribuir el trabajo es el horario flexible que tiene entre sus ventajas el que, según las actividades y circunstancias, puede aumentar el rendimiento de los trabajadores al estar más a gusto y con menos tensión de la que supone la rigurosidad de un horario, pero siempre y cuando dicho horario, en primer lugar, sea consensuado entre las partes vinculadas en una relación laboral, y, segundo, que no vaya en contra de disposiciones expresas, tales como las que no se pueden exceder los límites diarios ni semanales, como sería el caso de la jornada prolongada de trabajo.

La jornada prolongada de trabajo, la rotación de turnos, el trabajo nocturno, las jornadas extraordinarias, la ausencia de pausas, el descanso insuficiente el fin de semana o ausencia del mismo, y el ritmo de trabajo se encuentran entre los factores de riesgos psicolaborales entendidos como:

aquellos aspectos intrínsecos y organizativos del trabajo, y las interrelaciones humanas, que al interactuar con factores humanos endógenos (edad, patrimonio genético, antecedentes psicológicos) y exógenos (vida familiar, cultura, etc.) tienen la capacidad potencial de producir cambios psicológicos del comportamiento (fatiga, dolor de cabeza, hombros, cuello, espala, propensión a la úlcera gástrica, la hipertensión, la cardiopatía, envejecimiento acelerado). Este tipo de factor de riesgo se caracteriza por encontrarse en aquellos aspectos relacionados con el proceso de trabajo y las modalidades de gestión administrativa que pueden provocar carga síquica, lo que a su vez puede generar como consecuencia fatiga mental, alteraciones de la conducta y reacciones de tipo fisiológico.²⁸

28. Fernando Henao Robledo, *Condiciones de trabajo y salud*, Bogotá, Ecoe, 2009, pp. 36-7.

En algunas versiones del proyecto de nuevo Código Orgánico de Relaciones Laborales, se prevé el reconocimiento de apenas el 25% sobre aquellas horas que se laboren en el sexto día, siempre que no excedan las 40 semanales y el 100% en el caso contrario, mientras que actualmente todo trabajo realizado en los días de descanso forzoso u obligatorio tiene el recargo del 100%, con lo que a claras luces se afectaría el principio de intangibilidad y no regresividad de los derechos del trabajador, en detrimento además de su salud.

El hecho de que un trabajador labore un día adicional a lo que actualmente prevé el Código del Trabajo como jornada máxima semanal, es decir de 5 días, implica el desatender las obligaciones y placeres de la vida hogareña que se vería desplazada dando lugar al relajamiento de los vínculos, ya de por sí venidos a menos por las exigencias impuestas por los ritmos cada vez más acelerados de trabajo, agravados por la apremiante necesidad de los trabajadores de procurarse mayores ingresos de manera simultánea a la necesidad de intensificar su formación y capacitación para sortear la competitividad.

Al prolongar la jornada de trabajo se afecta sin duda alguna a ese tiempo libre que el ser humano debe emplear para su descanso higiénico, para su distracción su educación y perfeccionamiento, para su contacto familiar con padres, esposas/os, e hijos, para ocuparse de la educación, formación y crecimiento de sus niños, para su ocio, para, en fin, el aprovechamiento y goce de su propia vida; no debiera justificarse o admitirse ni aun en las más severas crisis porque en definitiva es una necesidad fisiológica y psicológica; ni tampoco debiera el trabajador “abdicar” a sus derechos y deberes familiares que conducen a la malogración social, la desorganización familiar, la ruptura generacional entre padres e hijos, y la desunión de las familias.²⁹

A lo dicho se suman los evidentes efectos nocivos para la salud del trabajador de las jornadas prolongadas de trabajo, que producen agotamiento, fatiga, cansancio que a su vez conducen a una mayor siniestralidad y baja productividad. Al respecto, Cabanellas dice 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.³⁰

29. Miguel Maza, “Algunas reflexiones acerca de la nocividad de realizar horas extras en forma crónica”, p. 82.

30. Guillermo Cabanellas, *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Heliasta, 2001, p. 581.

De allí que profesionales de la medicina, por su parte, adviertan que:

la salud de los trabajadores debe contemplarse en el sentido más amplio, no solo realizando actividades de vigilancia de la salud, como revisiones médicas o primeros auxilios, sino también otras orientadas a fomentar estilos de vida saludables, a la prevención de enfermedades (profesionales o comunes) y accidentes y a la protección frente a riesgos laborales específicos”, y destaquen además la gran importancia de la prevención, entendida como las “medidas que apuntan a disminuir el riesgo de aparición de enfermedades y accidentes en el lugar de trabajo y minimizar las consecuencias en caso de que aparezcan.”³¹

La adecuada y equilibrada distribución del tiempo de trabajo es una de las formas más efectivas de asegurar la salud y el bienestar integral del trabajador y de su familia.

UNA CONCLUSIÓN *A PRIORI* Y UN LLAMADO A LA RECONSIDERACIÓN

En razón de que las precedentes reflexiones tienen como base diferentes versiones del proyecto de nuevo Código Orgánico de Relaciones Laborales, las conclusiones no pueden ser sino apriorísticas, pero, en todo caso, aspiramos a que contribuyan al debate insoslayable que debe preceder a una propuesta de reforma normativa de tal envergadura.

Sin embargo, insistimos en advertir que de llegarse a menoscabar el descanso semanal de los trabajadores sería afectar derechos ya adquiridos y desconocer principios esenciales del derecho laboral consagrados en la Constitución de la República, independientemente de que por las horas trabajadas en el sexto día se reconozca un recargo económico, toda vez que dicho resarcimiento (ni siquiera si se mantuviera en el 100% el recargo) no compensa los efectos antes señalados que van en detrimento de la salud y seguridad de trabajador, así como de su bienestar y el de su familia, que es la que en definitiva se vería privada de la presencia, compañía y apoyo del trabajador, contribuyendo así al relajamiento de los vínculos afectivos y de la unidad familiar:

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

31. Fernando Gil Hernández, *Tratado de medicina del trabajo. Introducción a la salud laboral. Aspectos jurídicos y técnicos*, vol. 1, Barcelona, Elsevier Masson, 2012, p. 21.

todos los miembros de la familia obrera gustar de vez en cuando las alegrías de la vida en común.³²

El pretender, pues, desmejorar condiciones laborales que fueron conquistas de los trabajadores nos hace cuestionar si acaso no se trata de una contrarreforma que afecta a todos los postulados que embandera el Buen Vivir y que constan además en la Constitución de la República, concretamente a aquellos que dicen relación a una vida digna, salvable y feliz tanto en el ámbito personal como familiar, así como a un derecho al ocio recreativo y a un trabajo debidamente remunerado y libremente escogido o aceptado.

Ratificamos lo que resulta por demás evidente y que ha sido además objeto de concienzudos análisis y estudios interdisciplinarios, particularmente desde la óptica de la medicina del trabajo, la higiene y salud ocupacional: “una adecuada o inadecuada organización, planificación y distribución del tiempo de trabajo y de los períodos de pausas y descansos pueden incidir positiva o negativamente en el desempeño de la actividad del trabajador, repercutiendo directa o indirectamente en él, en la institución y en su entorno”.³³

Lo mencionado nos lleva a otra clara conclusión, cual es la de que “la empresa mejor valorada para trabajar en ella es la que, además de orientarse hacia los resultados, se orienta hacia las personas (trabajadores y clientes), sin olvidarse de los beneficios y del retorno de capital”,³⁴ es decir, aquella que con gran responsabilidad social da prioridad al ser humano antes que al capital, lo que resulta consecuente con lo previsto en el Plan Nacional del Buen Vivir, que busca en última instancia el bienestar y la felicidad no solo de las personas trabajadoras sino de la sociedad en general.

Por todo lo expuesto coincidimos con Miguel Maza cuando sostiene que debemos todos contribuir a desechar un sistema perverso que carcome el tiempo libre del trabajador “para dar vuelta el sentido de la vida y obligarlo a vivir sólo para trabajar, abandonando sus roles familiares y sociales”.³⁵ Y por ello hacemos un llamado a la reconsideración sobre la propuesta de implementar en el nuevo Código de Relaciones Laborales la jornada prolongada de labor, entendida como aquella que permite que las 40 horas semanales sean distribuidas en seis días de la semana, en franca oposición a

32. Guillermo Cabanellas, *Compendio de derecho laboral*, p. 581.

33. Juan Carlos Alautrey Anza y Maite Gómez Etxebarria, “Herramientas frente a los riesgos organizativos y la violencia familiar”, en *La salud mental de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2012, p. 172.

34. Fernando Gil Hernández, *Tratado de medicina del trabajo. Introducción a la salud laboral. Aspectos jurídicos y técnicos*, vol. 1, Barcelona, Elsevier Masson, 2012.

35. Miguel Maza, “Algunas reflexiones acerca de la nocividad de realizar horas extras en forma crónica”, p. 88.

los principios esenciales del derecho del trabajo, a los postulados de la Constitución y a las políticas públicas reflejadas en los Planes Nacionales del Buen Vivir.

BIBLIOGRAFÍA

- Alautrey Anza, Juan Carlos, y Maite Gómez Etxebarria, “Herramientas frente a los riesgos organizativos y la violencia familiar”, en *La salud mental de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2012.
- Cabanellas, Guillermo, *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Heliasta, 2001.
- Díaz Franco, Juan José, “Psicopatología relacionada con alteraciones por quebrantamiento en la organización del trabajo”, en *La salud mental de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2012.
- Diccionario Hispanoamericano de Derecho*, Bogotá, Latino Editores, 2008.
- Ermida Uriarte, Oscar, “El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo”, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, vol. III, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Henao Robledo, Fernando, *Condiciones de trabajo y salud*, Bogotá, Ecoe, 2009.
- Hernández, Fernando Gil, *Tratado de medicina del trabajo. Introducción a la salud laboral. Aspectos jurídicos y técnicos*, vol. 1, Barcelona, Elsevier Masson, 2012.
- Maza, Miguel, “Algunas reflexiones acerca de la nocividad de realizar horas extras en forma crónica”, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, vol. III, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Palacios Salvador, J.M., “La carga de trabajo: carga física y mental”, en Fernando Gil Hernández, *Tratado de medicina del trabajo. Introducción a la salud laboral. Aspectos jurídicos y técnicos*, vol. 1, Barcelona, Elsevier Masson, 2012.
- Plá Rodríguez, Américo, “Un enfoque sobre la flexibilización”, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, vol. I, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Podetti, Humberto, “La flexibilidad en el Derecho del Trabajo: noción, aspectos y meritua-ción”, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Rimoldi, Alberto, “Reflexiones sobre la flexibilidad”, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esen-ciales*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Silva, Carolina, “¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución?”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

OTROS

Código del Trabajo.

Constitución del Ecuador.

Senplades.

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2013

Fecha de aprobación: 28 de diciembre de 2013

Análisis crítico de las instituciones del visto bueno y de la jubilación patronal en el Código del Trabajo ecuatoriano

*Ximena Moreno Echeverría**

RESUMEN

La investigación versa sobre el visto bueno, forma de terminación unilateral del contrato de trabajo, motivada en causales determinadas en la ley y con un procedimiento ante autoridad administrativa; y sobre la jubilación patronal, incorporada en 1938 al primer Código Laboral Ecuatoriano y creada para solucionar, transitoriamente, el seguro de vejez de los trabajadores del sector privado.

En el análisis hemos tratado de demostrar la obsolescencia y anacronismo de estas instituciones que no aportan en forma adecuada para el objetivo que fueron establecidas.

La poca contundencia del visto bueno que, al no tener fuerza obligatoria, puede ser impugnado, la subjetividad con la que resuelve la autoridad y la lentitud del trámite administrativo, hacen necesario un sistema ágil y efectivo.

La jubilación patronal debe ser sustituida por un beneficio que, sin perjudicar a los trabajadores, una vez terminada su vida laboral, les sirva como compensación a sus años de servicio.

PALABRAS CLAVE: Visto bueno, jubilación patronal, anacronismo, nueva propuesta

SUMMARY

This research study the *visto bueno*, which is a unilateral termination of the employment contract, based on grounds determined by law and following a procedure before administrative authority; and about employer-paid retirement pensions, introduced in the first Ecuadorian Labor Code in 1938 in order to temporarily solve the need of old-age insurance for private sector workers. In this analysis we intend to demonstrate the obsolescence and anachronism of these institutions which do not appropriately serve their purposes.

The limited forcefulness of the visto bueno, which may be challenged, the subjectivity with which the authorities resolve each case and the slowness of the administrative process, make necessary an effective system.

* Profesora titular de Instituciones de Derecho Laboral.

The employer-paid retirement pensions should be replaced by a benefit that, without harming workers, serve them as compensation for their years of service once terminated their working life.

KEY WORDS: approval, employer retirement, anachronism, new proposal.

FORO

INTRODUCCIÓN

Estando próximos a la celebración de los 75 años de expedición del Código de Trabajo en el Ecuador, vale la pena analizar de manera ejemplificativa algunas de las instituciones en él contenidas.

Al efecto, cabe indicar que las relaciones laborales en el Ecuador estuvieron inicialmente reguladas por el derecho civil, encontrándose actualmente algunos rezagos en dicho cuerpo legal que, en algunos casos, son utilizados para simular otro tipo de contrato y así evitar las prestaciones laborales que corresponden.

Es a inicio del siglo pasado cuando va adquiriendo autonomía el derecho laboral ecuatoriano con una normatividad propia, cuya dispersión fue corregida con la promulgación del Código de Trabajo en 1938.

Este cuerpo legal ha sufrido una serie de modificaciones, no siempre afortunadas, que en la actualidad han dado como resultado regulaciones que no satisfacen los requerimientos modernos en las relaciones del capital y el trabajo.

Varias han sido las iniciativas que se han dado en los últimos años con el fin de proponer un nuevo instrumento legal que rija las relaciones laborales; destacamos dentro de ellas: la propuesta presentada por el doctor Enrique Marín Quijada con la asistencia técnica de la Organización Internacional del Trabajo, denominada: “Propuesta del nuevo código de trabajo, un documento para el debate, la concertación social y el diálogo”,¹ que, lamentablemente, no alcanzó una adecuada difusión; más recientemente, en el mes de mayo de 2012 se entregó en la Asamblea Nacional el proyecto de Código Orgánico de Trabajo, preparado por el FUT² y las Centrales Sindicales que, pese a tener el respaldo de quince legisladores, finalmente no fue discutido en el seno de la Asamblea.

1. Disponible en [www.mintrab.gov.ec].

2. Disponible en [http://www.asambleanacional.gob.ec/legislacion/tramite-de-leyes/tramite-de-leyes-2012.html#ancla2012].

Por su parte, el Gobierno, a través de los voceros del Ministerio de Relaciones Laborales, ha expresado su intención de promover un Código Orgánico de Relaciones Laborales socializando no el proyecto en su integridad, sino los ejes en los cuales se fundamentaría.

Pese a que de manera extraoficial hemos tenido acceso a dos versiones del mencionado proyecto, lo que oficialmente se ha puesto en conocimiento de la ciudadanía a través de la prensa y de las discusiones que ha mantenido con los distintos sectores de la producción han sido los tres ejes, cada uno de los cuales tiene un determinado objetivo y un contenido sobre diversos temas relacionados con el trabajo.

Así, el primer eje pretende el establecimiento de mecanismos que dinamicen las relaciones laborales; el segundo, brindar una tutela suficiente de derechos prohibiendo la discriminación; y, finalmente, el tercero señala las condiciones contractuales y los beneficios laborales.

Muchos son los comentarios que pudiéramos hacer sobre los temas que tratan estos ejes, sin embargo aquello sería abarcar una temática muy extensa y compleja.

En este trabajo nos interesa tratar dos instituciones un tanto anacrónicas, que se encuentran vigentes en nuestra ley laboral y que requieren ser revisadas.

El presente análisis pretende, de una manera muy general y sucinta, evidenciar y criticar algunas de esas deficiencias, tomando en cuenta la imperiosa necesidad de una reforma laboral que dinamice las relaciones de los sujetos en la producción de bienes y servicios.

Las instituciones que vamos a revisar son el visto bueno y la jubilación patronal.

EL VISTO BUENO

ANTECEDENTES

En un contrato de tracto sucesivo como es el contrato de trabajo, diversas circunstancias externas pueden ponerlo en riesgo de terminación; en unos casos, procedentes de causas ajenas a la voluntad de las partes, que no pueden ser superadas, como el caso fortuito, la fuerza mayor, la muerte del trabajador, o del empleador, etc.; pero hay otras, imputables a una de las partes, que pueden ser causa de terminación unilateral del contrato, estas últimas, supeditadas a la voluntad de una de ellas por una causa que amerita tal terminación.

Las legislaciones de los distintos países tratan este tema y lo denominan, de una manera general, como “Terminación Unilateral Justificada”; igualmente, y con distintos mecanismos, determinan un procedimiento para probar dichas causas.

Nuestro país ha dado solución a la terminación unilateral por causa justificada, optando por dos caminos diferentes, el uno, el *visto bueno* en donde se demostrará la existencia de la causal ante la autoridad administrativa responsable que es el inspector del Trabajo, y el otro, concebido en determinadas circunstancias, permite la separación de hecho o el abandono del trabajo, según el caso, no siendo necesario en este último probarlo previamente; únicamente deberá hacérselo ante la autoridad judicial cuando alguna de las partes se sintiera perjudicada con aquella decisión unilateral.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La ley sobre el Contrato Individual del Trabajo, promulgada en el año 1928 y publicada en 1930,³ en la presidencia de Isidro Ayora, estableció por primera vez las causas que podían motivar el despido del trabajador o el abandono del trabajo. El artículo 15 de la mencionada ley admitía como causas justificadas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del obrero: 1. La falta de probidad o conducta inmoral del empleador. 2. Las injurias graves o vías de hecho ejercidas contra el trabajador. 3. Por faltar gravemente el empleador a sus obligaciones previstas en el contrato y contravenir lo dispuesto en la ley de prevención de accidentes de trabajo.

En el artículo 16 del mencionado cuerpo legal se señalaban las causales por las que el empleador, justificadamente, podía despedir al trabajador, que eran las mismas dispuestas en los tres numerales respecto del trabajador, adicionándoles dos: 1. actos de insubordinación en el trabajo o incitar a ello, y 2. por abandono del trabajo por parte del trabajador por un tiempo mayor de tres días sin causa justificada.⁴

Debemos consignar el hecho de que, en la mencionada ley, bastaba que concurriera una de las circunstancias en ella anotadas para que la parte perjudicada, de mutuo propio, pudiera dar por terminado el contrato de trabajo sin recurrir a autoridad o procedimiento alguno. Esto ocasionó que se dieran, por parte del empleador, muchas acciones injustificadas de terminación unilateral del contrato.

Siendo encargado del Mando Supremo de la República Federico Páez, mediante decreto de 21 de enero 1936, incorporó a la Ley del Contrato Individual una disposición en la que, por primera vez, se encargaba a los inspectores de Trabajo calificar las causas de terminación invocadas y poner luego su visto bueno para autorizar dicha terminación, complementándole con otro, en donde se establecía la obligación de los inspectores de Trabajo de dar su visto bueno en forma inmediata; de no hacerlo, incu-

3. R. O. No. 317 de 6 de mayo 1930.

4. Véase la Ley sobre el Contrato Individual de Trabajo, RO No. 763 de 7 de octubre 1928.

rían en sanciones de orden pecuniario; mas, cuando los hechos que motivaren el cese del contrato o del despido del trabajador fueren de aquellos que debían probarse, se debía proceder breve y sumariamente a esclarecerlos y allí mismo determinar si había o no razón para el cese del contrato.⁵

De lo dicho se puede evidenciar que lo que primaba para efecto de resolver en forma inmediata y otorgar el visto bueno, sin ningún otro procedimiento, era la apreciación subjetiva de la autoridad administrativa; en el otro caso, cuando era necesario probar la causa, debía optarse por un mecanismo sumario que posteriormente, se constituyó en el procedimiento de dicho trámite.

Cabe destacar la innovación que se consignó en la administración del general Alberto Enríquez Gallo, con el decreto 177, considerando el hecho de que el visto bueno, como había sido concebido, no surtía los efectos pretendidos; al contrario, en muchos casos, pese a la negativa de visto bueno, los empleadores no se sometían a tal decisión terminando igualmente las relaciones laborales y perjudicando de esta forma a los trabajadores, dispuso:

[...] Art. ... El Visto Bueno de los Inspectores en los casos de cesación, desahucio del trabajo y de despido obrero, *tendrá el carácter de verdadero fallo*, y, por lo mismo, surtirá efecto obligatorio para patronos y obreros, *sin más recurso que el de la apelación para ante el Director General del Trabajo* quien resolverá por el merito de lo actuado y en el termino de diez días de haber recibido la información.

Art. ... A igual recurso dará lugar la resolución del Inspector que niegue el Visto bueno.

Art. ... Si el Director del Trabajo encontrare que el visto bueno o su negativa son legales, los confirmará, condenando al apelante al pago de una multa de CINCUENTA A QUINIENTOS SUCRES; en caso contrario, los revocará.

Art. ... La resolución del Director del Trabajo dejará definitivamente solucionado el incidente y el patrono quedará obligado al pago de la indemnización establecida por la Ley, *la misma que será liquidada por el Inspector; dentro de los tres días subsiguientes a la devolución de los autos; y cobrada por apremio real, ordenado por el mismo Inspector* previo el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil. [...] ⁶ (Las cursivas me pertenecen)

Lo consignado en el decreto planteó una situación que fue muy debatida en el foro nacional. Carlos Vela Monsalve hace un profundo análisis de la naturaleza procesal del visto bueno y su similitud con los fallos; sin embargo, concluye que, al ser una autoridad administrativa la que dictamina, no puede considerársela como una sentencia:

5. R. O. No. 103 de 31 enero de 1936.

6. R. O. No. 1 del 11 agosto 1938.

el Visto Bueno parece reunir en esencia y desde el punto de vista puramente doctrinario, los caracteres de una sentencia y podría ser estimado como tal, salvo el caso de recurso ante el Comisario, pues entonces, procesalmente, tendrá sólo valor de informe.

Sin embargo, si consideramos que una sentencia solo puede expedir quien ejerce función judicial y que esta función no la tiene el Inspector al conceder o negar el Visto Bueno; si consideramos además que la sentencia produce efectos obligatorios para las partes, e irrevocables si está ejecutoriada (art. 318 del C. de P. C.) y que el Visto Bueno jamás produce tales efectos ni puede decirse que se ejecutaría (según el art. 317 del mismo Código), tenemos que el Visto Bueno, aun cuando reúna algunos caracteres de sentencia, no los reúne todos ni puede, por tanto, procesalmente ser considerado como tal...⁷

Debemos señalar que tampoco fue adecuada la expresión del recurso que se podía interponer como apelación, ya que solo se apelan los decretos, autos y sentencias; en todo caso, lo que se debía prever es una impugnación por la vía administrativa.

Coincidimos con Vela Monsalve en que, desde el punto de vista técnico, al considerárselo como un fallo podía haber surtido efectos eficaces y ágiles concluyendo el conflicto con la sola intervención de los funcionarios administrativos, pero en realidad no era un fallo; tan es así que, al interponer acción judicial, el visto bueno deviene en un *mero informe* que puede ser apreciado por el juez de acuerdo al merito de los autos, perdiendo totalmente su eficacia.

Antes de a la expedición del primer Código del Trabajo en 1938, se recogió toda la normatividad que se encontraba dispersa en varios decretos y leyes. Se sistematizaron las normas, plasmando en ellas el carácter tutelar del Código del Trabajo a la parte más débil de la relación laboral, es decir, al trabajador. En los artículos 107 y 108 del mencionado cuerpo legal se establecieron las causales de terminación unilateral, debiendo anotarse que, ni en ellos ni en otros (133 y 134), se hacía mención alguna al visto bueno previo limitándose, exclusivamente, a señalar las causales por las que se podía dar por terminado el contrato. Recién a partir de la segunda codificación del 7 de junio 1971 aparece la mención del visto bueno como requisito previo, en los artículos 151 y 152, anteriormente signados con los números 107 y 108.

Varias modificaciones ha sufrido esta institución a través de los años, pese a lo cual, en esencia, se mantiene como inicialmente fue concebida.

Actualmente los artículos 172 y 173 establecen las causales de esta forma de terminación unilateral. Nos referiremos a ciertas causales, que nos parecen de interés. El artículo 172 en el No. 2 consigna como causal de terminación, por parte del empleador, la indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados.

7. Carlos Vela Monsalve, S.J., *Derecho ecuatoriano del trabajo*, Quito, La Unión, 1955, p. 67.

Se debe señalar que no todas las relaciones laborales individuales se dan en unidades de producción o empresas obligadas a tener reglamentos internos, cabe entonces preguntarse ¿qué acontece con aquellos trabajadores que desobedecen órdenes de sus superiores cuando no existe reglamento interno?

Sobre el tema debemos anotar que uno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo es la subordinación que para el trabajador se constituye en la obligación de obedecer las directrices de su empleador o de quien haga sus veces, por lo tanto, la trasgresión a este deber del trabajador configura la causal de desobediencia, aunque no exista reglamento interno y cuya gravedad deberá determinarla el inspector del Trabajo.

En el No. 6 del citado artículo se crea una causal por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones con el Seguro Social, mas de ser justificada, queda asegurada la estabilidad del trabajador por dos años en trabajos permanentes.⁸

Se nota en la redacción de la causal que, más que interés en configurarla como tal, se halla implícito un estímulo para que los trabajadores denuncien a su empleador el incumplimiento de las obligaciones con el Seguro Social. Hay una clara intencionalidad de ello al garantizar su denuncia con una estabilidad superior a la de un año, consignada para la generalidad de los contratos.

Esta situación plantea una interrogante respecto de la sanción que se le aplicaría al empleador en caso de despido si se viola esta disposición legal; al ser una norma imperativa podría suponerse que, frente a esta transgresión, el trabajador tendría derecho a solicitar la reinstalación en su puesto de trabajo o demandar la indemnización por el tiempo que dure el amparo de dicha estabilidad; pese a ello, y habida cuenta de que en nuestra legislación se encuentra consagrada una estabilidad relativa, es decir, que se resuelve con sanciones pecuniarias, el trabajador en este caso tendría derecho a reclamar en el ámbito judicial la indemnización por los dos años de estabilidad señalada; pese a ello los jueces en los fallos se inclinan por la aplicación del art. 181 del Código de Trabajo, asimilándole a las indemnizaciones de los contratos a plazo fijo.

Por su parte, el art. 173, No. 3 permite la terminación de la relación unilateral por parte del trabajador “por exigir el empleador que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida, salvo en los casos de urgencia previstos en el artículo 52 de este Código, pero siempre dentro de lo convenido en el contrato o convenio...”⁹ Una causal similar prevé el art. 192 del Código del Trabajo, más en este segundo caso no se señala como condición previa el trámite del visto bueno, habiendo sido reconocido

8. Código de Trabajo, Corporación de Estudios y Publicaciones, julio 2013.

9. Código del Trabajo, Corporación de Estudios y Publicaciones, julio 2013.

en la jurisprudencia que no es necesaria dicha acción para que el trabajador tenga derecho a reclamar la indemnización por despido por la vía judicial.¹⁰

En otras normas, como las constantes en los artículos 163 y 164, relativas a la terminación unilateral del contrato de aprendizaje; del artículo 310, relativa a la terminación del contrato de trabajo de los empleados privados; y el artículo 329, que se refiere a la terminación del contrato de trabajo con los empleados del transporte, en ninguno de ellas se establece la justificación previa de la causal.

Vela Monsalve manifiesta:

Es de entender, como la lógica lo dice, que el Visto Bueno se requiera también para los casos especiales previstos en los arts. 101 y 102 relativos al contrato de aprendizaje, y 219 y 231 que se refieren respectivamente a los empleados privados y a los trabajadores del transporte...¹¹

El mencionado autor considera que en todos los casos de terminación unilateral injustificada se debería proceder por la vía del visto bueno, sin embargo, debemos anotar que actualmente el art. 183 en su primer inciso prescribe:

En los casos contemplados en los artículos 172 y 173 de este Código, las causas aducidas para la terminación del contrato, deberán ser calificadas por el Inspector del Trabajo, quien concederá o negará su Visto Bueno a la causa alegada por el peticionario, ciñéndose a lo prescrito en el Capítulo “Del Procedimiento...”¹²

De lo expresado se colige que no se encuentran inmersos en dicho procedimiento los artículos enunciados en la obra del doctor Vela que actualmente corresponden a los artículos 163, 164, 310 y 329 de la legislación vigente; en el siguiente inciso del mismo artículo se puntualiza que la resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el juez del Trabajo, pues solo tendrá valor de informe que se lo apreciara con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio.

Lo expuesto nos evidencia que las partes, si no estuvieren conformes con lo resuelto por el inspector del Trabajo, pueden acudir a la vía judicial, en cuyo caso pierde eficacia el visto bueno. Esta situación dista mucho de aquella en la que se le daba al visto bueno la condición de fallo sin más recurso que el de apelación ante el director general del Trabajo, cuya resolución dejaba definitivamente solucionado el incidente, procediéndose al pago de las indemnizaciones correspondientes.

10 Corte Suprema de Justicia, Sentencia 19 de julio de 1989, Registro Oficial No. 245, 2 de agosto 1989.

11 Carlos Vela Monsalve, S.J. *Derecho ecuatoriano del trabajo*, Quito, La Unión, 1955, p. 668.

12 Código del Trabajo, art. 183, Corporación de Estudios y Publicaciones, julio 2013.

EFFECTOS DEL VISTO BUENO

En la actualidad, el visto bueno es una resolución administrativa donde se reconoce como válida la causal invocada para la terminación del contrato de trabajo y, a diferencia de lo que acontecía en épocas pasadas, actualmente no es susceptible de impugnación por la vía administrativa ni contencioso-administrativa.

Reconocida la validez de la causal imputable al empleador, el trabajador puede reclamar las indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo. Deseable sería que, una vez concluido el trámite y pronunciada la resolución, el propio inspector del Trabajo resolviera lo relativo al pago de las indemnizaciones, lamentablemente no hay ninguna disposición que trate este tema, por lo que el empleador que se hallare en esta situación bien podría negarse al pago de las indemnizaciones y esperar el engorroso trámite judicial para cancelar estos haberes, de darse una sentencia a favor del trabajador; de ser negada la solicitud del trabajador, este podría, invocando la misma causal, demandar a su empleador por la vía judicial; cosa similar podría hacer en el caso de la negativa de visto bueno a su causal invocada.

Como puede observarse, una institución que fue creada con el fin de dar agilidad a la terminación motivada en una transgresión imputable a una de las partes, a menos que ellas se allanen y la acepten, no es eficaz para ese objetivo, como ya lo hemos señalado.

Nos parece inadecuado mantener dos sistemas diferentes para la terminación unilateral del contrato; más oportuno sería separarlo, una vez que concurra una causal imputable al trabajador y, en el caso de una causal imputable al empleador, abandonar el trabajo y luego justificar su existencia judicialmente si la otra parte no se allana, con la condición de que, de ser injustificada la causal alegada por el empleador y así resuelta por el juez, aquel se vea obligado a pagar de forma inmediata las indemnizaciones por despido intempestivo, con las sanciones correspondientes por haber litigado de mala fe.

De acuerdo a la normatividad existente, el trámite de visto bueno no debería durar más de 7 días hábiles; sin embargo, en la realidad acontece que su duración supera en mucho ese tiempo, a tal punto que se ha llegado a resolver en el ámbito judicial, y sin fundamentación jurídica, la ilegalidad del visto bueno cuando su trámite ha superado los treinta días, sin darse cuenta que precisamente debido al alto índice de conflictividad estos trámites se acumulan y se represan. Sería interesante también, en estos casos, desarrollar mecanismos de solución pacífica de los conflictos.

En el Proyecto de Código Orgánico de Relaciones Laborales presentado por el actual Gobierno se establecen algunas normas sobre el visto bueno, manteniendo su estructura en los términos que se encuentran vigentes.

Entre las nuevas normas que constan en una de las versiones extraoficiales, está la que establece el contenido de la solicitud de visto bueno y la calificación de la misma, dándole la connotación de demanda e inclusive utilizando, de manera equívoca, términos propios de ella, propiciando las mismas equivocadas apreciaciones que se dieron antaño.

Dentro de la categorización que se hace de los títulos ejecutivos en el juicio ejecutivo laboral se toma en cuenta como uno de ellos la resolución de visto bueno emitida por el inspector de Trabajo cuando haya sido solicitada por el trabajador.¹³ Sorprende esta inclusión puesto que se mantiene en ella la posibilidad de que el solicitante conforme con lo resuelto por el inspector de Trabajo, pueda acudir a la vía judicial para allí impugnarla, es decir, aquella resolución aún no es firme hasta que no haya la aceptación voluntaria de las partes o la correspondiente sentencia y, por lo tanto, no puede ser considerada título ejecutivo, por no reunir las características necesarias para ello.

LA JUBILACIÓN PATRONAL

Uno de los temas de mayor preocupación de los seres humanos es el relativo a su subsistencia luego de terminada su actividad laboral por el decurso del tiempo. En los antecedentes de esta institución encontramos diversos mecanismos a los que se ha recurrido para prevenir tal riesgo, entre ellos el mutualismo, las cajas de ahorro y la asistencia social.

Nuestro país no ha sido ajeno a ello. Históricamente encontramos gremios y colectivos laborales que se han preocupado de proveerse fondos resultantes del ahorro de sus socios, para ayudarse económicamente y dar cobertura a uno de los riesgos sociales más importantes, la vejez.

La jubilación viene a constituirse en la compensación permanente a la remuneración perdida por el trabajador por el hecho de dejar de laborar y sirve para su subsistencia y la de su familia.

ANTECEDENTES

Al igual que otras instituciones, los antecedentes históricos de la jubilación se remontan a los inicios del siglo XX. Inicialmente fueron los militares los únicos que contaron con un régimen normativo que los auxiliaba frente a los riesgos de invali-

13. Art. 438 versión 1 y art. 492 versión 2, Proyecto de Código Orgánico de Relaciones Laborales.

dez, vejez y muerte, siendo el Estado el que debía cubrir esos valores con parte de su presupuesto; posteriormente el Código de Policía¹⁴ sentó ciertos precedentes para la cobertura de los distintos riesgos de los trabajadores.

Los profesores de escuelas primarias, en 1920, fueron los pioneros en establecer un sistema de recaudación de dinero destinado al pago de sus jubilaciones, con un descuento mensual obligatorio del 5%. Esta propuesta se regularizó mediante la “ley que crea rentas para Jubilaciones de Instrucción Pública”,¹⁵ para los profesores primarios y secundarios.

Durante el gobierno del doctor Isidro Ayora se desarrollaron, a través de varios decretos, normas de gran interés social que se las conoce como “Legislación Social Juliana”. En este período se expidió la Ley de Jubilación Montepío Civil, Ahorro y Cooperativa, que se reformó mediante decreto número 107,¹⁶ y se creó la Caja de Pensiones, cuyo objetivo era atender el requerimiento del pago de pensiones de los empleados públicos que alcanzaren el beneficio de jubilación.

Esta ley reguló el cobro de la jubilación a partir del año 1933; para ser beneficiario de ella, el trabajador debía haber aportado por lo menos durante diez años, dándose un plazo perentorio para que entre en vigencia dicho beneficio, relacionado con el mínimo de aportaciones. Esta ley creó una cobertura para la familia en caso de fallecimiento del jubilado, estableciendo el Montepío Civil para los herederos.

En la presidencia del ingeniero Federico Páez se expide la primera ley del Seguro Social Obligatorio, allí se prevé la creación del Instituto Nacional de Previsión, organismo encargado de recibir los aportes, tanto de trabajadores como de empleadores, que servirían para financiar la cobertura de los riesgos del trabajo y, entre ellos, la jubilación.¹⁷

Formaban parte del Seguro Social tanto los trabajadores públicos como los privados; el aporte fue progresivo: se inició en 1936 con un 3% y llegó en 1938 con el 5%.

Esta ley además consignó la diferencia entre jubilación ordinaria, por veinticinco años o más del afiliado, y la extraordinaria, por incapacidad permanente, estableciéndose en esta última un período de aportación de por lo menos diez años.

El 3 de abril 1937 fue creada la Caja del Seguro; su principal función fue la de establecer el seguro de vejez para los trabajadores. Se permitió a los trabajadores que hubieran laborado antes de la creación de la mencionada Caja la posibilidad de la ha-

14. R. O. No. 924, de 28 octubre 1904.

15. R. O. No. 905, de 19 octubre 1923.

16. R. O. No. 750, de 24 septiembre 1928.

17. R. O. No. 87, de 13 enero 1936.

bilitación de tiempo de servicios, debiendo hacer el depósito correspondiente desde la fecha en que hubieren empezado a prestar sus servicios (esto se suprimió por decreto supremo 2490).¹⁸

El decreto supremo número 96, publicado en el R. O. número 157 de 6 de mayo 1938, se constituye en el antecedente de la redacción normativa en el Código de Trabajo de la Jubilación Patronal, la misma que fue establecida con la finalidad de que aquellos trabajadores que no pudieran acogerse a las prestaciones de la Caja del Seguro recientemente creada, tuvieran la protección y la cobertura de este beneficio de parte del empleador que se había beneficiado de sus servicios. Así se expresa en la parte considerativa donde se evidencia la intencionalidad de una vigencia perentoria de esta institución.

Debemos señalar que la propia comisión nombrada por el directorio del Instituto para que estudie el tema hizo serios reparos a su establecimiento, considerando, entre otras cosas, que sus disposiciones venían a crear gravísimos conflictos para las empresas obligadas a pagar las jubilaciones sin haber hecho cálculos previos, sin haber acumulado fondos suficientes, y, en suma, sin presupuesto alguno que permita cumplir debidamente la obligación impuesta.

Nos parece pertinente en este punto evidenciar, en el decreto 96, la justificación que se da para el establecimiento de lo que se denominaría jubilación patronal:

...Que por la reciente creación de la Caja del Seguro de Empleados Privados y obreros, muchos de los que han sido por largo tiempo servidores de patronos nacionales o extranjeros, *no alcanzarían a obtener los beneficios de la jubilación, de acuerdo con la Ley y Estatutos que rigen la mencionada Institución;*

Que los empleados y obreros que están en ese caso tienen derecho a ser jubilados por sus patronos, según nuestra legislación del Trabajo lo reconoce; y.

Que es preciso regular la obtención y goce de este derecho:

Decreta

Art. 1. Los empleados y obreros que por veinticinco años o mas hubieran prestados sus servicios, continuada o interrumpidamente, ha empresas, personas, o entidades privadas, sean nacionales o extranjeras, *tendrán derecho a ser jubilados por sus patronos*, con una renta mensual igual al numero de años de servicio, multiplicado por los siguientes coeficientes...

Art. 6. *Las jubilaciones concedidas por los patronos, de conformidad con este Decreto, duraran diez años.* Expirado este lapso, entregaran a la Caja del Seguro de empleados y obreros, el capital que las tablas y cálculos de ésta determinan como necesario para que

18. R. O. No. 365, de 2 de noviembre 1964.

aquella pueda continuar con el servicio de jubilación vitalicia; la que será concedida por la Caja a solicitud del interesado y de acuerdo con los Estatutos de la misma...

Art. 7. *En cualquier tiempo los patronos podrán exonerarse de hacer el servicio de jubilación entregando a la Caja del Seguro de Empleados Privados y obreros el capital necesario para que ésta pueda conceder la jubilación de acuerdo con sus tablas y Estatutos y en la misma cuantía debida por el patrono...*

Art. 16. *Los derechos que quedan reconocidos en las disposiciones precedentes solo podrán ejercerse hasta el 1 de enero de 1950...*¹⁹ (el resaltado me pertenece)

Se evidencia con claridad que la jubilación patronal fue creada de manera temporal, para evitar injusticias con aquellos trabajadores que, habiendo laborado períodos de tiempos largos, no podían recibir esta prestación del Seguro Social.

Posteriormente vienen una serie de normas contenidas en varios instrumentos, entre otros: el Decreto Supremo 878 de 29 de abril 1964, que establece la obligación de aportar a los empleadores públicos y privados el 1,5% sobre la remuneración de los trabajadores para financiar el seguro de riesgos del trabajo y conceder los subsidios correspondientes; el decreto supremo 2490 de 2 noviembre 1964, que se refiere a la limitación de tiempos de servicios anteriores a la fundación de las Cajas, haciendo notar que para esta fecha ya habían transcurrido más de 25 años de la promulgación del Código y, se suponía, que todos los trabajadores se hallaban habilitados para ser jubilados por la Seguridad Social.

Esta revisión histórica nos permite insistir en que la intención del legislador fue establecer la jubilación patronal transitoriamente, hasta que los trabajadores pudieran ser beneficiarios de la protección del organismo encargado de ello; algo parecido aconteció en Colombia, en donde se contempló un régimen de transición en el que los trabajadores gozarían de la jubilación patronal temporalmente, hasta que tal beneficio corriera a cargo del Instituto Colombiano del Seguro Social, sustituyéndose desde diciembre de 1946 la jubilación patronal por el seguro de vejez a cargo del ICSS,²⁰ situación que, lamentablemente, no fue debidamente aclarada en nuestro país.

Posteriormente se promulgan varias leyes que regulan los mínimos y máximos de las pensiones jubilares que deben recibir los trabajadores de parte de sus empleadores, entre ellas, la ley de 19 de noviembre 1979, confirmada por el decreto ley 108 y publicada en el R. O. No. 369 de 13 de noviembre 1982, y la ley numero 153 que crea la décimo cuarta pensión de jubilación.²¹

19. R. O. No. 157, de 6 de mayo 1938.

20. Disponible en [http://www.iss.gov.co/portal/normas/leyes/L-090-46_CREACION_SEGURO_SOCIAL.doc].

21. R. O. No. 363 del 8 noviembre 1982.

SITUACIÓN ACTUAL DE LA JUBILACIÓN PATRONAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN

De lo expuesto podríamos concluir que las regulaciones fundamentales sobre esta institución se encuentran contenidas en el art. 216 del C.T., ya referido, y que podríamos resumirla de la siguiente manera: a) tienen derecho a esta jubilación los trabajadores que acrediten haber trabajado para el mismo empleador veinticinco años o más, ya sea en forma continuada o interrumpida; b) si el trabajador es acreedor exclusivamente a la jubilación patronal, la cuantía no será inferior a treinta dólares; c) cuando el trabajador goce de la doble jubilación, del IESS y la patronal, la cuantía de esta no podrá ser inferior a veinte dólares.

Con las modificaciones que ha sufrido el numeral 3 de este artículo, podríamos señalar que el trabajador tiene varias alternativas para garantizar su percepción: a) podría pedir que el empleador le garantice de manera eficaz el pago de la pensión respaldándole con algún mecanismo adecuado; b) podría solicitar que deposite en el IESS el capital necesario, para que este organismo lo jubile por su cuenta; y c) podría solicitar que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta; en este caso la cantidad que reciba el trabajador por este concepto no podrá ser inferior al 50% del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial que correspondiere al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio; además, este acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguiría definitivamente la obligación del empleador; sin embargo, con los errados precedentes que se han dado respecto de la imprescriptibilidad, que trataremos mas adelante, no habría certeza de ello.

Entre las jubilaciones especiales a cargo del empleador constan también la del servicio doméstico, prevista en el art. 270, y la jubilación establecida a favor del trabajador víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional que le produzca incapacidad permanente; mas, en este segundo caso, para hacerse acreedor a tal cobertura, el trabajador no debe ser beneficiario de esas prestaciones por parte del IESS y, en realidad, a la presente fecha, todos los trabajadores están incorporados al régimen del seguro social; por lo tanto, una cobertura de esta naturaleza solo se podría dar en caso de trasgresión a la ley al no cumplir con la obligación de afiliar a los trabajadores.

Un tema preocupante sobre la materia de nuestro estudio es el de la imprescriptibilidad del derecho del trabajador a acceder a la jubilación patronal, consignada en una resolución de la Corte Suprema de Justicia de 15 de junio 1989,²² la que fuera aprobada por una mayoría de once votos a favor y seis en contra (pertenecientes a seis distinguidos juristas, doctores Rodrigo Varea Avilés, Jaime Hidalgo López, Salomón Soria Madrid, Raúl Andrade Guillén, Jaime Espinosa Ramírez y Jorge Ramírez Álvarez), que será obligatoria, mientras la ley no disponga lo contrario.

Al respecto, creemos que no existe una adecuada fundamentación jurídica que la sustente, pues, como antecedente, pudiéramos señalar la errada interpretación que se dio a la expresión utilizada en el inciso segundo del artículo 196 del Código de Trabajo, al referirse a los fondos de reserva, en donde se consigna que: "... El trabajador no perderá este derecho por ningún motivo ...", interpretándose esta expresión como sinónimo de imprescriptible, cuando la única intención del legislador fue poner en evidencia que, sin importar la causa que originaba la terminación de la relación laboral (de mutuo acuerdo, por desahucio e inclusive por visto bueno otorgado al empleador), el trabajador mantenía su derecho a este beneficio. Esta interpretación, en forma equívoca, se la ha extendido a la jubilación patronal sin que haya sustento; baste para ello revisar la disposición del art. 635 del Código de Trabajo vigente:

Art. 635. Prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos.- Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en este Código.

Como puede observarse, no existe excepción alguna que permita suponer que hay algún derecho imprescriptible. La seguridad jurídica impone que los derechos prescriban, no hay argumento válido para considerar que la jubilación tiene una jerarquía mayor que otros derechos de los trabajadores (remuneración, goce de vacaciones, utilidades, etc.) y todos están sometidos a esa condición.

En las dos versiones extraoficiales del Proyecto del Código de Relaciones Laborales se establece el siguiente texto:

Prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos.- Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo, así como el reclamo de utilidades prescriben tanto en el ámbito administrativo como judicial en el plazo de tres años, contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y

22. R. O.-S 233 del 14 de julio 1989.

en los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en este código.²³

Como puede observarse, el sentido es el mismo que consta en el art. 635 vigente, con el añadido que se lo hace respecto de las utilidades.

A MODO DE CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente tema podemos sacar algunas conclusiones:

- a) La intención del legislador al crear la jubilación patronal tuvo el carácter de transitoria;
- b) La coexistencia de las dos jubilaciones crea una situación de discriminación entre los trabajadores al ser asequible únicamente para aquellos que hayan trabajado por veinticinco años o más a un mismo empleador; en cambio, para aquellos que lo hayan hecho para dos o más empleadores no rige este derecho, pese a que tal derecho está vinculado con la antigüedad del trabajador.
- c) El empleador, al aportar económicamente al IESS, está contribuyendo a la cobertura de este riesgo social, a través del organismo que tiene a su cargo la Seguridad Social; al mantener la doble jubilación se le está imponiendo al empleador, de manera injustificada, otro gravamen con el mismo objetivo.

En el proyecto gubernamental de los ejes difundidos se entendería que hay la intención de suprimir la jubilación patronal y la bonificación por desahucio (que nos parece pertinente) creando una bonificación por terminación de contrato en un texto lamentablemente no muy claro.

Por nuestra parte creeríamos que es posible plantear al menos dos alternativas que permitieran dar una solución a estas anacrónicas normas de la jubilación:

Una podría ser remplazar la jubilación patronal con un aporte adicional de todos los empleadores a favor de los trabajadores, que serían depositados en el IESS en forma mensual mientras el trabajador se halle bajo su dependencia; este aporte sería administrado por dicho organismo, juntamente con los aportes legales destinados a la jubilación, sirviendo para mejorarla. En este supuesto, y habiendo aportado todos los empleadores beneficiarios del servicio del trabajador, se evitarían las discriminaciones a las que antes hemos aludido.

23. Art. 554 versión 1 y art. 626 de la versión 2, del Proyecto de Código Orgánico de Relaciones Laborales.

Otra, que consideramos más coherente con el fundamento mismo de la institución, sería la eliminación de la jubilación patronal; y, para evitar situaciones en donde se pudiera ver afectado el principio de la intangibilidad, se debería crear un beneficio compensatorio que se traduciría en una bonificación que podría ser del ciento por ciento del valor de la última remuneración, multiplicada por los años de servicio del trabajador a su empleador o empleadores (si son varios), que sustituiría el beneficio perdido, evitándose de esa manera las graves distorsiones actuales.

BIBLIOGRAFÍA

Vela Monsalve, Carlos, *Derecho ecuatoriano del trabajo*, Quito, La Unión, 1955.

OTROS

Código de Trabajo.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

Código del Trabajo.

Proyecto de Código Orgánico de Relaciones Laborales.

Ley sobre el Contrato Individual de Trabajo.

PÁGINAS WEB

[www.mintrab.gov.ec].

[<http://www.asambleanacional.gob.ec/legislacion/tramite-de-leyes/tramite-de-leyes-2012.html#ancla2012>].

[[http://www.iss.gov.co/portal/normas/leyes/L-090-46 CREACION SEGURO SOCIAL.doc](http://www.iss.gov.co/portal/normas/leyes/L-090-46_CREACION_SEGURO_SOCIAL.doc)].

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2013
Fecha de aprobación: 22 de diciembre de 2013

Lina Victoria Parra Cortés,
Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo: el derecho al trabajo, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2013, 118 pp.

Eddy de la Guerra Zúñiga*

Lina Victoria Parra Cortés es una joven pero emprendedora abogada que, además de tener varios estudios en materia de negociación, conciliación y arbitraje, ha dedicado parte de su carrera académica al estudio de la investigación de los derechos humanos con especial énfasis en los “derechos sociales”. *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo: el derecho al trabajo* es un interesante documento académico que permite conocer la teoría del contenido mínimo de este derecho fundamental a la luz del constitucionalismo contemporáneo.

A tal efecto, la autora presenta su obra en dos capítulos estratégicamente estructurados, que permiten dar cuenta, en primer lugar, de los derechos laborales, partiendo de un análisis relativo de cómo ha de definirse el trabajo en calidad de actividad humana concentrándose en el análisis del ejercicio de este derecho y las trabas que sufre en su aplicación práctica.

En su primer capítulo, Lina Parra advierte que “la palabra trabajo no tiene un único significado, pues se puede definir de diferentes formas dependiendo de la ciencia o doctrina que le aborde”;¹ de ahí que ha de considerar algunas definiciones dadas por el derecho, la filosofía, la sociología y la economía política; aunque manifiesta que lo verdaderamente relevante de estos puntos de vista es el contraste para obtener un panorama más claro de lo que esta palabra significa; en ese sentido la autora, previo al análisis del “derecho al trabajo”, nos habla de las diversas concepciones tales como el “trabajo productivo” y el “trabajo no productivo”, con un especial énfasis en la “concepción ampliada del trabajo productivo”. Todo ello le permite abordar de manera precisa sobre el derecho por sí mismo, su naturaleza, alcance y limitaciones.

Si hay algo que resulta atractivo de la lectura de esta obra es la pericia de la autora para incorporar los criterios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y matizarlos con el sustento de doctrina especializada, la destreza con la

* Docente e investigadora de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Lina Victoria Parra, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo: el derecho al trabajo*, Serie Magister, vol. 142, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2013, p. 13.

que la autora describe los tres factores del “derecho fundamental al trabajo” que básicamente son: “el derecho al trabajo propiamente dicho”, “la libertad de trabajar” y “los derechos humanos laborales”, advirtiendo que, además de tratarse de un término ambiguo y confuso, estos factores han de entenderse de diversa forma; mas, en conexidad permiten identificar la importancia del derecho y las dificultades de su aplicación.

A medida que la autora se adentra en el desarrollo de su obra hace precisiones sobre estos tres factores ya mencionados; acudiendo a la doctrina de algunos autores da fuerza a sus ideas principales, que no son producto de un criterio exclusivamente personal, por el contrario son el resultado de un profundo análisis que incorpora doctrina ecuatoriana, mexicana y española, entre las más relevantes; por ello, para aquel que desee conocer más sobre esta materia resulta indispensable la lectura de esta obra, toda vez que da cuenta de un verdadero desarrollo académico altamente profesional. Los criterios son emitidos con el debido sustento, lo cual le permite hacer precisiones clarificadores del concepto “derecho al trabajo”; acceso, libertad y derechos humanos vinculados.

Con la ayuda de Néstor de Buen Lozano, Emilio Morgado² y Manuel Ventura Robles,³ entre otros destacados tratadistas, Lina Parra reconstruye la historia de los movimientos laborales en el mundo, describe los orígenes del pensamiento socialista, destaca la contribución de François Noel Babeuf, también conocido como Graco (1760-1797), quien fuese inspirador del movimiento de la “Conspiración de los iguales”, “predicando la extensión de la igualdad formal, de corte liberal, a la igualdad económica”, la autora nos recuerda que durante esta época se dictó la “Declaración de Derechos Jacobina de 1793” en Francia, “de acuerdo con la cual el propósito de las sociedades es la felicidad general, y mencionaba este instrumento además, que eran obligaciones sagradas, entre otras, el trabajo, la ayuda económica a los más pobres, el derecho a la pensión de los soldados y familiares de fallecidos”; más adelante en la historia nos revela nuevos hitos tales como el aparecimiento del pensamiento del socialismo utópico en 1824 y en 1848, “el socialismo histórico con Marx a la cabeza, que influirán profundamente el tema del derecho laboral, sin olvidar la existencia previa a este último suceso de grupos como la Asociación de

-
2. Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado, coords., *Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social*, México D. F., Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social/UNAM, 1997.
 3. Manuel Ventura Robles, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, vol. 40, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, pp. 87 y 88.

Obreros de Londres, que reclamaba mejoras en las condiciones labores en 1838”,⁴ la autora nos recalca la importancia del marxismo en la medida en que sustenta el internacionalismo proletario y proclama la unión internacional de los trabajadores.⁵

Entre los hechos más relevantes destacados por la autora están la celebración de varias reuniones de grupos obreros en Europa desde 1847 y hasta 1900 “con la finalidad de discutir y exigir mejoras laborales, pues hasta dicho momento no se contaba con un mecanismo de establecimiento y/o reclamación de garantías a los empleadores”,⁶ indica conforme el criterio de Néstor de Buen Lozano, que “antes del nacimiento formal del derecho del trabajo, la tarea de establecer las normas, por la vía de las exigencias, correspondió a los múltiples congresos obreros que se celebraron a partir de la mitad del siglo XIX”.⁷

Como un importante aporte, con gran destreza Lina Parra nos lleva a través de una enriquecedora recopilación histórica que pasa –por primera vez– por la incorporación en la historia latinoamericana en la Constitución Mexicana de un catálogo de derechos sociales en 1919, que, a su vez, contenía un extenso catálogo de derechos laborales; destaca la labor que ha venido llevando a cabo la OIT a partir de su creación y conformación oficial que vio su nacimiento a través del Tratado de Versalles; la autora nos recuerda el traspíe que sufrieron los derechos sociales y por ende los laborales con los hechos acaecidos producto de la Primera Guerra Mundial; y las posteriores convenciones y acuerdos celebrados para la reivindicación de estos derechos, y el rol que ha jugado en la historia la Organización de Naciones Unidas ONU.

Finalmente, la autora se concentra en el reconocimiento y reivindicación de los derechos sociales y sus particularidades en cuanto a derechos laborales en América Latina y nos dice que:

en cuanto a instrumentos internacionales sobre derechos humanos específicos para los países de América Latina se deben enunciar: 1) la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) que entra en vigencia solo hasta 1978, y que pese a no hablar mucho de derechos sociales, tiene gran mérito en el tema al introducir en el art. 26 el deber de progresividad; 2) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo

4. Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado, coords., *Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social*, pp. 28 y 29.

5. Lina Victoria Parra, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo: el derecho al trabajo*, p. 28 (todas citas entre comillas dobles responde a citas textuales de su obra en distintos acápites, mientras que lo referido que no consta de comillas es una paráfrasis).

6. *Ibíd.*

7. Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado, coords., *Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social*, p. 30.

de San Salvador) de 1988, que entra en vigencia solo hasta 1999, y del cual hacen parte Colombia y Ecuador; y 3) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará) de 1994, que entró en vigencia en 1995, y abre interesantes posibilidades de hacer justiciables ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos varios derechos sociales, con referencia específica a las mujeres.⁸

Algo que se debe destacar es que la descripción del contenido mínimo de este derecho no está dada en razón de un criterio sesgado por el pensamiento de la autora; de su desarrollo queda claro que ha efectuado completo y sistemático análisis de todas las corrientes de pensamiento y de todos los movimientos sociales y laborales que han forjado y construido al derecho al trabajo como un derecho fundamental; prueba de ello es su análisis sobre la transformación del trabajo a la luz de los diversos cambios en la economía mundial, pasando por la economía clásica liberal y todos los cambios de paradigma, hasta llegar a la actualidad y los efectos de la globalización en Estados teóricamente “sociales” que buscan, a través de nuevas revoluciones sociales, retomar criterios y posturas reivindicadoras que garanticen los derechos sociales y que, por ende le den a los derechos laborales la relevancia que verdaderamente les atañen.

En su segundo capítulo, como punto clave del estudio se desarrolla un completo estudio sobre el constitucionalismo contemporáneo; en palabras de la autora “neoconstitucionalismo”, donde su verdadera labor investigativa encuentra un punto de equilibrio al hablar del contenido mínimo del derecho al trabajo a la luz de esta nueva corriente de pensamiento constitucional, aquella que, antes que política y económica, es social y por ende garantista, aquella que a Lina Parra con el apoyo de Robert Alexy, Rodrigo Uprimny, Gerardo Pisarello, entre otros, le permite abrir un debate formal sobre los derechos fundamentales, derechos humanos y los derechos constitucionales, lo cual es altamente enriquecedor para efectos de dilucidar las imprecisiones y confusiones que estas categorías puedan generar a la hora de establecer la condición de los derechos laborales; pues pese a que en el fondo comparten un mismo sustrato, respecto a la dignidad humana y libertades, además de las diferencias lingüísticas, existen diferencias que inciden significativamente en su exigibilidad; de ahí que la autora se toma el tiempo necesario para hablar sobre la discusión de los derechos sociales como derechos fundamentales y su importancia a la luz del neoconstitucionalismo.

8. Lina Victoria Parra, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo: el derecho al trabajo*, p. 31.

Finalmente, la autora procede a describir concretamente el contenido mínimo del “derecho al trabajo”, nos habla sobre el “Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos”, y nos deja un mensaje general y que está orientado a que los juristas debemos tomar postura tanto dogmática como política sobre la actividad laboral considerando que ella ha de desarrollarse dentro de un marco de libertad, bajo el concepto de ‘trabajo decente’, en condiciones de equidad, seguridad y dignidad.

Si bien el neoconstitucionalismo no es una corriente de pensamiento con la cual comulgue a diario, la lectura de este texto me ha permitido conocer con mayor profundidad el contenido del derecho al trabajo, que resulta ser un derecho de todos, que más allá de la corriente de pensamiento que lo haya impulsado, desarrollado o reivindicado, es finalmente un derecho fundamental que permite al ser humano *vivir* en la práctica, tal como la autora lo describe desde la doctrina en condiciones de equidad, seguridad y dignidad; de ahí que recomiendo seriamente su lectura estando plenamente segura de que esta obra será a penas la primera de muchas contribuciones no solo a la academia, sino a la verdadera reivindicación y exigibilidad de los derechos sociales, particularmente del derecho al trabajo que Lina Parra nos presentará de aquí en adelante.

Finalmente viene de por medio con esta recensión mi sincera congratulación por ver finalmente esta obra publicada y con ella la incorporación de la autora Lina Victoria Parra Cortés a la Academia de Derecho ecuatoriana con una obra cuyo contenido resulta no solo necesario de conocer, sino indispensable de llevar a la práctica.

BIBLIOGRAFÍA

- De Buen Lozano, Néstor, y Emilio Morgado, coords., *Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social*, México D. F., Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social/UNAM, 1997.
- Parra, Lina Victoria, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo: el derecho al trabajo*, Serie Magíster, vol. 142, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2013.
- Ventura Robles, Manuel, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, vol. 40, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

Santiago González Ortega, coord., *El Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad Social*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

Oroenma Borregales*

Los y las emigrantes, cuando toman la decisión de dejar su país de origen en busca de condiciones de vida más favorables y dignas, renuncian a los derechos locales que les pueda estar ofreciendo; muy en particular a los derechos laborales y sociales. Por tanto, los estados y las organizaciones mundiales se han preocupado por garantizar las condiciones mínimas respecto a uno de ellos, el de la protección social, procurando la preservación de la cohesión social.

Por eso la importancia de este libro, titulado *El convenio multilateral iberoamericano de seguridad social*, coordinado por Santiago González Ortega, con la participación de destacados especialistas en este tema, que han propulsado no solo al reconocimiento de este derecho, sino la consecución de su disfrute cuando corresponda.

El lector podrá encontrar un análisis del Convenio en tres partes, las cuales se dividen en capítulos, que van desde sus ámbitos subjetivo y material, hasta la experiencia de los países, balance y expectativas de su aplicación.

En la primera parte, dividido en dos capítulos, “Antecedentes, proceso de elaboración, significado y contenido general”, e “Instrumentos de aplicación del Convenio y el Comité Técnico Administrativo”, respectivamente, se puede encontrar información elemental para entender su génesis, destacando la participación que ha tenido la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) en promover la cooperación y coordinación que debe existir entre los sistemas nacionales de seguridad social.

El Convenio de Seguridad Social de Quito (1978-1982), el Tratado de Asunción del Mercosur (1991), el Acuerdo sobre la Seguridad Social en Iberoamérica en Madrid (1992), el Código Iberoamericano de Seguridad Social (1995), el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur (1996), el Reglamento Administrativo para la aplicación del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur (1997), la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998), la Decisión 583 de la Comunidad Andina de Naciones; así como las Declaraciones de las diferentes Conferencias (2002-2003); han sido los antecedentes más importantes para la elaboración de este Convenio.

* Estudiante de la maestría en Derecho, mención Derecho internacional económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

No fue hasta la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, y la V Conferencia Iberoamérica de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social, en la que se acordó la elaboración del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, tomando en cuenta ciertos principios y criterios, tales como: igualdad de trato, la inclusión, la unidad, la garantía de derechos, la exportación de prestaciones, la colaboración, mantenimiento y la ampliación.

Dicho Proyecto de Convenio fue presentado en la VI Conferencia Iberoamérica de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social (2007), y sometido a la XVII Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (2007), siendo aprobado, y por tanto, se acuerda la elaboración del Acuerdo de Aplicación por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), por lo que este último se aprobó por la VII Conferencia Iberoamérica de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social (2009) y la XV Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (2009). El instrumento entró en vigencia el 1 de mayo de 2011, en los siguientes países: Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Portugal y Uruguay.

Su significado va más allá de considerarlo un instrumento de coordinación de legislaciones nacionales, dado que se logró la convergencia de distintas legislaciones, modelos y formas de prestaciones y acceso a pensiones, favoreciendo a más de 600 millones de personas de la Comunidad Iberoamericana.

El contenido del Convenio está conformado por treinta y cinco artículos, en seis títulos y en cinco anexos, y se indican los principios y criterios rectores del mismo.

El Acuerdo de Aplicación juega un papel fundamental, ya que contiene los elementos necesarios para el cabal funcionamiento del Convenio, siendo correspondientes entre ellos. Con treinta y ocho artículos, cinco títulos y cinco anexos, se recogen, de manera sencilla y simplificada, las disposiciones de regulación respecto al tópico de las prestaciones. De igual manera, en el Acuerdo se definen cada uno de los conceptos empleados tanto en su texto como en el Convenio, tal es el caso de “Autoridad Competente”, se refiere a los Ministerios con competencia de seguridad social; “Institución Competente”, a las Instituciones responsables de la aplicación de las legislaciones de Seguridad Social y “Organismo de Enlace”, al Organismo de coordinación e información entre las Instituciones Competentes. Cada Estado Parte tiene establecido en los Anexos I, II y III los nombres correspondientes a cada órgano, organismo o institución nacional que le corresponde dicha competencia.

Respecto a la legislación aplicable, hace referencia al principio *lex loci laboris*, estableciendo excepciones a los trabajadores por cuenta (dependientes) y trabajadores por cuenta propia (no dependientes), así como el personal enviado

por misiones de cooperación, diplomáticos y consulares que no sean funcionarios públicos.

Las disposiciones sobre prestaciones contemplan su reconocimiento como derecho, mediante el cumplimiento de: 1. Condiciones requeridas por el Estado Parte, y 2. Reconocimiento de la prestación sin totalizar los períodos acreditados en otros Estados Parte. Por lo que la aplicación de la fórmula daría lugar a la prestación real o teórica.

La tramitación se inicia por solicitud del interesado, ante el Organismo de Enlace o Institución Competente del país de residencia o ante el que se acrediten períodos de seguro. Deberán acompañarse todos los documentos probatorios e información necesaria para precisar la búsqueda. La Institución Competente llenará el “formulario enlace” y remitirá a las demás Instituciones Competentes involucradas para su certificación.

Para la mejor coordinación y aplicación del Convenio y su Acuerdo, se ha creado un Comité Técnico Administrativo, constituido por un miembro principal y un suplente de cada Estado Parte, y su sede reside en el que represente la Presidencia en el período correspondiente. Está conformado también por una Secretaría que tiene voz pero no voto. Se reúnen una vez al año o cuando de manera extraordinaria sean convocados por la mitad de los miembros. Sus actuaciones son recogidas mediante Decisiones del Comité Técnico Administrativo.

La segunda parte comprende cinco capítulos, desde los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del Convenio, los principios de aplicación, la determinación de la ley aplicable, como el ámbito espacial y temporal, la cuantía de las pensiones, así como los mecanismos de solución de conflictos de interpretación.

El ámbito de aplicación subjetivo se refiere a las personas sujetas a una legislación parte como a sus familiares como derechohabientes, por lo que se hace un estudio de las condiciones que se deben cumplir respecto a la delimitación ligada al trabajo, se estar o haber estado sometido a la legislación nacional de un Estado Parte, sin importar la nacionalidad, y que se cumpla con un período de cotizaciones.

El ámbito de aplicación material está relacionado con las prestaciones económicas, específicamente, con las pensiones de invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sin hacer distinción entre la temporalidad o permanencia de la situación. Las materias excluidas son las contribuciones no contributivas y las de asistencial social y regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias.

Los Principios son una parte esencial del Convenio, por lo que se profundiza en cada uno ellos, para conocer su espíritu y razón de ser. Estos son: 1. Igualdad

de Trato, 2. Totalización (asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos como regla implícita, y 3. Conservación de los derechos adquiridos y el pago de las prestaciones en el extranjero.

La determinación de la ley aplicable responde al principio de la exclusividad o unicidad, de la legislación del Estado Parte Competente, para así evitar la doble cotización y la desprotección, aunque se establecen excepciones, tales como personal itinerante de navegación aérea y personal ocupado en tareas marítimas, funcionarios públicos, personal de misiones diplomáticas y de oficinas consulares, y personal de misiones de cooperación.

El ámbito espacial explica la interrelación de otros Convenios Bilaterales, Multilaterales y de otros medios legislativos supranacionales, con el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, por lo que se habla de un Derecho Internacional de la Seguridad Social, en que se garanticen la igualdad de condiciones, la conservación de los derechos adquiridos y por adquirir y la exportación de las prestaciones. Si bien es cierto que la nacionalidad no es una condicionante, se hace posicionamiento respecto a los extranjeros regulares e irregulares.

Otras situaciones que se analizan es la de convivencia de diferentes Convenios Internacionales de Coordinación, tanto bilaterales como multilaterales, dado que todos los países no son miembros del Convenio Multilateral Iberoamericano y las movilizaciones de personas se pueden dar hacia cualquier lugar. Se presentan, de manera ejemplificada, casos de Convenios Bilaterales como Multilaterales, siendo los primeros entre dos países, entre ellos, Estados Parte o Estados no Parte; y los últimos, con el Mercosur y Reglamentos de Coordinación con la Unión Europea.

El cálculo de la cuantía de las pensiones aborda el contenido económico, estableciendo los requisitos aplicativos de hechos con relevancia jurídica, la prohibición de totalización de períodos superpuestos, la consideración de períodos de adscripción voluntaria, períodos asimilados, la contabilización de los períodos, regímenes de capitalización individual, períodos de la misma naturaleza. Además se revisan las reglas de determinación de la cuantía de las prestaciones económicas de vejez, invalidez y supervivencia; respecto a las operaciones aritméticas de la pensión real y teórica.

La aplicación e interpretación del Convenio y del Acuerdo pueden acarrear conflictos entre los estados parte, por lo que se hacen consideraciones pertinentes de los dos mecanismos adoptados: el de la negociación y el arbitraje. Aunque se puede acudir a otros medios que no están contemplados, como la conciliación y el arreglo judicial, pero siempre y cuando sean consentidos previamente entre los estados parte que pretendan utilizarlos. Dichos mecanismos son llevados a cabo por el Comité Técnico Administrativo.

La tercera parte contempla cinco capítulos, en la que se revisan las perspectivas de cinco países –España, Bolivia, Colombia, Chile y Uruguay– en la aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. España, con un sistema universal y total, cubre las situaciones sociales más relevantes de las prestaciones económicas, pero este carácter proteccionista es un gasto alto para el Presupuesto Nacional, por lo que se revisan esos detalles como implicaciones a su sostenibilidad en el tiempo.

De igual manera, se presenta su composición y estructura, las contingencias protegidas, la dinámica de las prestaciones, tratamiento de las contingencias profesionales y la relación del Convenio con este sistema.

De Bolivia se presenta información de número de afiliados en el Seguro Social Obligatorio, el funcionamiento del sistema de pensiones, procedimiento del pago de capitalización individual y de pensiones, comisiones, la compensación de cotizaciones, las implicaciones del fondo solidario, así como los resultados del Convenio, siendo de gran relevancia para los Bolivianos que se han podido beneficiar con el mismo.

Colombia, a pesar que suscribió el Convenio, no lo ha ratificado, así como Costa Rica, Perú y Venezuela. En este particular, se analiza las ventajas que pudieran tener los colombianos al poder acumular sus semanas de cotización al desplazarse por diferentes países, por lo que estarían perdiendo su derecho a las pensiones. Se indican los Convenios Bilaterales suscritos con otros países (España, Uruguay, Chile).

Chile y Uruguay han adaptado sus legislaciones nacionales para el cabal funcionamiento del Convenio, por lo que se describen estos sistemas, formas y compatibilidades con el cumplimiento del reconocimiento de la protección de la seguridad social transnacional.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, sin lugar a dudas, es un texto interesante, que proporciona al lector información detallada y profunda sobre las últimas tendencias en materia de seguridad social en los países iberoamericanos, así como su trascendencia y vinculación con las movilizaciones de trabajadores y trabajadoras por estos países.

Principios y derechos laborales de una trabajadora: entre la Constitución y la Corte. Análisis de la sentencia No. 009-13-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador

*Manuel Agustín Chamba**

RESUMEN

En el presente documento se presenta un análisis de la sentencia No. 009-13-SEP-CC adoptada por la Corte Constitucional del Ecuador. El documento aborda criterios respecto de las formalidades establecidas para el acceso a los recursos, particularmente del recurso de casación; el derecho a la motivación de la sentencia; el tratamiento que se debe dar a un contrato de trabajo en su relación con los derechos laborales y la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares; y, finalmente, el esbozo de algunas ideas sobre la cultura de un juez constitucional para la supremacía de los derechos.

PALABRAS CLAVE: Corte Constitucional, Constitución, contrato, juez, sentencia, cultura constitucional, irrenunciabilidad, intangibilidad.

SUMMARY

This paper presents an analysis of the sentence No. 009-13 SEP CC issued by the Ecuadorian Constitutional Court. The paper discusses some criteria about the formalities established to exercise the right of appeal, particularly cassation; the right to know the grounds of the judgment; the treatment of employment contracts in the fields of labor rights and the effectiveness of the fundamental rights among individuals; and finally, this paper outlines some ideas about the constitutional culture required for the supremacy of rights.

KEY WORDS: Constitutional Court, Constitution, contract, judge, judgment, constitutional culture, indispensability, intangibility.

FORO

* Estudiante de la maestría en Derecho, mención Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

PRESENTACIÓN

El análisis de la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de interpretación y justicia constitucional es importante, fundamentalmente porque el control de constitucionalidad al que están sometidos los actos del poder público responde a un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico,¹ y de la justicia. No escapa a nuestro saber que la Constitución de la República refiere que el trabajo es un derecho y deber social, fuente de realización personal y base de la economía; debe, por lo tanto, el Estado garantizar a los trabajadores el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, la igualdad, libertad e integridad personal.

Teniendo presente las implicaciones jurídicas y sociales del derecho al trabajo, y de los principios constitucionales relacionados con el derecho laboral, a continuación se analizan algunos principios constitucionales desde la decisión de la Corte Constitucional; se plantea así establecer el alcance del principio de la autonomía de la voluntad individual manifestada en un contrato, y su relación con la eficacia de los derechos fundamentales en la vigencia y disponibilidad de los derechos constitucionales. De otro lado, los argumentos establecidos por la Corte permiten establecer la naturaleza de la acción extraordinaria de protección como garantía para hacer efectivos los derechos y la posibilidad de interponerla ante la falta de aplicación de disposiciones constitucionales por parte de los jueces ordinarios.

Si entendemos que “un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal [...]”,² nuestra Constitución se sitúa en la perspectiva garantista de los derechos; sin embargo, tal garantismo ha de verse expresado en las sentencias como mecanismo último del sistema, porque, de lo contrario, los derechos serían instrumentos discursivos y los principios permitirían a los jueces actuar a conveniencia. Es indudable que la Constitución pone en escenario un conjunto de mecanismos que deben armonizarse a través de la justicia constitucional; pero ni la Constitución ni las leyes imponen realidades, sino que los derechos han

-
1. Se dice que la constitucionalización del ordenamiento jurídico requiere los siguientes aspectos: 1. Una Constitución rígida; 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución; 3. La fuerza vinculante de la Constitución, 4) La sobreinterpretación de la Constitución; 5. La aplicación directa de las normas constitucionales; 6. La interpretación conforme de las leyes; y, 7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Sobre el tema véase Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 154 y ss. Sobre la manifestación del constitucionalismo contemporáneo y sus riesgos véase a Rodolfo Luis Vigo, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, Bogotá, Ibáñez, 2012, pp. 23 y ss.
 2. Marina Gascón Abellán, “Teoría general del garantismo. Rasgos principales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, eds., *Garantismo: estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, UNAM/Trotta, 2005, p. 21.

de tener una vigencia real, en tanto que sean un producto históricamente afirmado y patrimonio cultural de la sociedad, tal como se analizará más adelante.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 009-13-SEP-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

La presente sentencia ha sido aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con ocho votos de los jueces y juezas constitucionales Antonio Gagliardo Loor, María del Carmen Maldonado Sánchez, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, el día 2 de abril de 2013.

ANTECEDENTES

Los hechos relevantes para el análisis del presente asunto son sucintamente los siguientes:

La señora Mariuxi Ilaria Rizzo Franco estableció una relación laboral mediante contrato de trabajo con el señor Francisco Chiriboga Martínez, como representante legal de la compañía Lavandería Guayaquil S.A.; de ello surge una controversia, que da origen a un proceso laboral que fue conocido por la segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas bajo el No. 720-2009-3. Los jueces de la referida Sala, mediante sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, reforman la sentencia del juez de primera instancia, y niegan la indemnización por despido intempestivo y desahucio a la actora.

Contra la referida sentencia de la Sala de Apelación, la actora del proceso laboral interpuso en su oportunidad recurso de casación, radicándose la competencia en la segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, recurso que fue inadmitido mediante el auto correspondiente.

Bajo estas circunstancias procesales, Mariuxi Ilaria Rizzo Franco comparece ante la Corte Constitucional mediante acción extraordinaria de protección impugnando la sentencia dictada por los jueces de la Sala Provincial que conoció del recurso de apelación, así como el auto de inadmisión del recurso de casación dictado por los jueces de la Corte Nacional de Justicia. La Corte Constitucional, a través de la Sala correspondiente, mediante auto de fecha 30 de marzo de 2011, admitió a trámite la acción extraordinaria de protección.

Posteriormente, mediante auto de fecha 23 de mayo de 2011, se dispuso la notificación a los señores jueces que dictaron las decisiones judiciales que se impugnan, y

al tercero interesado, que había sido parte en el proceso laboral. Practicado el sorteo correspondiente, correspondió la sustanciación del proceso al juez Antonio Gagliardo Looor.

LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

La accionante considera que la sentencia dictada por la segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas restringe el pago correspondiente a beneficios sociales, como son: el rubro por despido intempestivo y el desahucio, exponiendo que a la fecha de terminación laboral se encontraba en estado de gestación.

De ahí que, a criterio de la accionante la sentencia de la instancia definitiva inobserva los arts. 33, 326, 332 en concordancia con lo previsto en los arts. 11 numerales 3, 5 y 6; y, 76 numeral 7 literal I) de la Constitución de la República. Señala, además, que el art. 426 de la Constitución de la República impone a los jueces la obligación jurídica de aplicar las normas constitucionales, lo que no refleja la sentencia. Concluye solicitando que se ordene la reparación integral y se ordene el pago de los beneficios sociales reclamados.

CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN POR LOS JUECES ACCIONADOS

Jueces de la Segunda Sala de la Corte Nacional de Justicia

Los jueces de la segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, doctores Gastón Ríos Vera, Carlos Espinosa Segovia y Alfonso Flores Heredia, señalan en lo esencial: que se “abstienen de realizar cualquier tipo de consideración respecto del fondo del asunto, puesto que se trata de un auto interlocutorio que rechaza “liminarmente” el recurso extraordinario de casación propuesto por no cumplir con los requisitos indispensables para su aceptación”.³ Se añade a esa singular consideración, las diferentes características que pueden atribuirse al recurso de casación, al que califican de “(estricto rigor legal), formalista, de orden público, de aplicación estricta...”; se expone también, que la naturaleza del recurso de casación tiene como finalidad la

3. Corte Constitucional, Sentencia No. 009-13-SEP-CC, Caso No. 0338-11-EP, p. 4.

defensa del derecho objetivo y un carácter eminentemente técnico y dispositivo conforme los requisitos de procedibilidad previstos en la Ley de Casación.

Se indica que la aquí accionante habría establecido erróneamente las causales del recurso de casación, y que la Sala “fundamentó su auto de inadmisibilidad sobre la base de normas previas, publicas, aplicadas por autoridades competentes que constituye el núcleo duro del deber ser de las solemnidades que caracterizan a los procesos de casación en derecho”.⁴ A manera de conclusión exponen que en la acción extraordinaria de protección debió señalarse de forma “motivada” la forma en que se lesionó el derecho al trabajo, los yerros y agravios al rechazar el recurso.

Jueces de la segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas

Los señores Jueces de la segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, doctores Guillermo Tim Freire y Rodrigo Saltos Espinoza, señalan en lo esencial:

En la resolución, en el considerando séptimo, trata sobre el despido intempestivo que la actora alega que se le pretendió cambiar de su sitio de trabajo. A fojas 71 del proceso se encuentra agregado el contrato de trabajo en que la cláusula quinta, la trabajadora acepta expresamente trabajar en labores diversas a las suyas, cuando a juicio del empleador y en caso de urgencias sea necesario darle otras funciones y es la causa por la cual esta Sala consideró que no existe despido intempestivo.⁵

LA DECISIÓN DE LA CORTE, SU ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN

La Corte Constitucional tiene competencia para conocer las acciones extraordinarias de protección⁶ en contra de decisiones firmes, que pongan fin a un proceso en la

4. *Ibíd.*, p. 5.

5. *Ibíd.*

6. El art. 94 de la Constitución de la República prescribe: “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”. En sentido parecido se expresa el art. 437 de la Constitución, agregando los requisitos para la admisión de dicha acción.

justicia ordinaria; así lo prescribe la Constitución. Pero más allá de cuestiones positivistas –en el sentido de que la norma escrita da lugar a interponer la acción extraordinaria de protección–, la posibilidad de recurrir ante la justicia constitucional, incluso en contra de decisiones adoptadas en la justicia ordinaria, radica en que el contenido y la superioridad jerárquica de las normas contenidas en la Constitución hacen necesaria la intervención de un órgano que controle la aplicación de sus disposiciones.

De ahí que los efectos de las normas constitucionales no son iguales a la ley, en lo fundamental porque las normas de la Constitución deben ser entendidas en términos no positivistas, ya que su valor normativo se despliega a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Dicho esto, es imprescindible mencionar que el art. 1 de la Constitución, al establecer que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”, esboza los elementos de un Estado constitucional que garantice y permita hacer efectivos los derechos, no hace referencia solamente a la Constitución como norma y la supremacía de sus normas, tampoco a una situación retórica para que en las sentencias se transcriban sendas disposiciones constitucionales; al contrario, debe entenderse que existe un mandato de institucionalización e instrumentalización de las normas constitucionales en el del quehacer del Estado, como condición de los actos públicos y delineación de las actuaciones particulares.

La vigencia de los derechos fundamentales en un Estado constitucional implica, para el poder público y los miembros de la sociedad en general, mandatos de protección y límites de acción. En esencia, debe constitucionalizarse el quehacer del Estado y el contenido del derecho, pues se impone un conjunto de normas caracterizado por una estructura de principios supra legales –más allá de las leyes–, ya que “la Constitución del Estado constitucional constituye más bien una estructura de valor material que, en tanto tal, reclama por sí misma su validez y obligatoriedad”;⁷ por ello las normas contenidas en la Constitución son fuente primigenia de toda decisión.

EL RECURSO DE CASACIÓN: ENTRE LA FORMALIDAD Y LA JUSTICIA ¿DÓNDE QUEDAN LOS DERECHOS?

Pese a que la Corte Constitucional, no entra a analizar de fondo la situación del recurso de casación, y solo se refiere a él de manera somera, es oportuno comentar tal cuestión: primero, porque la sentencia dictada por la Sala de Apelación fue objeto de dicho recurso, y, fundamentalmente, porque nuestro recurso de casación pone de

7. Carlos Martín de Cabo, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Madrid, Universidad Nacional Autónoma de Madrid, p. 323.

manifiesto la vigencia de las formalidades frente a la justicia y la aplicación efectiva de las normas constitucionales.

Ya de entrada causa sorpresa el hecho de que la Corte no haga ninguna consideración sobre el recurso de casación y el auto de inadmisión en el caso concreto; toda vez que la decisión que puso fin al proceso laboral es el auto de la segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, tanto es así que los jueces de la referida Sala comparecieron al proceso, esgrimiendo razones sobre el referido auto. La Corte Constitucional, respecto de la inadmisión del recurso de casación señala:

tal como sostienen los jueces de la segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, el auto de inadmisibilidad del recurso de casación se lo realizó sobre la base de normas claras, previas, públicas y aplicadas por autoridades competentes que constituyen el núcleo duro del deber ser de las solemnidades que caracterizan a los proceso de casación en derecho.⁸

Como podrá advertirse, tal afirmación fue esgrimida de manera textual por los jueces de la segunda Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia al comparecer en la acción, lo que hizo la Corte Constitucional –quizá pretendiendo motivar– es transcribir dicha afirmación; con la cual, entiende la Corte, que se justifica la decisión del órgano de casación, sin más análisis. Sostendré aquí que las causales establecidas por la Ley de Casación tienen incidencia directa en el acceso a la justicia, y en la impugnación de las decisiones como manifestación del derecho constitucional a recurrir.

En el derecho procesal, cuando se hace alusión a la impugnación, se esgrimen variadísimas formas de oponernos a ciertas decisiones, acciones o hechos; tanto es así que la posibilidad de impugnación no se reduce al recurso de apelación o doble instancia. Es así que se establece recursos u otros mecanismos –como las acciones constitucionales– que permiten impugnar ciertas decisiones; a través de estos mecanismos procesales puede llevarse el proceso ante otro juez, u órgano jurisdiccional para que decida con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente. Por ello, bien se dice que:

la teoría general del proceso sólo puede enfocar el tema de los medios de impugnación, advirtiendo que éstos son recursos, procedimientos, instancias o acciones, reconocidas a favor de las partes, para que éstas puedan combatir los actos o resoluciones de los tribunales, cuando éstos sean incorrectos, equivocados, no apegados a derecho o injustos. Si los recursos reglamentados en determinado sistema procesal son dos, tres, o cinco, si reciben diferentes nombres y si sus alcances o procedimientos, son distintos reiteramos que ello

8. Corte Constitucional, Sentencia No. 009-13-SEP-CC, Caso No. 0338-11-EP, p. 11.

deriva o depende de factores legislativos o doctrinales peculiares y característicos de la cultura jurídica del lugar de que se trate.⁹

Puede afirmarse que la naturaleza humana muestra una oposición a toda acción o decisión adversa a los intereses propios. Se suele ilustrar esa naturaleza con un ejemplo, como cuando “el hijo menor tiende a recurrir a la autoridad del padre contra las órdenes del hijo mayor, o los hijos en general a los abuelos, contra las ‘injusticias’ del padre, etc.”.¹⁰ De ahí que las normas vienen a normar estas situaciones características del comportamiento humano. Ahora bien, la posibilidad de hacer efectiva la oposición a una determinada decisión tiene que ver con la posibilidad de acceso a los recursos; y, para tal acceso, “los distintos intérpretes de las normas constitucionales deben realizar una interpretación apegada al respeto de los derechos, buscando siempre una interpretación integral del texto constitucional”.¹¹

Nuestra Constitución reconoce en el art. 75 el derecho “a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”; y, por su parte, el art. 76, numeral 7 literal c) reconoce el derecho a: “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”; y, el literal h) del artículo y numeral en cita, reconoce el derecho a “Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes”, ello pone ya de manifiesto la posibilidad de comparecer ante una autoridad con la finalidad de expresar los planteamientos necesarios en defensa de los derechos. Además, debe tomarse en cuenta que el art. 169 de la Constitución establece que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

La vigencia de la Constitución de la República en el año 2008 trajo consigo al ordenamiento jurídico la disposición derogatoria que establece: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución”. De ahí que las normas preconstitucionales no pueden limitar el acceso a los recursos o mecanismos de impugnación previstos. Es oportuno también dejar expuesto que habiendo transcurrido más de 5 años que la Constitución de la República se encuentra vigente,

9. Cipriano Gómez Lara, *Teoría general del proceso*, México, Oxford, 2000, 9a. ed., p. 297.

10. Enrique Vescovi, *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 25.

11. Corte Constitucional, Sentencia No. 067-12-SEP-CC, Caso 1116-10-EP, de 27 de marzo de 2012, p. 28.

la Corte debe examinar si las causales establecidas para el recurso de casación se adecuan a la nueva Constitución.

Si observamos las causales de nuestro recurso de casación, podremos advertir que se trata de un recurso excesivamente formalista, cuya finalidad es la protección y vigencia de la ley debido a su función unificadora. Su ejercicio es generalmente esquemático, bajo el argumento de las limitaciones del recurso a las cuestiones de derecho. Se encuentra entonces vedado para el tribunal de casación corregir las injusticias de fondo.

De ahí que el recurso de casación no sea más que un mecanismo formal, bajo el argumento de una casación unificadora de la jurisprudencia y al servicio de la Ley se perpetúa las más grandes injusticias. Cabe preguntarse, por lo tanto, ¿dónde queda la supremacía constitucional con el recurso de casación? Ni los derechos ni la justicia que refieren el art. 1 de la Constitución pueden ser compatibles con un recurso excesivamente formalistas; esto hace que en el fondo el recurso de casación en la forma que se encuentra previsto en nuestro régimen jurídico sea incompatible con los derechos constitucionales anteriormente expuestos.

LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA DICTADA

POR LOS JUECES QUE CONOCIERON DEL RECURSO DE APELACIÓN.

¿LA REMISIÓN A LA CLÁUSULA CONTRACTUAL ES SUFICIENTE?

Según la Corte, el primer problema a resolver es si los jueces provinciales esgrimieron argumentos suficientes para que su sentencia se considere motivada. Al respecto afirma la sentencia en análisis, que motivación:

es condición necesaria para la satisfacción del derecho constitucional al debido proceso, dentro de un litigio en el cual se determinen derechos y obligaciones, así como para la observancia del derecho a la tutela judicial efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas, sin que en ningún caso quede en estado de indefensión.¹²

La motivación es un derecho-deber, que se instituye en nuestro régimen constitucional como garantía instrumental del derecho a la defensa y, por consiguiente, del derecho al debido proceso, conforme lo determinado en el art. 76 numeral 7 literal I) de la Constitución de la República del Ecuador, que prescribe: “las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución

12. Corte Constitucional, Sentencia No. 009-13-SEP-CC, Caso No. 0338-11-EP, p. 7.

no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”.

El Tribunal Constitucional Español ha entendido que la motivación debe “contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y, en segundo lugar, que la motivación deba contener una fundamentación en Derecho”.¹³ Así, el derecho a obtener una resolución motivada constituye un elemento imprescindible para hacer efectivo el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva; la motivación es un instrumento que garantiza que las decisiones se tomarán sobre la base del orden jurídico vigente. Así motivar implica que una resolución, escogida por el juez, entre muchas otras posibilidades, no responde a una posición personal, tomada con sus propios, íntimos y personales ideales; el fundamento más importante para la exigencia de la motivación radica en que sirve para erradicar la arbitrariedad, ya que de esta manera se demuestra y justifica, ante las partes del proceso y ante la sociedad en general, el carácter jurídico de una decisión.

Según sostiene la Corte, “el cambio de labores de la trabajadora estaba previsto dentro de la cláusula contractual, en virtud de un contrato que era válido y estaba vigente”.¹⁴ Este argumento realizado en la sentencia indudablemente contiene un déficit de motivación; pues incluso en términos legales se entiende que la motivación no implica la mera remisión, para ello basta una revisión del art. 276 del Código de Procedimiento Civil, que establece que no se entenderá fundada y motivada la decisión cuando se haga mera referencia a un fallo anterior, y ello tratándose de una decisión jurisdiccional, menos aún la remisión a una cláusula del contrato.

Se precisa una concreción adicional, según se ha anotado en la sentencia –y aquí anteriormente–: la cláusula contractual establecía “la voluntad del empleador y los casos de urgencias” para asignar otras funciones; sobre este particular no se ha reflexionado siquiera. De ahí que tanto la decisión impugnada como la propia sentencia de la Corte Constitucional no pueden considerarse motivadas, por el mero hecho de haberse remitido a la cláusula contractual, pues la misma norma constitucional exige para una debida motivación una relación de pertinencia entre la norma a aplicar y los hechos que son materia de la controversia.

La visión ultra liberal del contrato que adopta la Corte Constitucional indudablemente tiene incidencia en algunos derechos y principios laborales –como se analizará

13. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 163/2008. Magistrado Ponente Don Vicente Conde Martín de Hijas. Véase en [<http://hj.tribunalconstitucional.es/fr>].

14. *Ibid.*, p. 9.

más adelante— contenidos en las normas constitucionales. Lo que se quiere resaltar aquí es que los jueces que han adoptado alguna decisión en el presente asunto —sean ordinarios o los propios de la Corte Constitucional— jamás establecieron razones por las cuales la cláusula contractual era válida y, sobre todo, por qué debía aplicarse por sobre las normas que establecen derechos.

EL CONTRATO, LOS DERECHOS LABORALES Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS ENTRE PARTICULARES. ¿APLICAR LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES ES COMPETENCIA DE LA CORTE?

Sobre la sentencia materia de la acción extraordinaria de protección y el contrato celebrado entre la trabajadora y el empleador, la Corte Constitucional expresa:

la Sala Provincial decide que no aplica las indemnizaciones por despido intempestivo y desahucio, puesto que el cambio de labores de la trabajadora estaba previsto dentro de una cláusula contractual, en virtud de un contrato que era válido y estaba vigente, por consentimiento tanto del empleador como de la trabajadora e independientemente del estado de gestación de la demandante; por ello, sostienen los jueces provinciales, que al disponer el cambio de labores no se configuró el despido intempestivo, la demandante simplemente dejó de cumplir sus labores sin notificación alguna [...] la Sala Provincial fundamenta su decisión en una ley para las partes involucradas dentro de este proceso, producto de la relación contractual, que evidentemente tiene relación, además de ser pertinente, para la decisión judicial.¹⁵

La decisión de la Corte Constitucional de validar una sentencia que entra en contradicción con algunas normas constitucionales referentes a principios y derechos laborales mediante la remisión a una cláusula contractual, bajo una perspectiva restrictiva y puramente civilista, permite cuestionarla conforme nuestras normas constitucionales. Es importante destacar que la Corte ni siquiera se cuestiona si el principio de la autonomía de la voluntad individual debe primar ante normas constitucionales que reconocen derechos y principios laborales; de ahí que la presente sentencia pone de manifiesto la situación de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

Lo que pretendo fundamentar aquí es que la Corte Constitucional debió pronunciarse sobre el fondo del asunto, y establecer el alcance de la autonomía de la voluntad

15. El argumento central de la Corte Constitucional para decidir que la sentencia materia de la acción se encuentra fundamentada, p. 9.

individual en materia de disposición de los derechos laborales; vale incluso exponer de manera adicional –aunque no por ello sea menos importante este aspecto– la situación de embarazo de la trabajadora al tiempo del despido, tratándose por lo tanto de una persona comprendida dentro de los grupos de atención prioritaria.

Pero, ¿acaso, los particulares pueden estipular libremente mediante un contrato? Ciertamente, como lo sostiene la Corte Constitucional y en una perspectiva puramente civilista, al tenor de lo previsto en el art. 1561 del Código Civil, que prescribe: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” es aceptable el argumento de que el contrato era válido y vigente.

No obstante, tal afirmación puede presentar dos objeciones: a) La primera, es que incluso la disposición del Código Civil da lugar a la invalidez del contrato, lo que implica que no siempre y de forma universal las cláusulas contractuales son válidas; b) En segundo lugar, porque no se trata de un típico contrato civil; muy por el contrario, se trata de un contrato de trabajo donde no son aplicables disposiciones del Código Civil, sino del Código de Trabajo, que contiene singulares disposiciones como la aplicación más favorable al trabajador, la irrenunciabilidad de derechos, la protección judicial y administrativa; incluso una disposición, contenida en el art. 2 inciso segundo que establece que “el trabajo es obligatorio, en la forma y con las limitaciones prescritas en la Constitución y las leyes”.

Peor aún la decisión de la Corte Constitucional puede ser aceptable cuando se aplica la *Drittwirkung* alemana, por la que se determina que los derechos fundamentales producen también efectos sobre la actuación de los particulares. Así, conviene recordar que tal cuestión fue abordada por primera vez por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, al determinar que:

La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales, cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del *ordre public* (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorias también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares.¹⁶

Con esto se quiere afirmar que incluso las actividades privadas están sujetas a un control de constitucionalidad cuando puedan afectar derechos fundamentales; y, aun-

16. Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, 198 [Lüth], Primera Sala, del 15 de enero, 1958; en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, compilación de Jürgen Schwabe, traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Fundación Konrad Adenauer, A.C.; 2009, p. 205.

que exista un amplio margen para la configuración legislativa, las situaciones en que se encuentren inmersos derechos fundamentales no escapan a la decisión de la jurisdicción constitucional. Viene bien decir aquí que los derechos fundamentales no solo pueden verse vulnerados por la acción estatal, sino también por la acción de grupos particulares de gran poder social, económico, e incluso en situaciones concretas de relación de índole individual. Así puede afirmarse que el determinar que los derechos fundamentales tiene eficacia también en las relaciones privadas supone un grandioso avance, porque se presenta como:

justa reacción contra la visión reduccionista que circunscribía el derecho constitucional a la antítesis ciudadano-Estado, pese a la emergencia de poderes sociales capaces de reducir o anular la virtualidad tuitiva de los derechos fundamentales. Igualmente, la incidencia de los derechos en la esfera de los particulares contribuía a actualizar su significado práctico y a imprimirle a la libertad el sentido que le es propio en un Estado social de derecho.¹⁷

Ahora bien, a la luz de los principios y derechos constitucionales, ¿debía la Corte Constitucional entrar a analizar la validez del contrato? La respuesta ha de ser afirmativa, en lo fundamental por lo siguiente:

Porque nuestra Constitución, en los principios de aplicación de derechos, prescritos en el art. 11 núm. 4 de la Constitución, establece que los derechos y garantías constitucionales son de directa e inmediata aplicación; por lo que, al ser la Corte Constitucional el supremo y máximo órgano de interpretación constitucional debe efectuar ese control de constitucionalidad en el caso concreto. A reglón seguido conviene anotar que ni siquiera las normas jurídicas pueden restringir el contenido de los derechos,¹⁸ más bien incluso los órganos con potestad normativa tienen la obligación de respetar los derechos; y los jueces y servidores públicos deben aplicar e interpretar la norma que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos,¹⁹ siendo todos los derechos “inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.²⁰

17. Eduardo Cifuentes Muñoz, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, UNAM, 1998, p. 11.

18. El art. 11 numeral 4 de la Constitución de la República prescribe: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”; y, por su parte el art. 84 de la Constitución establece: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

19. El art. 11 numeral 5 de la Constitución establece: “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”.

20. Art. 11 numeral 6 de la Constitución de la República.

Conviene anotar que los derechos se rigen por el principio de progresividad, de tal forma que “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.²¹

Estas normas constitucionales establecen los mandatos generales para la aplicación de las normas que contienen derechos constitucionales. Es bien conocido que, según nuestra Constitución, el trabajo es un derecho conforme lo prevé el art. 33; y es deber del Estado garantizarlo, con independencia de las modalidades del mismo, esto es, con o sin relación de dependencia conforme lo previsto en el art. 325 de la misma Constitución.

Por su parte, el art. 326 refiriéndose a los principios laborales, en su numeral 2, establece: “los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”. Este precepto constitucional trae importantes consecuencias jurídicas: primero, se constituye en una norma garantista para el trabajador porque le imposibilita de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio; y, segundo, proscribire la posibilidad de que el Estado (para el caso de trabajadores del sector público) o los empleadores particulares dispongan libremente de la ocupaciones de sus trabajadores.

Así es importante distinguir la condición de irrenunciables e intangibles de los derechos laborales. El principio de irrenunciabilidad tiene como consecuencia, que evita la posibilidad de que pueda realizarse válida y eficazmente el desprendimiento voluntario de los derechos —en algunas ocasiones exigida por los empleados como condición para el trabajo—, así se sostiene que: “es el principio por el cual existen una serie de derechos asegurados y garantizados por la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos que se encuentran fuera del marco de negociación y libertad de contratación de las partes, y cualquier pacto en contrario será nulo y sin ningún valor”,²² sería una restricción para sí mismo; por el contrario la intangibilidad protege el derecho de la intervención de un tercero; por ejemplo, la seguridad social como parte del derecho al trabajo es intangible y el legislador no puede eliminarla.

En esa línea la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-026/01, de fecha 18 de enero del 2001, ha referido lo siguiente:

La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independien-

21. Art. 11 numeral 8 de la Constitución de la República.

22. Julián Arturo de Diego, *Manual de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, 5a. ed., p. 113.

temente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.²³

Estos criterios permiten apreciar la errónea decisión de la Corte Constitucional al no analizar la validez del contrato para contrastarlo con las normas constitucionales que se han citado.

Es preciso analizar una situación adicional. Del texto de la sentencia puede determinarse que, al tiempo del cambio de lugar de trabajo y posterior terminación de la relación laboral, la autora se encontraba embarazada. Esto tiene particular connotación si se analiza desde la perspectiva de las normas constitucionales, pues se encuentra comprendida en los grupos de atención prioritaria, donde se le reconocen algunos derechos en cuanto *estatus* de embarazo. Es claro el art. 43 de la Constitución de la República al prescribir que la mujer embarazada tiene derecho a no ser discriminada, particularmente en el ámbito laboral; así el bajo el hecho de que el constituyente haya situado a la mujer embarazada dentro de los grupos de atención prioritaria, hace presumir que pretendía una mayor protección dada su situación de vulnerabilidad.

Ahora bien, la Corte Constitucional tampoco indagó sobre este particular, es decir, ni en el proceso ante la justicia ordinaria, como tampoco en el procedimiento de la acción extraordinaria de protección se indagó sobre este asunto, a fin de establecer si influyó o no la situación del embarazo en el cambio de trabajo y la consecuente terminación de la relación laboral. La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha entendido que los grupos vulnerables, entre los que se sitúa la mujer embarazada, gozan de una protección reforzada e incluso se ha establecido la procedencia de la tutela para proteger los derechos de estas personas.

En ese sentido, se ha dejado establecido que la mujer no puede ser despedida durante el tiempo en el que se produce el embarazo o los tres meses siguientes al parto; si media el conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador; que el despido sea consecuencia del embarazo; que no medie autorización del inspector de trabajo;

23. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-026/01, de fecha 18 de enero del 2001, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Véase en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-026-01.htm>]. Acceso 2-12-2013.

y que con el despido se amenace el mínimo vital de la madre o del niño que está por nacer.²⁴ Ha sido enfática la Corte Constitucional colombiana en señalar que:

Es de suma importancia destacar que por ser el fuero de maternidad de naturaleza constitucional, debe garantizarse en cualquier tipo de relación laboral. En consecuencia, sin importar si es un contrato laboral o uno de prestación de servicios, o si el servicio se presta por intermedio de una cooperativa de trabajo asociado, en todos los casos, siempre será obligatorio para el empleador no desvincular a la mujer que se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia. No importa si el embarazo ocurre antes del preaviso o después de éste, o al terminar la labor indicada en el contrato de prestación de servicios, el fuero de maternidad debe garantizarse. De igual forma operara la protección para las asociadas a una cooperativa de trabajo asociado, en cuyo caso, así la cooperativa de trabajo asociado finalice el contrato con la entidad contratante, deberá garantizarle a la asociada la continuidad en la relación laboral, haciendo los aportes respectivos a la seguridad social.²⁵

De ahí que las mujeres embarazadas gozan de mayores garantías en el trabajo, fundamentalmente dada su situación de vulnerabilidad, y para que los despidos o cambios de labores no se conviertan en medidas encubiertas para la descremación a la mujer, por la situación del embarazo. Ahora bien, si la actora recurrió a la justicia especializada, y en dicho proceso no se aplicaron las disposiciones constitucionales conforme se ha venido analizando, ¿era la acción extraordinaria de protección la garantía jurisdiccional adecuada para ello? Visto desde las normas constitucionales y conforme se ha expuesto aquí, la acción requería por lo menos un tratamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional; no obstante, causa cierta incertidumbre cuando se afirma: “lo que intenta es que esta Corte, determine que los jueces ordinarios han dejado de aplicar disposiciones constitucionales relacionadas a sus especialidades”.²⁶

Si la naturaleza de la acción extraordinaria de protección, conforme el art. 94 y 437 de la Constitución, es la impugnación de sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, era la vía idónea para solicitar la aplicación de tales preceptos constitucionales; sobre todo si consideramos que la Constitución de la República establece que es deber primordial del Estado ecuatoriano “garantizar sin discriminación alguna el goce efectivo de los derechos” (art. 3 núm. 1 y 8), disposición de la cual se deriva el deber de protección

24. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-631/06, de 3 de agosto de 2006, Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA. Véase en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-631-06.htm>]. Acceso 4-12-2013.

25. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-004/10, de 14 de enero de 2010, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Véase en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-004-10.htm>]. Acceso 2-12-2013.

26. Corte Constitucional, Sentencia No. 009-13-SEP-CC, Caso No. 0338-11-EP, p. 12.

de los derechos fundamentales que radica sobre el Estado. Sobre todo, si observamos que el más alto deber del Estado “respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (art. 11 núm. 9).

LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Declarar que no existe vulneración de derechos constitucionales invocados.
2. Negar la acción extraordinaria de protección planteada por Mariuxi Ilaria Rizzo Franco.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: LA CULTURA DE UN JUEZ CONSTITUCIONAL PARA LA SUPREMACÍA DE LOS DERECHOS

Como se ha anotado, la Corte Constitucional decide de manera formalista, sin siquiera analizar las normas constitucionales que se invocan por la accionante, habiéndole sido la decisión adversa. A continuación me propongo hacer algunas anotaciones respecto de las atribuciones del juez conforme nuestro marco constitucional.

Según el art. 82 de la Constitución el respeto a la seguridad jurídica se fundamenta, primero en el respeto a la Constitución; y, luego en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Claro está que desde una perspectiva puramente formal la sentencia resulta adecuada y aceptable; no obstante, me he permitido exponer las razones por las que considero que debieron analizarse otras cuestiones de relevancia para la consolidación del Estado constitucional.

El rol de garante de los derechos fundamentales que se les atribuye a los jueces no implica ya un funcionalismo para la subsunción legislativa por parte de los jueces ordinarios, tampoco de los jueces constitucionales; por el contrario, implica hacer efectivo un mecanismo de control para amparar los más variados derechos que reconoce la Constitución; desde las libertades consideradas elementales hasta los derechos sociales, de ahí que la función del juez trascienda el puro ámbito procesal y sus decisiones van más allá del caso concreto:

eso es lo que explica que el objetivo ideal, en toda sociedad, sea que la justicia sea impartida por los mejores juristas, porque sólo con buenos juristas habrá buena justicia; y sólo con una buena justicia el juez y el estado de derecho serán respetados. Una mala sentencia, fruto de una mala preparación técnica del juez, sienta las bases para la pérdida de respeto

de la sociedad hacia los jueces y, por extensión, hacia todo el sistema constitucional, pues es la jurisdicción la que sostiene y da sentido a todo el sistema de poder.²⁷

En la práctica, nuestros sistemas constitucionales están diseñados para que los órganos jurisdiccionales sean el último mecanismo al que se puede recurrir para hacer efectivos los derechos; dicho en otras palabras, al juez le corresponde ser el auténtico garante de los derechos fundamentales. Es así que, en la actualidad, toda actuación del poder público debe estar sometida a fiscalización por parte de la administración de justicia. De ello se deriva que la función judicial es tan importante:

si los demás órganos o poderes del Estado no contaran con él, además de que sería imposible resolver los conflictos suscitados con motivo de la interpretación de las normas, sus actos evidentemente carecerían de una completa legitimidad, pues no serían revisables mediante procedimientos preestablecidos, y no habría órgano que vigilara los contenidos del *rule of law*, con lo que sería fácil que los órganos del Estado o sus funcionarios infringieran las normas sin consecuencia alguna y pusieran en entredicho al Estado democrático.²⁸

Conviene una concreción adicional: el asunto del ejercicio de la función de los jueces requiere también una cultura constitucional, ello porque “los propios textos de la Constitución deben ser literalmente ‘cultivados’ (la voz cultura como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución”,²⁹ pues, todos esos postulados previstos en la Constitución no han de traducirse en realidad, sino existen mecanismos de actitud propia, de conducta, de voluntad personal que permitan llevar adelante los planteamientos –apenas iniciales del constituyente– establecidos en la Constitución.

La norma constitucional no pasará de ser simple letra si no se cuenta con personas que decidan hacer efectivos los derechos. Así, la letra de la Constitución será mera declaración garantista si no existen personas que las transformen en normas jurídicas, sin fuerza contingente, poder coercitivo o arbitrariedad: solamente con las razones que la Constitución ofrece; por ello bien se dice no es tanto el poder sino el querer de quien tiene la potestad de decidir. Pero ello no lo imponen las normas, sino que se construye como resultado de un proceso histórico; debería ser la realidad cultural

27. Discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo Español, Solemne Acto de Apertura del año Judicial y de Presentación de la Memoria del Tribunal Supremo Español: *El juez en la sociedad*, 21 de septiembre de 2010. Véase en [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ].

28. Jaime Cárdenas Gracia, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, 2000, p. 161.

29. Peter Häberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000, p. 35.

de una sociedad contemporánea, que se rige por la práctica diaria de los derechos fundamentales; esto sin duda alguna trasciende el puro ámbito de las normas, para situarse en el plano de las conductas, de la forma de vida social, más concretamente de la cultura de la sociedad, así de debe tener presente que el Estado constitucional se construye:

a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en el deseo y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos [...] el principio de división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo.³⁰

Sin cultura, el art. 424 o el 426 de la Constitución de la República no serán más que instrumentos retóricos, que en nada sirven para la auténtica garantía de los derechos, a veces normas sin sentido. Los jueces, y más concretamente los tribunales constitucionales en tanto adopten una línea garantista de los derechos, deben convertirse en las instancias “reparadoras de injusticias”.³¹ Así, la justicia constitucional debe establecerse como ente de control del poder político y garantía de los derechos de las personas, pero para ello hay que comprender que “asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma”.³²

Importante es considerar aquí el reconocimiento constitucional del principio *Iura Novit Curia*, que impone la obligación a los jueces de aplicar el derecho; así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Español al señalar que este principio:

permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas

30. Peter Häberle, *El Estado constitucional*, traducción del alemán de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, p. 1.

31. Julio Alexei Estrada, “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid, UNAM/ Trotta, 2007, p. 157.

32. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, 10a. ed., p. 13.

por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.³³

Dada la vigencia del principio *Iura Novit Curia* en nuestro sistema jurisdiccional, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que se encuentra contenida en el art. 426 de la Constitución,³⁴ se determina que es obligación de los jueces aplicar las normas que corresponde al caso sometido a su conocimiento. Así, en todo proceso “el Juez es libre para decidir la norma jurídica que, a su juicio, proporciona la solución al litigio planteado, sin que las partes del proceso posean capacidad alguna para incidir en esa decisión”.³⁵

Para concluir, la vigencia de los derechos descansa sobre la labor de los jueces en tanto apliquen los preceptos de la Constitución, se empoderen de sus contenidos, sean garantes de una auténtica libertad, y se concrete una cultura jurídica constitucional(izada) que permita actuar en libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, 2000.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, UNAM, 1998.
- De Cabo, Carlos Martín, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Madrid, Universidad Nacional Autónoma de Madrid.
- De Diego, Julián Arturo, *Manual de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, 5a. ed.
- Estrada, Julio Alexei, “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo. ensayos escogidos*, Madrid, UNAM/Trotta, 2007.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

33. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 25/2012, de 27 de febrero de 2012. Véase en [<http://hj.tribunalconstitucional.es/fr>]. Acceso 1-12-2013.

34. Corte Constitucional sentencia No. 010-09-SEP-CC, Juez sustanciador Patricio Pazmiño Freire.

35. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 25.

- Gascón Abellán, Marina, “Teoría general del garantismo. Rasgos principales”, Miguel Carbonell y Pedro Salazar, eds., *Garantismo: estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, UNAM/Trotta, 2005.
- Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, Oxford, 2000, 9a. ed.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, UNAM, 2001.
- Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000.
- *El Estado constitucional*, traducción del alemán de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003.
- Vescovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, 10a. ed.

OTROS

- Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Código de Trabajo, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo Español, Solemne Acto de Apertura del año Judicial y de Presentación de la Memoria del Tribunal Supremo Español: *El juez en la sociedad*. 21 de septiembre de 2010. Véase en [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial].

Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2013
 Fecha de aprobación: 4 de enero de 2014

Colaboradores

Oroenma José de los Ángeles Borregales: venezolana, abogada, Universidad Católica del Táchira; especialista en Tributación, y Diplomado en docencia para la Educación Superior, Universidad del Zulia; cursa la Maestría de Derecho Internacional, mención en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *oroenma_borregales@hotmail.com*

Manuel Agustín Chamba: ecuatoriano, abogado, Universidad Nacional de Loja-Ecuador; estudiante de la Maestría Internacional con mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *manuagus_c20@hotmail.com*

Eddy de la Guerra: ecuatoriana, licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, abogada y doctora en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador UCE; magíster en Docencia Universitaria por la Escuela Politécnica del Ejército, ESPE; magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; doctoranda en Derecho del Departamento de Derecho Financiero de la Universidad Complutense de Madrid, docente e investigadora de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *eddy.delaguerra@uasb.edu.ec*

Elisa Lanas Medina: ecuatoriana, abogada, y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; doctora en Derecho, con especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Valencia; docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *elisa.lanas@uasb.edu.ec*

Graciela Monesterolo Lencioni: ecuatoriana, abogada, y doctora en Jurisprudencia; magíster en docencia universitaria e investigación educativa, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Legislación para la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; profesora principal, coordinadora de currículo y miembro de Consejo de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. *gmonesterolo@yahoo.com*

Ximena Moreno: ecuatoriana, exdecano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesora titular de Instituciones de Derecho Laboral. *xmoreno@andinanet.net*

Angélica Porras Velasco: ecuatoriana, abogada, y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; doctora en procesos polí-

ticos contemporáneos, Universidad de Salamanca; asesora del Consejo Directivo del IESS. *angeporras1971@gmail.com*

Julio César Trujillo: ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; profesor de Derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jctrujillov@panchonet.net*

Normas para colaboradores

1. La revista *Foro* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de Derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en soporte digital a la siguiente dirección:
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
Área de Derecho.
Av. Toledo N22-80
Quito - Ecuador
Fax (593 2) 322 8426
Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436
Dirección electrónica: mariajose.ibarra@uasb.edu.ec
4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office Word, con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55.000 caracteres, aproximadamente.
Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha. Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas). Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave que establezcan los temas centrales del artículo.
Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas.
No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.
Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera:

Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Por ejemplo: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador *20 años*

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ealban@corpmyl.com>, <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:*

Ecuador: US \$ 60,00

América: US \$ 152,00

Europa: US \$ 161,00

Resto del mundo: US \$ 172,00

Valor del ejemplar suelto:* US \$ 15,00

* Incluye 12% del IVA.

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <ventas@cenlibrosecuador.org>

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

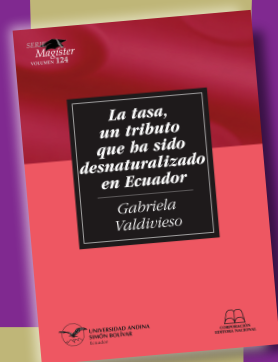
Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



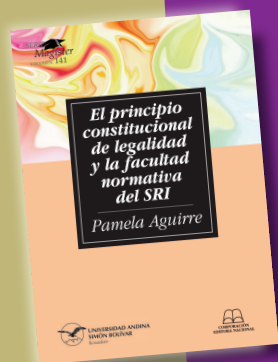
Lina Parra, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo: el derecho al trabajo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013.

Aborda la teoría del contenido mínimo de los derechos fundamentales, según la cual estos tienen, además del contenido esencial, uno dado por los instrumentos internacionales y que representa el estándar mínimo que los Estados no pueden desconocer, so pena de eliminar o anular el derecho mismo y, con ello, dar lugar a responsabilidad internacional. Esta teoría es aplicable también a los derechos sociales, por lo que, al analizar el derecho al trabajo, ejemplifica la manera en que los Estados pueden, y deben, empezar a recorrer el camino de realización de ciertos derechos tradicionalmente relegados. Revisa el contenido y transformaciones del trabajo, y presenta una propuesta de contenido mínimo acorde con la normatividad internacional.



Gabriela Valdivieso, *La tasa, un tributo que ha sido desnaturalizado en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013.

Este libro estudia minuciosamente una de las instituciones que más tensiones ha generado en la doctrina tributaria: la tasa. El objetivo es demostrar que, en Ecuador, este tributo ha sido desnaturalizado por las discrepancias al establecer los elementos esenciales y los principios constitucionales rectores del mismo, una técnica legislativa deficiente y la falta de conocimiento de la materia. La autora analiza los conceptos formulados, desde la doctrina clásica hasta la doctrina contemporánea; los elementos centrales que le atañen como una especie del género tributo y también como un instituto independiente, para luego contrastarlo con otros tributos y figuras similares.



Pamela Aguirre, *El principio constitucional de legalidad y la facultad normativa del SRI*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013.

Es una investigación encaminada a determinar el límite que el principio constitucional tributario de legalidad impone a la administración tributaria en el ejercicio de la facultad normativa. Para ello analiza las implicaciones del principio referido, enmarcadas en el contexto constitucional actual y de las transformaciones que este sufre por la vigencia del “Estado constitucional de derechos y justicia”, en el Ecuador. Estudia el contenido del principio de legalidad, en sus concepciones formal y material, e indaga cómo opera en las correspondientes esferas de la democracia. Recurre a un análisis crítico de la función del Servicio de Rentas Internas (SRI) en el ejercicio de la facultad normativa consagrada en la ley, en aras de encontrar el equilibrio entre los derechos constitucionales de los contribuyentes y los intereses estatales de recaudación.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador
20 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

