



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

ESCUELA DE DERECHO

EFFECTOS DEL MANDATO CONSTITUCIONAL No 8.

**TESIS DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA**

AUTOR: JAIRO WILLIAM VALLEJO IÑIGUEZ.

DIRECTOR: DR GUILLERMO OCHOA.

CUENCA – ECUADOR

2009

DEDICATORIA

A mis Padres:

Por su apoyo incondicional desde el primer día en que inicie esta carrera y por estar siempre cuando los necesité.

Ellos se merecen todo el crédito ya que han sido las personas que me ha incentivado e impulsado a la realización de este trabajo, para siempre mi agradecimiento.

A mis Hermanos:

Por su cariño, amor y por ser pilares emocionales en mi vida.

Al Abogado Juan Carlos Salazar por su permanente motivación y por ceder parte de su tiempo y conocimientos en la realización de este trabajo.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer de una manera muy especial a mi director de tesis al Dr. Guillermo Ochoa por todo su apoyo en la realización de este trabajo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS.

| | |
|-----------------------|----|
| Dedicatoria. | 2 |
| Agradecimiento. | 3 |
| Índice de Contenidos. | 4 |
| Resumen. | 8 |
| Abstract. | 9 |
| Marco teórico. | 10 |

CAPÍTULO I.

| | |
|---|----|
| Conceptos Básicos del Derecho Laboral. | 10 |
| 1.1.- El Código de Trabajo en la Legislación Ecuatoriana. | 10 |
| 1.2.- Generalidades del Derecho Laboral. | 17 |
| 1.3.- Principios Fundamentales del Derecho Laboral recogidos en nuestro Código de Trabajo. | 19 |
| 1.3.1.- Ámbito de aplicación del Código de Trabajo. | 19 |
| 1.3.2.- Obligatoriedad del Trabajo. | 20 |
| 1.3.3.- Libertad de Trabajo y Contratación. | 21 |
| 1.3.4.- La Irrenunciabilidad de los Derechos. | 22 |
| 1.3.4.1.- La Irrenunciabilidad. | 22 |
| 1.3.4.2.- La Transacción. | 23 |
| 1.3.4.3.- La Prescripción. | 24 |
| 1.3.5.- La Protección Judicial y Administrativa. | 25 |
| 1.3.6.- Las Leyes Supletorias. | 25 |
| 1.3.7.- La Aplicación Favorable al Trabajador. | 26 |
| 1.4.- Del contrato Individual de Trabajo. | 26 |
| 1.4.1.- Características del Contrato Individual de Trabajo. | 27 |
| 1.4.2.- Elementos del Contrato Individual de Trabajo. | 28 |
| 1.4.2.1.- El Contrato de trabajo es un Acuerdo de Voluntades. | 28 |
| 1.4.2.2.- La Ejecución de una Obra o la Prestación de servicios Lícitos y Personales. | 29 |

| | |
|--|----|
| 1.4.2.3.- Bajo la Subordinación o Dependencia. | 30 |
| 1.4.2.4.- Pago de una Remuneración. | 31 |
| 1.4.3.- Sujetos que Intervienen en el Contrato de Trabajo. | 38 |
| 1.4.4.- Clasificación de los Contratos. | 39 |
| 1.4.5.- Terminación del Contrato de Trabajo. | 42 |

CAPITULO II

Análisis Normativo del Contrato por Horas en la Legislación Ecuatoriana. 46

| | |
|--|----|
| 2.1.- Introducción. | 46 |
| 2.2.- El Contrato por Horas en el Código de Trabajo. | 47 |
| 2.3.- Breve Análisis Histórico del Reglamento para la Contratación Laboral por Horas. | 49 |
| 2.4.- Breve Análisis Histórico del Reglamento para la Contratación Laboral por Horas del IESS. | 54 |
| 2.5.- Características Especiales que tuvo el Contrato de Trabajo por Horas. | 57 |
| 2.5.1.- Requisitos. | 57 |
| 2.5.2.- Modalidades. | 57 |
| 2.5.3.- Límites y Obligaciones. | 57 |
| 2.5.4.- Forma de Pago. | 58 |
| 2.5.5.- La Garantía de Estabilidad. | 59 |
| 2.6.- Derechos y Obligaciones de la Contratación por Horas. | 60 |
| 2.6.1.- Derechos y Obligaciones del Empleador. | 60 |
| 2.6.1.1.- Obligaciones del Empleador. | 60 |
| 2.6.1.2.- Derechos del Empleador. | 64 |
| 2.6.2.- Derechos y Obligaciones de los Trabajadores. | 65 |
| 2.6.2.1.- Obligaciones de los Trabajadores. | 65 |
| 2.6.2.2.- Derechos de los trabajadores. | 66 |
| 2.7.- Ventajas y Desventajas de la Contratación Laboral por Horas. | 68 |
| 2.7.1.- Ventajas y Desventajas para el Empleador. | 68 |
| 2.7.2.- Ventajas y Desventajas para el Trabajador. | 60 |
| 2.8.- Abusos que se dieron en la Contratación por Horas. | 70 |

CAPITULO III

| | |
|---|----|
| La Intermediación Laboral y la Tercerización de Servicios Complementarios. | 71 |
| 3.- Resumen Histórico de la Intermediación Laboral y la Tercerización de los Servicios Complementarios en el Ecuador. | 71 |
| 3.1.- Marco Normativo. | 74 |
| 3.2.- La Intermediación. | 76 |
| 3.2.1.- Definiciones. | 76 |
| 3.2.2.- El Empleador en la Intermediación Laboral. | 78 |
| 3.2.3.- El Trabajador en la Intermediación Laboral. | 79 |
| 3.2.4.- Resumen Histórico de los Derechos y Obligaciones en la Intermediación Laboral. | 81 |
| 3.2.4.1.- Derechos y Obligaciones de la Intermediadora. | 81 |
| 3.2.4.2.- Derechos y Obligaciones de la Usuaria. | 83 |
| 3.2.4.3.- Derechos y Obligaciones del Trabajador. | 84 |
| 3.3.- Aspectos Generales entre la empresa Usuaria y la empresa de Intermediación Laboral. | 86 |
| 3.3.1.- Aspectos Contractuales. | 86 |
| 3.3.2.- El Contrato Mercantil en la Intermediación. | 87 |
| 3.3.3. El Contrato de Trabajo en la Intermediación. | 88 |
| 3.3.4.- Permiso de Funcionamiento. | 89 |
| 3.3.5.- Sanciones. | 91 |
| 3.3.5.1.- Infracciones Leves. | 91 |
| 3.3.5.2.- Infracciones Graves. | 92 |
| 3.3.5.3.- Infracciones muy Graves. | 95 |
| 3.4.-Tercerización de Servicios Complementarios. | 97 |
| 3.4.1.- Definiciones. | 97 |
| 3.4.2.- Ambito de Aplicación. | 98 |
| 3.4.3.- Los Servicios Complementarios. | 99 |
| 3.4.4.- Derechos y Obligaciones de la Tercerización. | 99 |

CAPITULO IV

| | |
|--|-----|
| Efectos del Mandato Constitucional No 8. | 102 |
|--|-----|

| | |
|--|---------|
| 4.- Asamblea Nacional Constituyente; Fuente del Mandato Constitucional No 8. | 102 |
| 4.1.- Análisis del Mandato Constitucional No 8. | 105 |
| 4.2.- Efectos del Mandato Constitucional No 8 con relación a la Contratación por Horas, la Intermediación laboral y la Tercerización de Servicios Complementarios. | 121 |
| 4.2.1.- Con relación al Contrato por Horas. | 122 |
| 4.2.2.- Con relación a la Intermediación Laboral. | 124 |
| 4.2.3.- Con relación a la Tercerización de Servicios Complementarios. | 126 |
| 4.3.- Estadísticas de empleo o desempleo por los efectos del Mandato Constitucional No 8. | 127 |
| 4.4.- Criterios personales de diferentes sectores con respecto a los efectos del Mandato Constitucional No 8. | 128 |
| CAPITULO V | |
| 5.- Conclusiones y Recomendaciones. | 149 |
| 5.1.- Conclusiones. | 149 |
| 5.2.- Recomendaciones. | 153 |
| ANEXOS. | 155 |
| BIBLIOGRAFIA. | 156 |

RESUMEN.

Esta Tesis “EFECTOS DEL MANDATO CONSTITUCIONAL N0 8” tiene como objetivo analizar las clases de contratación laboral tales como la contratación por horas, la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios que fueron eliminados por dicho “MANDATO” y proponer su reinsertión en el “MARCO CONSTITUCIONAL LABORAL ECUATORIANO” en el sentido que son figuras laborales de gran importancia que flexibilizan la relación laboral y permiten generar mas fuentes de trabajo, estableciendo a la vez condiciones que garanticen los derechos de los trabajadores y que brinden seguridad a la inversión.

ABSTRACT

This Thesis “Effects of the Constitutional Mandate N0 8” has as its objective to analyze work contracts such as hourly contracts, work intermediation and the subcontracting of complementary service which were eliminated by Mandate N0 8 as well as proposing their reinstatement into the “ECUADORIAN CONSTITUTIONAL LABOR FRAME WORK” in the sense that they are very important work figures that make flexible working relationships and permit the generation of more work sources while also establishing conditions that guarantee workers’ rights and offering investment security.

EFFECTOS DEL MANDATO CONSTITUCIONAL No 8.

CAPITULO I

CONCEPTOS BASICOS DEL DERECHO LABORAL.

1.1.-EL CÓDIGO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

El Código de Trabajo como un conjunto de normas sistematizadas en un solo cuerpo normativo, no siempre existió dentro de la legislación ecuatoriana. Hay dos tendencias, la una que se inclina hacia la codificación y otra negativa. Los que apoyan la codificación, dicen que debe haber un conjunto de normas, siempre y cuando no sea producto de la improvisación para evitar la oscuridad y la incertidumbre. Por el contrario, quienes se oponen a la codificación, sostienen que el derecho de trabajo se encuentra en plena formación y desarrollo, por lo tanto, al codificar las leyes lo que estaríamos haciendo es obstaculizar y paralizar su normal evolución, dejándolo de esta manera al margen de los cambios de la vida económica actual. Es importante señalar que el primer Código de Trabajo en el mundo fue producto del desarrollo industrial y apareció en Austria en el año 1859; a este código le sucedieron el de Alemania en 1869 y el de Francia en 1910.

En el continente Americano, el primer país que sistematizó sus normas laborales en un solo cuerpo jurídico fue Cuba, en 1925; posteriormente, en 1931 lo hizo México bajo el nombre de Ley Federal de Trabajo; luego Chile. Ecuador lo hizo en 1938, situación que la analizaremos en forma seguida; Bolivia sistematizó sus normas laborales en 1943 bajo la Ley General de Trabajo; en 1948 Colombia promulgó en primera forma en código adjetivo, es decir un Código Procesal de Trabajo y publicó su Código de Trabajo en 1951.¹

¹ TRUJILLO, Julio Cesar. Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Tomo I. p. 71

Ahora bien, para comprender mejor el apareamiento del Código de Trabajo en la legislación de nuestro país, debemos remitirnos a las primeras leyes laborales que se dictaron el 11 de septiembre de 1916, con el objeto de reglamentar las horas de trabajo para los empleados y jornaleros. El Dr. Isidro Ayora fue quien marcó el inicio de la transformación de la legislación laboral, en el año de 1928. En ese entonces, a pesar de que el Ecuador tenía un incipiente desarrollo empresarial, ya comenzaron a producirse problemas de carácter laboral. Las leyes expedidas fueron:

- 1.- Ley sobre el contrato individual de trabajo.
- 2.- Ley de duración máxima de la jornada de trabajo y de descanso semanal.
- 3.- Ley sobre el trabajo de mujeres y menores y de protección a la maternidad.
- 4.- Ley de desahucio del trabajo.
- 5.- Ley de prevención de accidentes de trabajo.
- 6.- Ley sobre responsabilidad por accidentes.

De las leyes transcritas se evidencia que existe un mayor desarrollo en cuanto a la protección y respaldo al trabajador.

Posteriormente, el Ing. Federico Páez, promulgó las normas que a continuación enumero:

- 1.- Ley Orgánica del Trabajo.
- 2.- Reformas a la ley de Desahucio del Trabajo.
- 3.- Reformas a la ley sobre el contrato individual de trabajo.
- 4.- Ley de procedimientos para las acciones provenientes del trabajador.
- 5.- Ley de salarios para trabajadores textiles.²

En el año de 1936, en el Registro Oficial #205 aparecieron publicadas, pero no codificadas, un conjunto de leyes. En el año de 1938, en los registros oficiales del 78 al 81, se promulgó el Código de Trabajo, por el General Alberto Enríquez Gallo.

² CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly Derecho Laboral Aplicado. P 9,10 Agosto 2002

Dicho Código fue declarado vigente por la Asamblea Constituyente. Los representantes de esta Constituyente se dividieron en dos grupos: unos que apoyaban la procedencia de la aprobación de la codificación y otros que estaban en desacuerdo con la misma.

Quienes estaban de acuerdo con la aprobación de la codificación sostenían que, por tratarse de una simple codificación de leyes preexistentes, se debía aprobar o negar en su totalidad. Mientras que sus detractores sostenían que no se trataba de una simple codificación, sino que más bien introducía nuevas disposiciones, modificaba y suprimía algunas de las ya existentes; por ello pedían que primero sean discutidas y después aprobadas por partes. Luego de las deliberaciones, la moción que fue tomada en cuenta fue la primera, quedando de esta manera aprobado el Código de Trabajo por unanimidad.

En el año de 1960 se realizó una nueva codificación en la que se incorporaron otras leyes laborales; en ella constaban todas las leyes y reformas vigentes a esa fecha, que habían sido promulgadas con posterioridad al Código de 1938. Luego, en el año de 1961 se realizó una nueva publicación oficial del Código del Trabajo, pero no se la quiso denominar como una tercera codificación, sino como una edición corregida a la de 1960.

En el año de 1971 se dio la tercera codificación, en ella se recogieron las principales reformas promulgadas con posterioridad a las de 1960, pero se omitieron importantes reformas provenientes de decretos supremos de la dictadura del Dr. José María Velasco Ibarra y de resoluciones de la Corte Suprema de Justicia.

La ley 133 es una de las que trae reformas de gran importancia para nuestro Código; vemos que establece lo que debe entenderse por contratos ocasionales, eventuales y de temporada; así mismo exige como requisito para la validez de los contratos, su inscripción ante el Inspector de Trabajo, y sólo a falta de éste, ante el Juez de Trabajo.³

³ TRUJILLO, Julio Cesar. Derecho del Trabajo. Tomo I. p.58

Obliga a los empleadores a contratar a personas discapacitadas y a participar de sus utilidades en un 5%, cualesquiera que fuese la edad de la persona minusválida.

Introduce el contrato de aprendizaje y elimina el desahucio para los contratos a plazo indefinido. En la actualidad, *“el desahucio rige exclusivamente para los contratos de plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables”*.⁴

Se establece una nueva escala y regulación para las indemnizaciones por despido intempestivo e incluye el procedimiento que ha de seguirse para la suscripción del contrato colectivo (que anteriormente era el resultado de la negociación de las partes y que terminaba bien sea con la suscripción del contrato o en un conflicto colectivo). Además, dentro de este procedimiento, establece la posibilidad de que los trabajadores declaren la huelga por las causas previstas en el Código de Trabajo.

Otra de las reformas importantes es el aumento del número de trabajadores para poder formar una asociación de empleados; fijando un número de quince a treinta; esto permitió a los empleadores contratar más personal para poder realizar sus actividades productivas sin riesgo de una asociación dentro de su empresa. Aunque los trabajadores digan que se están afectando sus derechos, lo que realmente hizo esta reforma fue patrocinar a que se abran más fuentes de trabajo en el país y de esta manera aplacar en parte el desempleo existente.

En los conflictos colectivos se establece obligatoriamente la mediación y se prohíbe delatar la huelga durante el tiempo que esta dure.

El término de prueba en el conflicto colectivo es de seis días improrrogables (anteriormente el término era de cuatro días pudiendo prorrogarse por cuatro días más).

⁴ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 184

Se establecen nuevas regulaciones respecto de la huelga solidaria y mediante un procedimiento sumarísimo, se establece la reclamación por pago de salarios o sueldos devengados para los trabajadores bajo actual relación de dependencia.

Luego de las reformas incluidas por esta ley 133, nace una nueva reforma que es: LA LEY PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA DEL ECUADOR conocida como: LA TROLE 1, de la cual vamos a analizar algunas de las leyes más importantes.

Esta reforma incorporó a nuestro código una nueva forma de contratación laboral que es la del “Contrato por Horas”, con sus propias regulaciones para poder funcionar.

Además, se establece la remuneración unificada según el Art. 117 de nuestro código laboral que dice:

“Se entenderá por tal la suma de las remuneraciones sectoriales aplicables a partir del 1 de Enero del 2000 para los distintos sectores o actividades de trabajo, así como a las remuneraciones superiores a las sectoriales que perciban los trabajadores, más los componentes salariales incorporados a partir de la fecha de vigencia de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador...”⁵

Asimismo, la ley Trole reforma la integración del Consejo de Salarios y redefine sus deberes y atribuciones; también establece la unificación salarial, es decir que los componentes salariales que existían anteriormente y que se pagaban mes por mes, como el décimo quinto, décimo sexto, bonificación complementaria, incremento del costo de la vida, se van a ir incorporando para formar el salario unificado, quedando únicamente como remuneraciones adicionales el décimo tercero y el décimo cuarto sueldo.

⁵ CÓDIGO DETRABAJO. Art 117

La ley trole establece que se deben congelar las remuneraciones adicionales como la Bonificación Complementaria y Compensación por el Alto Costo de la Vida y prohíbe su revisión o incremento.⁶

Luego de la reforma conocida como la TROLE 1 se dicta una nueva reforma a la ley que es: LA LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA, conocida como la TROLE 2, que a su vez también fue reformada parcialmente por El Tribunal de Garantías Constitucionales, quedando de esta manera vigentes algunas reformas que analizaremos a continuación:

Una de las modificaciones que establece es que el empleador no puede mantener personal con contratos a prueba por más del 15% del total del personal contratado, salvo en los casos en los que el empleador inicie sus actividades en el país o amplíe o diversifique su negocio, para este caso no existen límites en el porcentaje, pero en ningún momento podrá excederse de los seis meses posteriores al inicio de la actividad, ampliación o diversificación del mismo. Esta exoneración se refiere exclusivamente al número de los trabajadores que se incrementa para iniciar, ampliar, o diversificar la industria o negocio, mas no para los trabajadores ya existentes.

En el Art. 17 del Código de Trabajo se define lo que debe entenderse por “contrato eventual”:

Art 17.- “Son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad, situaciones similares; en cuyo caso, en el contrato deberá puntualizarse las exigencias circunstanciales que motivan la contratación, el nombre o nombres de los reemplazados y el plazo de la duración de la misma.

⁶ CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly Derecho Laboral Aplicado. Agosto 2002

También se podrán celebrar contratos eventuales para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, en cuyo caso el contrato no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días. Si la circunstancia o requerimiento de los servicios del trabajador se repite por más de dos períodos anuales, el contrato se convertirá en contrato de temporada”...⁷

Con relación a los empleadores morosos establece que, en caso de que el patrono incumpliera en el pago de las remuneraciones, el Ministro de Trabajo y Recursos Humanos concederá un término de hasta cinco días para que cancele o suscriba un convenio de pago; en el caso que dentro de este término el patrono no pagase sus obligaciones o suscriba un convenio de pago, éste será sancionado con el 100% de recargo de la obligación, la cual tendrá que ser consignada ante la Inspectoría de Trabajo de la correspondiente jurisdicción, dentro del término de tres días de dictada la orden de pago.

Además, el Art. 100 establece que los trabajadores que laboran en calidad de contratistas o intermediarios también tienen derecho a gozar de las utilidades.

Tanto el Décimo Tercero como el Décimo Cuarto Sueldo reciben el nombre de “Bono Navideño” y “Bono Escolar” respectivamente, estableciendo para éste último fechas específicas de pago de acuerdo a cada región; así, para la costa y región insular: el 15 de Abril; y, para la Sierra y el Oriente: el 15 de Septiembre, actualmente estas fechas son 15 de Marzo y 15 de Agosto en cada caso.

La ley TROLE 2 hace reformas respecto de las atribuciones que tiene el CONADES en cuanto a la fijación de las remuneraciones. Reforma lo referente a la imputabilidad de los aumentos salariales, en el sentido de que solamente se los podrá realizar por una sola ocasión; el contrato de aprendizaje sólo podrá ser por un año, mientras que anteriormente podía ser indefinido; se establece también que el

⁷ CÓDIGO DETRABAJO. Art 17

trabajador no podrá alegar como causal de terminación del contrato de trabajo, el cambio de ocupación en el caso de poli funcionalidad.

Otra de las reformas que contiene esta ley, es la de precautelar la estabilidad del trabajador. Así, en el Art. 188 del Código de Trabajo inciso 10, se establece que, cuando el empleador hace constar por escrito la voluntad de terminar el contrato de trabajo de forma unilateral y sin una causa justa, la autoridad de trabajo dispondrá que el empleador comparezca y si éste se ratifica, tendrá cuarenta y ocho horas para depositar el valor total que le corresponda al trabajador por concepto de indemnización. En el caso de que el empleador en su comparecencia no se ratificare en el escrito en el que consta el despido, alegando que no es de su autoría ni de uno de sus representantes que tienen autoridad para despedir trabajadores, el trabajador se reintegrará a su puesto de trabajo.

Finalmente, establece que el patrono puede cancelar la jubilación patronal mensualizada o se puede pactar en un monto fijo a pagarse por una sola vez.

Posterior a la promulgación de la ley TROLE 2, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, Coronel Lucio Gutiérrez Borbúa, por medio del decreto N° 2638, dicta el reglamento para lo contratación por horas, el cual es analizaremos mas adelante.

Finalmente en el mes de marzo del 2008 se dicta el Mandato Constituyente número 8 por medio del cual se elimina y prohíbe la contratación por horas, la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios, el mismo que es objeto de análisis del presente trabajo de tesis doctoral.

Básicamente y desde una perspectiva general, este es el desarrollo normativo de nuestro Código de Trabajo a través del tiempo.

1.2.-GENERALIDADES DEL DERECHO LABORAL.

El derecho de trabajo es una nueva rama del derecho que se encuentra en formación, y por lo tanto, está sujeta a constantes reformas y cambios. Así podremos

ver que las leyes que anteriormente se encontraban en vigencia, han servido como una base fundamental para la promulgación de la nueva normativa laboral.

A más de las leyes contenidas en el actual Código de Trabajo existen otras que, si bien no son estrictamente laborales, contienen normas de vital importancia, como son:

- Ley de defensa de servicios profesionales
- Ley del seguro social obligatorio
- La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
- Resoluciones del Tribunal en Pleno
- Fallos uniformes
- Resoluciones de las Comisiones de Salarios Mínimos
- Los Reglamentos
- La Costumbre
- El Código Civil y de Procedimiento Civil⁸

Es importante recalcar que, a pesar de ser el trabajo la actividad principal del ser humano, en nuestra Legislación ecuatoriana no está bien establecida, y no por que las leyes sean malas o no existan las suficientes normas que rijan esta actividad, sino más bien porque nuestro propio código se limita exclusivamente a regular la vinculación que se da entre el trabajador y el empleador en relación de dependencia, esto deducimos de lo que dice el Código de Trabajo en su inciso primero del **Art. 1:** ***“Los preceptos de este código regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo”...***⁹

Podemos observar que nuestro código no está normando de una manera universal, sino que está dejando de lado otros fenómenos que se dan en el ámbito laboral, como por ejemplo: el desempleo, el subempleo, el trabajo informal, los trabajadores independientes, vendedores ambulantes, comerciantes que tienen

⁸ TRUJILLO, Julio Cesar. Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Tomo I. p.74

⁹ CÓDIGO DETRABAJO. Art 1

negocios muy lucrativos y que se encuentran violando la ley con la evasión de impuestos. Esperemos que la actuales autoridades y todas aquellas personas a las que les corresponde legislar o aportar con proyectos de nuevas leyes, incorporen a nuestro código nuevas normas que abarquen de una manera más universal todos los fenómenos que se desprenden de la actividad laboral.

1.3.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO LABORAL RECOGIDOS EN NUESTRO CÓDIGO DE TRABAJO.

El Derecho Laboral tiene en su estructura sistémica principios fundamentales que sirven de base para la aplicación de las normas contenidas en el Código del Trabajo; así encontramos en diversos artículos dichos principios, a saber:

1.3.1.- Ámbito de aplicación del Código de Trabajo.

Art. 1.- “Los preceptos de este código regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo.

Las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicados en los casos específicos a los que ellos se refieran”¹⁰

De este artículo se desprende que nuestro Código de Trabajo abarca exclusivamente las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores en relación de dependencia, dejando de lado a otras relaciones que contienen diferentes situaciones de naturaleza jurídica laboral; además, en el segundo inciso de este mismo artículo podemos observar que se prohíbe la aplicación extensiva de las leyes.

¹⁰ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 1

1.3.2.- Obligatoriedad del Trabajo.

Art. 2.- “El trabajo es un derecho y un deber social.

El trabajo es obligatorio y con las limitaciones prescritas en la Constitución y las leyes”¹¹

Con respecto a este principio podemos decir que el trabajo es algo que el ser humano no puede eludir, ya sea aisladamente como individuo o como miembro de una sociedad. Como individuo no tiene otro medio normal a través del cual pueda desarrollarse personalmente y obtener los recursos necesarios para poder satisfacer todas las necesidades de hoy en día; y, como miembro de una sociedad de la cual no puede prescindir porque forma parte de ella, teniendo que contribuir para su progreso económico-social.

Este Principio de Obligatoriedad del Trabajo lo encontramos en el art 33 de la Constitución de la República del Estado del 2008.

Art 33.- “(Derecho al Trabajo).- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará 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”.¹²

El principio general es el que todas las personas están obligadas a trabajar como ya lo vimos en el párrafo anterior cuando transcribimos el art 33 de la Constitución, aunque existen excepciones que la misma ley establece. Así podemos ver que hay personas que no están obligadas a trabajar pero que lo pueden hacer, como es el caso de los jubilados; otros a los que la ley prohíbe expresamente trabajar por su propio bien y el de la comunidad, como son los casos de la mujer durante el periodo del parto y los menores de edad, salvo las excepciones prescritas en la ley.

¹¹ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 2

¹² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO 2008 Art 33

1.3.3.- Libertad de Trabajo y Contratación.

Art. 3.- “Libertad de trabajo y contratación.- El trabajador es libre para dedicar su esfuerzo a la labor lícita que a bien tenga.

Ninguna persona podrá ser obligada a realizar trabajos gratuitos, ni remunerados que no sean impuestos por la ley, salvo los casos de urgencia extraordinaria o de necesidad de inmediato auxilio. Fuera de esos casos, nadie estará obligado a trabajar sino mediante un contrato y la remuneración correspondiente.

En general, todo trabajo debe ser remunerado.”¹³

El trabajador tiene libertad para dedicarse a prestar sus servicios, siempre y cuando éstos sean lícitos; es decir, es libre de realizar todas aquellas actividades que estén permitidas por la ley. Esto quiere decir que, a pesar de tener esta libertad, una persona no puede prestarse a efectuar trabajos que tengan que ver con actividades prohibidas por las leyes, como por ejemplo el narcotráfico o tráfico de órganos.

Nuestro Código de Trabajo establece que ninguna persona puede ser obligada a realizar un trabajo sin recibir a cambio una remuneración, salvo en casos especiales donde prime el interés social o colectivo, como por ejemplo: en el caso de producirse una catástrofe natural, cuando los ciudadanos están en la obligación de prestar sus servicios sin recibir a cambio una retribución.

Por esta libertad de trabajo y contratación, se debe entender también que a ninguna persona se le puede exigir u obligar a realizar un trabajo si no desea efectuarlo; es decir que prima su voluntad, salvo en los casos antes mencionados; aquí que se confirma un principio universal del derecho: “Que prima el interés general sobre el particular”.

Este principio de libertad de trabajo y contratación lo recoge de igual manera la Constitución Política del Estado del 2008 en las líneas finales del art 33 cuando reza: ... *“El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su*

¹³ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 3

*dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.*¹⁴

1.3.4.- La Irrenunciabilidad de los derechos.

*Art.4 “Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario”.*¹⁵

De esta manera nuestro Código establece que el trabajador no puede renunciar a sus derechos y en el caso de que lo haga, cualquier acuerdo al respecto será nulo. A continuación daremos una mayor explicación al tema.

En cuanto a este principio, la connotada jurista Dra. Nelly Chávez sostiene que hay que analizar tres asuntos importantes:

- La Irrenunciabilidad.
- La Transacción.
- La Prescripción.

1.3.4.1.- La Irrenunciabilidad.

La Dra. Chávez manifiesta en su obra “Derecho Laboral Aplicado”, que los derechos de los trabajadores no se pueden renunciar, ya que esto significaría una disminución de sus derechos y garantías, y si una persona contratada con el patrono en condiciones que signifiquen disminución de las garantías mínimas establecidas en la ley, estas serán nulas.¹⁶

El principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador se fundamenta especialmente en la contraposición de necesidades que existe entre el

¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO 2008 Art 33

¹⁵ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 4

¹⁶ CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly Derecho Laboral Aplicado. P. 30,31 Agosto 2002

trabajador y el empleador. Por un lado el trabajador está en la necesidad de obtener un empleo para poder satisfacer sus necesidades personales básicas y las de su familia. En tanto que el empleador tiene necesidades de carácter económico, como la de obtener mano de obra para cumplir con el objetivo de su empresa o negocio y la de conseguir lucro; ante esta oposición de necesidades, es evidente que quien tiene mayores posibilidades es el empleador, ya que por cada puesto de trabajo que se ofrezca, va haber muchas más personas interesadas en él, y si la ley permitiera la renuncia de derechos, cada trabajador cedería más, con tal de poder obtener ese puesto de trabajo.

El Estado tiene la obligación de proteger los derechos de las personas que están en menores condiciones y de hacer respetar sus garantías, en este caso el trabajador.

Haciendo una comparación, vemos que en materia civil, por el contrario, se permite la renuncia de los derechos de las personas solamente con la condición de que la persona que lo haga sea capaz y tenga la libre administración de sus bienes.

1.3.4.2.- La Transacción.

Dentro de materia laboral, la transacción es válida siempre y cuando no se refiera a renuncia de derechos, y se da cuando se trata de obligaciones dudosas en la que no se encuentra bien definido un derecho.¹⁷

Por ejemplo: si el trabajador plantea una demanda reclamando que no se le han concedido los quince días de vacación. El patrono, por su parte, al contestar la demanda alega que efectivamente el mencionado trabajador tomó dichas vacaciones por sólo diez de los quince días que por derecho le corresponden. Entonces, si en la transacción el trabajador reconoce que en verdad no tomó los quince días sino los diez días, no estaría renunciando a su derecho a vacaciones sino aceptando una verdad distinta de la planteada en la demanda.

¹⁷ CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly Derecho Laboral Aplicado. P. 33 Agosto 2002

1.3.4.3.- La Prescripción.

La prescripción es uno de los modos de adquirir o perder los derechos por medio del transcurso del tiempo y puede ser de dos tipos: prescripción adquisitiva, que es aquella cuando una persona adquiere un derecho; y, la prescripción extintiva, cuando una persona pierde un derecho.

El Código de Trabajo en los Arts. 635, 636 y 637, hacen referencia a este principio.

En el Art 635.-“Prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos.-las acciones provenientes de los actos o contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde de la terminación de la relación laboral”,...¹⁸

También establece prescripciones especiales cuyas acciones prescriben en un mes, en los siguientes casos:

Art 636.- Prescripciones especiales.- prescriben en un mes estas acciones.

a) ***“La de los trabajadores para volver a ocupar el puesto que hayan dejado provisionalmente por causas legales”¹⁹***. Como es el caso de becas para estudios o cuando una persona es llamada a prestar el servicio militar o al ejercicio de cargos públicos.

b) ***“La de los empleadores para despedir o dar por terminado el contrato de trabajo con el trabajador”²⁰***. En este caso la prescripción se refiere a la facultad que tiene el empleador para despedir al trabajador previo visto bueno; pero vale recalcar que esta prescripción es únicamente para el empleador y no para el trabajador, esto se estableció con el objetivo de que el empleador no se reserve la causal para tener amenazado al trabajador y despedirlo en el momento que le convenga.

¹⁸ CÓDIGO DE TRABAJO Art 635

¹⁹ OP CIT Art 636

²⁰ IBIDEM Art 636

c) *“La de los empleadores para exigir al trabajador indemnización por imperfecta o defectuosa ejecución del trabajo ya concluido y entregado.”*²¹

En cuanto a la suspensión e interrupción de la prescripción la podemos encontrar en el *Art. 637 del Código de Trabajo dice: “La prescripción de tres años o más se suspende o interrumpe de conformidad con las normas del Derecho Civil, pero transcurrido cinco años desde que la obligación se hizo exigible, no se aceptará motivo alguno de suspensión y toda acción se declarará prescrita.”*²²

1.3.5.- La Protección Judicial y Administrativa.

*Art. 5.- “Protección judicial y administrativa.- Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos.”*²³

Con esto vemos que el Estado, con el objetivo de salvaguardar los derechos y garantías de los trabajadores, establece que serán los organismos y autoridades judiciales y administrativas las que apliquen y hagan cumplir las leyes y, de igual forma, diriman los conflictos que nacen de las relaciones laborales.

1.3.6.- Las Leyes Supletorias.

*Art. 6 “Leyes supletorias.- En todo lo que no estuviere expresamente prescrito en este Código, se aplicarán las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.”*²⁴

Como hemos visto anteriormente, el objetivo del Estado es la protección del trabajador, no dejarlo desamparado en ningún momento para que no sean vulnerados sus derechos y garantías, de tal manera que, cuando uno de estos derechos no se

²¹ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 636

²² OP CIT. Art 637

²³ IBIDEM Art 5

²⁴ CÓDIGO DE TRABAJO Art 6

encuentren protegidos por el Código de Trabajo, se tendrán que aplicar las disposiciones del Código Civil y de Procedimiento Civil.

1.3.7.- La Aplicación Favorable al Trabajador.

Art. 7.- “Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.”²⁵

Este precepto del Código de Trabajo se basa en el Principio **INDUBIO PRO OPERARIO**. Significa que, en el caso de darse una duda razonable que provenga de una disposición legal, reglamentaria o contractual que pueda ser interpretada de diversas maneras, siempre tendrá que ser aplicada de la manera más favorable al trabajador; no significando esto que por proteger los intereses del trabajador se vaya a aplicar incorrectamente la ley o el contrato.

1.4.- DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.

Para analizar el contrato individual de trabajo, revisaremos en primer lugar ciertas definiciones que dan algunos connotados juristas como Cardoso de Oliveira

*“Es el acuerdo entre el empleador y el empleado para la realización por parte de éste, determinado servicio, teniendo aquel la obligación de pagarle un determinado salario”.*²⁶

El Tratadista Guillermo Cabanelas lo define de la siguiente manera:

“Contrato de trabajo es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da

²⁵ OP CIT Art 7

²⁶ CARDOSO DE OLIVEIRA

una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o su dirección, de la actividad profesional de la otra”²⁷

El Art. 8 de nuestro Código de Trabajo define así al contrato individual:

“Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”²⁸

1.4.1.-Características del Contrato Individual de Trabajo.

Luego de haber revisado las definiciones de este tipo de contrato, es necesario analizar las características especiales que lo identifican y que las encontramos en la doctrina. Entre estas características tenemos que:

- Es un contrato consensual: lo que significa que se requiere de que exista consentimiento de los sujetos que lo integran para que se pueda perfeccionar, si no existe tal consentimiento de una de las partes este contrato será nulo.
- Es un contrato bilateral: es necesario que existan las dos partes, una contratante y otra contrayente (Empleador- Trabajador) que han de contraer obligaciones recíprocas con un objetivo final que es la relación laboral.
- Es un contrato oneroso: ya que existe un beneficio económico. En la relación laboral, el empleador está en la obligación de pagar una remuneración al trabajador por la prestación de sus servicios, y, a su vez, el trabajador está en la obligación de realizar el trabajo.
- Es un contrato oneroso conmutativo: porque para ambas partes existe la obligación de dar una cosa equivalente a la otra parte (la realización de un trabajo por pago equitativo).
- Es un contrato nominado ya que posee un nombre específico y cumple con un objetivo que es la realización de un servicio.

²⁷ CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual

²⁸ CÓDIGO DE TRABAJO Art 8

- Es un contrato solemne: porque requiere que se cumpla con las solemnidades que establecen las leyes; tiene que ser realizado por escrito y cumplir requisitos para que tenga total validez.
- Es un contrato principal: en el sentido de que puede existir por sí solo y no necesita depender de ningún otro tipo de contrato.
- Es un contrato de tracto sucesivo: en el sentido de que los efectos de este tipo de contrato se van prolongando en el tiempo y no requieren de renovación para su continuidad.

1.4.2.-Elementos del Contrato Individual de Trabajo

Según el tratadista Julio Cesar Trujillo, en su libro “*Derecho del Trabajo*”, los elementos esenciales del contrato individual de trabajo son cuatro, los mismos que analizaremos a continuación:

1.4.2.1.-El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades²⁹

Significa que existe el consentimiento de las partes para celebrar dicho contrato, pero este consentimiento tiene que estar libre de vicios, es decir no puede haber fuerza, error o dolo.

Este consentimiento consiste en la libertad que tienen las personas para poder acordar las condiciones en las que se van a desarrollar las actividades de trabajo, como son el cargo a desempeñar, lugar de trabajo, tiempo que se contrata al trabajador, entre otras; siempre y cuando dichas condiciones no afecten derechos y garantías del trabajador establecidos en la ley.

Con respecto a la libertad que tienen las partes para acordar en el contrato de trabajo, tenemos que aclarar algo que es de suma importancia: se trata de que en el establecimiento de la relación jurídica de trabajo existe absoluta libertad para

²⁹ TRUJILLO, Julio Cesar. Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Tomo I. p. 92

convenir, pero no tiene la misma amplitud para concertar las condiciones de la relación, ya que en este aspecto, la libertad de acordar se encuentra limitada por la ley y no se pueden estipular condiciones que menoscaben las garantías y derechos del trabajador, esto es lo que conocemos como un dirigismo jurídico. Lo que sí se permite es pactar cualquier tipo de condición que represente mejores beneficios de los que se encuentren establecidos en la ley, siempre y cuando no atenten contra derechos de terceros o el bien común.

Esta limitación de la voluntad en acordar tiene su fundamento en que el objetivo del Estado es proteger al que tiene menores posibilidades, que en este caso es el trabajador, quien por su situación económica al tratar de satisfacer sus necesidades personales y de su familia, puede ser afectado por los intereses del empleador en obtener mayores utilidades, pagando valores inferiores a los que establece la ley

1.4.2.2.- La ejecución de una obra o la prestación de servicios lícitos y personales.

Con respecto a este elemento de contrato de trabajo tenemos que analizar dos aspectos: el primero se refiere a la ejecución de una obra, la cual significa una transformación de materiales en una tarea determinada, como es el caso en el que una persona contrata que se le construya una casa, este bien es tangible y fácilmente palpable, a diferencia de un “servicio” que se refiere a la realización de actividades que son intangibles o intelectuales.

En cuanto al segundo aspecto, advertimos que la prestación de servicios tiene que ser personal, esto significa que la actividad que ejecuta el trabajador tiene que ser realizada directa y personalmente sin que se pueda delegar esta función a otra persona, salvo en los casos que esté permitido por la ley o autorizado por el patrono.

En consecuencia, de esto también se deriva que en el contrato individual de trabajo solamente las personas naturales pueden intervenir como parte del contrato en calidad de trabajador, mientras que en calidad de empleador, pueden ser tanto las personas naturales como jurídicas.

Otro aspecto es que la prestación además de ser personal tiene que ser lícita; esto implica que tanto la actividad a realizar por el empleado, como el fin que con esta labor se persiga, no tienen que ser o estar prohibidos por la ley; por ejemplo: no se puede hablar de objeto lícito si una persona es contratada para realizar labores relacionadas con la producción y purificación de cocaína; pero esta misma persona puede ser contratada para la elaboración de ciertos fármacos que, a pesar de ser drogas, son productos que están autorizados por las leyes del país.

1.4.2.3.-Bajo la subordinación o dependencia.

Este es un elemento importantísimo dentro de la relación laboral y consiste en la obligación que tiene el trabajador de acatar las órdenes impartidas por el empleador para que éste pueda regular las actividades y la producción de su empresa o negocio. Esta atribución que tiene el empleador va a estar limitada por la ley, en el sentido de que no podrá dar órdenes que estén fuera de la normal actividad del negocio. Estas órdenes podrán ser impulsadas tanto por el patrono en forma directa o por medio de sus delegados; por ejemplo: en un banco que tiene sucursales en todo el país, el dueño o patrono no podría impartir las ordenes personalmente porque se vuelve imposible, entonces lo podrá hacer por medio de delegados, como gerentes o jefes de agencia.

En el caso de que el trabajador no acatare las órdenes, el empleador tiene la posibilidad de aplicar sanciones señaladas en el reglamento interno y las que establezca el Código de Trabajo, pudiendo inclusive el patrono pedir el visto bueno del trabajador.

Las dependencias se las puede clasificar de la siguiente manera:

La dependencia Técnico –Industrial: que se refiere a los procedimientos que establece el patrono en el empleo de maquinarias, materias primas, etc.

La dependencia Administrativa y Disciplinaria: significa que el trabajador tiene que acatar los reglamentos internos y procedimientos administrativos que

establece la empresa, ya que en ellos constan los lineamientos de cómo se ha de manejar la empresa.

La dependencia económica: se refiere a la remuneración que recibe el trabajador por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. Esta dependencia es la que realmente caracteriza al contrato de trabajo, ya que si no existiera esta relación, podríamos hablar de cualquier otro tipo de contrato menos de un contrato laboral.

La dependencia jurídica: ya que en base de ésta, el empleador obtiene la facultad de poder dirigir las acciones e impartir órdenes al trabajador.

1.4.2.4.-Pago de una remuneración.

La remuneración es otro de los elementos fundamentales del contrato individual de trabajo y consiste en que el trabajador tiene derecho a percibir una recompensa económica por la prestación de sus servicios o la ejecución de una obra, que le permita satisfacer sus necesidades personales y las de su familia, pudiendo de esta manera adquirir los bienes materiales necesarios para su subsistencia. Este elemento es primordial ya que si no existe una remuneración, estaríamos frente a la prestación de un trabajo gratuito y no daría lugar a una relación laboral.

Las partes tienen la posibilidad de fijar libremente la cuantía de la remuneración en el contrato, pero en el caso de que no se la determine, tendrá que cancelarse la que haya establecido la ley o las que legalmente se encuentre fijada por la comisión de salarios o el contrato colectivo; y a falta de los anteriores, el patrono deberá cancelar el valor que se acostumbra a pagar por el trabajo realizado en el lugar donde se ejecutó.

En el caso de que en el contrato de trabajo se estableciera una cuantía menor a la que fija la ley, esta cláusula será nula y tendrá que regirse a lo que establece la ley, las comisiones de salarios mínimos o el contrato colectivo; y, en el caso de que exista oposición entre éstas, siempre se pagará la remuneración que sea más favorable para el trabajador.

En nuestra legislación en el art 80 del Código de Trabajo podemos hallar la definición de sueldo y salario, lo que actualmente lo llamamos remuneración.

Art. 80 “Salario y Sueldo.- Salario es el estipendio que paga el empleador al obrero en virtud del contrato de trabajo; y sueldo, la remuneración que por igual concepto corresponde al empleado.

El salario se paga por jornadas de labor y en tal caso se llama jornal; por unidades de obra o tareas. El sueldo, por meses, sin suprimir los días no laborables.”³⁰

De este concepto podemos observar que nuestra ley hace una evidente diferenciación entre el pago que perciben los obreros y el que perciben los empleados; entendiéndose así que el obrero percibe un “salario” y que es la persona que realiza trabajos en los que la actividad física tiene predominio sobre la intelectual; en cambio, el empleado percibe un “sueldo” y realiza actividades en donde prima el intelecto.

En la actualidad, desde el año 2000, el término que se utiliza es el de “**remuneración**” a una persona; esta remuneración constituye el principal motor de la actividad de la persona y de la sociedad, ya que un individuo necesita de esta paga para su normal desenvolvimiento y para satisfacer sus necesidades básicas como la alimentación, vivienda, vestido, distracción, entre otras; y, como sociedad porque el ser humano es parte de este engranaje económico.

La remuneración goza de ciertas características propias de los cuales hablaremos a continuación:

El salario o sueldo es personal e intransferible, esto quiere decir que el valor que se recibe por el trabajo tiene que ser entregado directamente al trabajador que

³⁰ CÓDIGO DE TRABAJO Art 80

ejecutó la obra o prestó su servicio y, como excepción, se entregará a la persona que él autorice.

Es inembargable que con esto la ley protege al trabajador para que reciba su total remuneración y evitar de esta manera disminuciones que afecten a él y a su familia. Esto también protege al trabajador en el caso de tener deudas frente a acreedores que pretendan recuperar de una forma violenta su dinero. En el único caso en que procede la retención de parte de su salario es en juicio de alimentos, en el cual el juez establece el monto a ser retenido con el objetivo de precautelar la subsistencia de los hijos.

Los sueldos o salarios tienen que ser preestablecidos por la ley para que de esta manera se protejan los intereses del trabajador, que siempre es la parte que está en inferiores condiciones económicas. Así, se protege al trabajador de los abusos estableciendo salarios mínimos para el pago de los servicios laborales.

Los sueldos o salarios constituyen créditos privilegiados, esto significa que en el caso de quiebra o insolvencia de una persona o empleador, el trabajador tiene derecho de cobrar su salario antes de que el patrono pague las deudas a sus acreedores, e incluso el salario constituye un crédito de primera clase, en el sentido de que tiene preferencia frente a los créditos hipotecarios.

La remuneración del empleado tiene que ser pagada en el lugar de trabajo, en los días y horas laborables y en moneda de curso legal. El patrono siempre tendrá que dejar constancia del pago ya sea con recibos o con el rol de pagos en el cual debe constar el monto cancelado y la firma del trabajador como constancia de haber recibido su remuneración.

En el caso de que un trabajador tenga anticipos en la empresa o si adquirió bienes que ésta produce, el empleador podrá retener hasta un 10% de su remuneración para la cancelación de los mismos. No se le puede retener la

remuneración por deuda de familiares del trabajador, salvo en los casos de que el trabajador dé su consentimiento.

El empleador tiene que realizar el pago oportuno de las remuneraciones a sus trabajadores, y de no hacerlo, estaría perjudicándolo; por este motivo la ley establece sanciones para el empleador moroso; la penalidad puede ser de hasta el triple de recargo del salario no pagado en el último trimestre. Ejemplo:

En el caso de que un trabajador tuviese una remuneración de 300 dólares mensuales y el patrono no pagase de una manera oportuna y perjudique al trabajador, el Juez de trabajo podrá imponer una penalidad de hasta el triple es decir 900 dólares, debiéndose cancelar de esta manera al trabajador una suma de 1.200 dólares.

De igual manera, si se llegase a determinar que el empleador no está cumpliendo con el pago de las remuneraciones, el Ministro de Trabajo y Empleo le concederá un término de cinco días para que desvirtúe, pague o firme un convenio y, de no hacerlo, le impondrá la sanción del ciento por ciento de la obligación adeudada, la cual tendrá que ser cancelada mediante depósito ante la Inspectoría de Trabajo, en un término no mayor de tres días desde la fecha en que se ordenó el pago.

La fijación del salario o sueldo es de vital importancia ya que es la base para establecer los sobresueldos y bonificaciones como es el pago del décimo tercero y décimo cuarto sueldo y vacaciones. Pero sobre todo, es la base para determinar el monto de las indemnizaciones por despido intempestivo y para establecer los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Debemos anotar que el salario o sueldo esta compuesto por todos aquellos ingresos que son de carácter normal y habitual y no los que representan un ingreso ocasional.

A más del salario o sueldo que tienen los trabajadores, gozan de otros beneficios como son las Bonificaciones Salariales, que fueron creadas para dar mayor poder adquisitivo al trabajador. Entre ellas tenemos:

-Décimo Tercer Sueldo.

El Décimo Tercer Sueldo es conocido como “el bono navideño”, y consiste en un pago extraordinario que deberá realizárselo hasta el 24 de diciembre de cada año y equivale a una doceava parte del total percibido durante el año calendario³¹. Para esto se debe aportar de diciembre del año anterior a noviembre del año en que se paga; el trabajador que haya trabajado menos de un año, percibirá este bono de manera proporcional.

Para estos rubros, el empleador deberá realizar un rol de pagos especial, el mismo que será presentado e inscrito en una de las direcciones regionales o en las inspectorías de trabajo, en los quince días siguientes a la fecha de pago. En la actualidad, quienes no gozan de este bono son los operarios de artesanía.

-Décimo Cuarto Sueldo.

En el Art. 113 del Código del Trabajo, el Décimo Cuarto Sueldo, que también es conocido como “bono escolar”, es un beneficio que se estableció a favor del trabajador para ayudarlo en una fecha que representa mayores gastos en la familia; en este caso, la matriculación, uniformes y útiles escolares de los hijos.

Este bono tiene que ser cancelado hasta el 15 de Agosto en las provincias de la sierra y el oriente y hasta el 15 de Marzo para las provincias de la costa y región insular.

El valor a cancelarse de este beneficio será de una bonificación adicional anual equivalente a una remuneración básica mínima unificada para los trabajadores en general y servicio doméstico.³²

-Los Componentes Salariales en Proceso de Incorporación.

³¹ CÓDIGO DE TRABAJO Art 111

³² CÓDIGO DE TRABAJO Art 113

La ley de transformación económica “Trole I” dictaminó en el año 2000 la unificación salarial, lo cual simplificó el sistema de pago y cálculo salarial. Con este sistema el décimo quinto y décimo sexto sueldo pasaron a formar parte de la remuneración mínima, evitando de esta manera que se den alzas a las bonificaciones mensuales y no al sueldo, como debería ser (en muchos de los casos, una bonificación era superior al sueldo).

A partir del año 2000, tanto la Bonificación Complementaria como la Compensación al costo de la Vida, pasaron a formar el denominado “Componentes Salariales en Proceso de Incorporación”, suma que tuvo que irse agregando paulatinamente en los salarios mínimos durante los siguientes cinco años, es decir que en el año 2005 ya se incorporó totalmente a la remuneración básica; además desapareció otro beneficio que existía y que era el subsidio por transporte.

-Las utilidades como parte de la Remuneración.

Nuestra ley laboral establece que las utilidades anuales que tenga el empleador o la empresa se deberán repartir a los trabajadores en un porcentaje equivalente al 15%.³³ Efectuándose de la siguiente manera: el 10% se debe repartir a los trabajadores sin tomar en cuenta su remuneración sino de acuerdo al tiempo de trabajo, si no trabaja el año completo tiene derecho de igual manera pero en forma proporcional.

El 5% se tiene que pagar a los trabajadores de acuerdo al número de cargas que tengan, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos menores de edad e hijos minusválidos de cualquier edad.

Por principio, el reparto de utilidades se lo debe hacer por medio de la asociación mayoritaria de trabajadores, pero en el caso de no existir, se debe proceder directamente.

³³ OP CIT Art 97

Las utilidades no se las debe tomar en cuenta como remuneración para los aportes del IESS y fondos de reserva, de manera que constituyan un verdadero beneficio para el trabajador; pero sí se deben tener en cuenta para el pago del impuesto a la renta.

Los trabajadores que no tienen derecho a recibir utilidades son aquellos que perciban sobresueldos o gratificaciones por un monto igual o superior al de las utilidades.

Las utilidades tienen que ser pagadas hasta el 15 de abril de cada año y los roles se deben registrar en la Dirección Regional de Trabajo en los siguientes quince días.³⁴

Si el empleador tiene empleados que no han recibido sus utilidades porque dejaron de laborar, éste tiene la obligación de depositar dichos valores en la Dirección Regional de Trabajo para que el director cancele al trabajador; si no se le localizare y no se puede hacer efectivo el pago dentro de un año, estos valores serán utilizados por la Dirección Regional de Trabajo para el mejoramiento de los servicios que presta.

Si el empleador no deposita dichos valores en el plazo de treinta días puede ser sancionado hasta con el doble de la suma no depositada.

- Fondo de reserva.

El fondo de reserva es un beneficio que tiene el trabajador y consiste en que el empleador tiene la obligación de abonar al IESS un valor equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de la prestación de sus servicios.³⁵ Estos valores constituyen un fondo que tiene el trabajador para que al momento de la jubilación cuente con dinero suficiente para invertir en algún negocio o para adquirir bienes. Al momento de la realización de este trabajo el fondo de

³⁴ CÓDIGO DE TRABAJO Art 105

³⁵ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 196

reserva se encuentra en debate para decidir si el pago se lo realiza mensualmente o no.

1.4.3.- Sujetos que intervienen en el Contrato de Trabajo

Los sujetos o partes que intervienen en el contrato de trabajo son dos: el Trabajador y el Empleador; los mismos que serán analizados a continuación, partiendo de los conceptos que establece nuestro Código de Trabajo.

Art. 9 “La persona que se obliga a la prestación del servicio o la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”³⁶

Del concepto anteriormente transcrito apreciamos una diferenciación entre empleado y obrero. Así, podemos decir que: *obrero* es el trabajador que realiza actividades donde va a primar el esfuerzo físico sobre el intelectual y éste tendrá derecho a un *salario*, mientras que el *empleado* es aquel que realiza una labor donde prima la actividad intelectual sobre la física y éste recibirá como remuneración un *sueldo*.

En conclusión, podrá ser “trabajador” cualquier persona natural que en virtud de un contrato de trabajo, preste sus servicios para otra persona en forma lícita y personal, bajo una relación de dependencia y una remuneración convenida establecida por la ley, contrato colectivo o la costumbre.

Art. 10 “La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador...”³⁷

Vemos que la definición que nos da el Código de Trabajo es bastante clara, pero es necesario anotar ciertas circunstancias que son de vital importancia:

³⁶ OP CIT Art 9

³⁷ CÓDIGO DE TRABAJO Art 10

El empleador puede ser una persona natural, capaz de impartir las órdenes directamente y también delegar sus funciones a otras personas que serán sus representantes, las que pueden estar facultadas para intervenir en la suscripción de contratos de trabajo y en el control del desarrollo de las actividades de la empresa. Estas personas, como los gerentes o administradores, no necesariamente deben contar con un nombramiento por escrito, sino que será suficiente el cargo que se les asigne dentro de la empresa.

Por otro lado, las personas jurídicas son personas ficticias, pero que la ley les da la capacidad de poder ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representadas judicial o extrajudicialmente.

Estas personas jurídicas tienen que actuar por medio de su representante legal que es una persona natural, la cual tiene que ser elegida para ello y constar dentro de los estatutos de la empresa, en los que se establecerán también las atribuciones que tiene para poder actuar.

1.4.4.- Clasificación de los Contratos.

El tratadista Jorge Vásquez López dice que la doctrina tiene diversos criterios para establecer la clasificación del contrato individual de trabajo. De acuerdo con esto hace la siguiente clasificación:

+

- Por la forma de celebrarlo

- 1. Expreso
 - verbal
 - escrito
- 2. Tácito.

- Por la forma de remuneración.

- a sueldo
- por jornal
- obra cierta
- tarea
- a destajo
- en participación
- mixto

-Por la duración

- a tiempo fijo
- a tiempo indefinido
- a prueba
- ocasional
- eventual
- de temporada
- de aprendizaje
- a tiempo parcial
- por horas (actualmente eliminado)

- Como se establezca la relación laboral

- individual
- por equipo
- por enganche
- de maquila³⁸

³⁸ VÁSQUEZ LÓPEZ, Jorge. Editorial Jurídica Cevallos. Quito 2004

- Por índole de trabajo
- individual, manual o físico
 - servicio doméstico
 - trabajo a domicilio
 - trabajo agrícola
 - de aprendizaje
 - operarios de artesanía
 - empleados privados- intelectuales
 - agente de comercio y corredores de seguros
 - de empresas de transporte y chóferes.³⁹

³⁹ VÁSQUEZ LÓPEZ, Jorge. Editorial Jurídica Cevallos. Quito 2004

1.4.5.- Terminación del Contrato de Trabajo.

Para hablar sobre la terminación del contrato de trabajo tenemos que partir diciendo que nuestro código es proteccionista para con el trabajador, y por esto establece la estabilidad laboral con el fin de que el trabajador no sea separado con facilidad de su puesto por parte del empleador, afectando a éste y a su familia.

Existen algunos tipos de contratos que no contemplan la estabilidad, en el sentido de que por sus características no la pueden tener, como son los contratos ocasionales, eventuales, de temporada, obra cierta y aprendizaje; el resto de contratos pueden terminar por causas imputables al trabajador, al empleador y a situaciones ajenas a éstos, como es el caso de la fuerza mayor; además pueden terminar por la decisión unilateral de ambas partes en base de algún procedimiento legal o sin éste como es el caso de despido intempestivo.⁴⁰

El **Art. 169** del Código de Trabajo establece: ***“causas para la terminación del contrato individual.- El contrato individual de trabajo termina:”***⁴¹

1. “Por las causas legalmente previstas en el contrato”.- O sea que al momento de celebrar el contrato se pueden consignar cláusulas que conlleven a terminar el contrato, siempre y cuando éstas no atenten contra derechos y garantías establecidas a favor del trabajador.

2. “Por acuerdo de las partes”.- Es la facultad que tienen tanto el empleador como el trabajador para dar por terminado el contrato simultáneamente si es conveniente para las partes.

3. “Por la conclusión de la obra, periodo de labor o servicios, objeto de contrato”.- Si la persona es contratada para construir una vivienda, al momento que acaba de realizarla se entenderá por terminado el contrato; de igual manera, si fue

⁴⁰ VÁSQUEZ LÓPEZ, Jorge. Editorial Jurídica Cevallos. Quito 2004

⁴¹ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 169

contratado sólo para un período de labor, por ejemplo quince días de trabajo, o un servicio objeto de contrato, como por ejemplo si se contratan los servicios de un pintor para pintar una casa.

4. “Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio”

5. “Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo”⁴²

En los dos literales anteriormente transcritos vemos que resulta obvio que si una persona -trabajador o empleador- muere, no podrá cumplir con su acuerdo de voluntad.

En el numeral cuarto se establece también que no se termina el contrato si existiere representante legal de la persona jurídica o sucesor de la persona natural contratante.

6. “Por caso fortuito o de fuerza mayor que imposibilite el trabajo”⁴³.- Como en el caso de darse una guerra o terremoto; lo importante es que los contratantes no pudieron prever o evitar estos hechos.

7. “Por la voluntad del empleador según el Art. 172 de este Código”⁴⁴.- El Art. 172 se refiere al visto bueno, que es el medio legal por lo cual el empleador puede dar por terminado el contrato en los siguientes casos:

-“Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin

⁴² CÓDIGO DE TRABAJO Art 169

⁴³ OP CIT

⁴⁴ IBIDEM Art 172

cosa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor”

- *Por indisciplina o desobediencias graves a los reglamentos internos legalmente aprobados.*
- *Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador.*
- *Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes o a su representante.*
- *Por ineptitud manifiesta del trabajador respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió.*
- *Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el seguro social. Mas, si fuere justificada la denuncia, queda asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes; y,*
- *Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente, o por contrariar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos.*

8. “Por voluntad del trabajador según el Art. 173 de este Código”.⁴⁵

De igual manera, el trabajador puede recurrir a este trámite y solicitar el visto bueno para dar por terminadas las relaciones laborales y obtener una indemnización; esto se puede dar en los casos establecidos en el Art. 173:

- *Injurias graves inferidas por el empleador, sus familiares o representantes al trabajador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes.*
- *Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada; y,*
- *Por exigir el empleador que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida, salvo en los casos de urgencia previstos en el Art. 52 de este código, es el aviso con que una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es de dar por terminado el contrato.*

⁴⁵ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 173

9.” Por desahucio”.

Art 184.- Del desahucio.- Desahucio es el aviso con el que una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es la de dar por terminado el contrato.

En los contratos a plazo fijo, cuya duración no podrá durar mas de dos años no renovables, su terminación deberá notificarse cuando menos con treinta días de anticipación, y de no hacerlo así, se convertirá en contrato por tiempo indefinido.”⁴⁶

⁴⁶ CÓDIGO DE TRABAJO. Art 184

CAPITULO II

ANALISIS NORMATIVO DEL CONTRATO POR HORAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

2.1.- Introducción.

Este capítulo lo iniciare haciendo una breve introducción al tema en el sentido de que la contratación por horas fue una institución muy importante dentro de la contratación laboral en la legislación ecuatoriana. Fue una clase de contrato que flexibilizo la relación laboral permitiendo mas trabajo para los trabajadores y le permitió a la empresa la posibilidad de contratar mas personal para las áreas en que este las necesite sin tener que verse obligado a contratar personal a tiempo completo. También es cierto que este tipo de contratación fue utilizado por personas y empresas inescrupulosas para vulnerar los derechos de los trabajadores y beneficiarse económicamente de ellos, de ahí, ante la indignación de muchos sectores especialmente de trabajadores que se veían afectados con este tipo de mal utilización de la contratación por horas presionaron por diferente medios para eliminar esta institución, El gobierno del Econ. Rafael Correa sensibilizado ante este abuso que se venía dando y como parte de su promesa en la campaña presidencial apoyo a la Asamblea Nacional Constituyente para dictar un Mandato para eliminar todo tipo de contratación que a criterio de muchos precarizaba la relación laboral y es así que se dicto el Mandato No 8 por medio del cual se elimina la contratación por horas, intermediación laboral y tercerización deservicios complementarios.

Mi criterio sobre este tema ha sido que esta institución a sido un tipo de contratación que flexibilizaba la relación laboral y que mientras en otros países del mundo mas avanzados que el nuestro lo están implementando nosotros lo eliminamos, creo que este tipo de contratación debe ser reinsertado a nuestra legislación pero con reglas claras y hasta con sanciones punitivas para las personas y empresas que violen los derechos del trabajador, de esta manera tendremos un tipo de contratación laboral efectivo que va a ayudar en mucho tanto a los trabajadores como a las empresas.

2.2.-El Contrato por horas en El Código de Trabajo.

El contrato por horas según José Alomía Rodríguez, en su libro *“Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social”*:

“Se denomina contrato por horas aquellos en los cuales las partes contratantes convienen la remuneración a percibir por cada hora de trabajo.”⁴⁷

Este tipo de contrato se encontraba clasificado dentro del Art. 11 del Código de Trabajo del 2005, que decía que el contrato de trabajo puede ser:

- a) expreso o tácito, y el primero, escrito o verbal.
- b) a sueldo, a jornal en participación o mixto.
- c) por tiempo fijo, por tiempo indefinido, de temporada eventual y ocasional.
- d) a prueba.
- e) por obra cierta, por tarea y a destajo.
- f) por enganche
- g) individual, de grupo o por equipo y,
- h) Por horas. (derogado)⁴⁸**

El Código de Trabajo del 2005, refiriéndose a éste, en el Art. 17, cuando habla de los contratos eventuales, ocasionales, de temporada y por horas, decía que son aquellos en los que las partes convienen el valor de la remuneración total por cada hora de trabajo; además este contrato puede celebrarse para cualquier tipo de actividad que tenga que realizarse y, tanto el trabajador como el empleador pueden darlo por terminado en el momento que lo deseen.

⁴⁷ José Alomía Rodríguez *“Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social”*

⁴⁸ Código de Trabajo 2005 Art 11.

Una característica de este contrato es que no se podía establecer un contrato por horas si previamente existe otro tipo de contrato con el mismo empleador, como por ejemplo un contrato a tiempo fijo de un año; pero esta situación de que un trabajador mantenga un contrato con un empleador, no le impide que pueda celebrar un contrato por horas con otro u otros empleadores. Precisamente uno de los objetivos que tenía este contrato es el de darle mayores posibilidades a un trabajador para que pueda ampliar su ámbito laboral, y también para que el empleador obtenga mejores resultados en la actividad económica que se encuentre desarrollando

Según el Art. 1 del Acuerdo Ministerial 0032 (RO 56): 2 de mayo del 2006, el valor mínimo a pagarse a un trabajador por hora era de un dólar; se debe entender que en este valor se encontraban incluidos todos los beneficios económicos que forman parte del ingreso total de un trabajador, incluidos los que no se pagan mensualmente “décimo tercero y décimo cuarto”, descanso semanal remunerado, vacaciones, entre otros.

Los incrementos en el valor del pago de la remuneración por horas era en el mismo porcentaje que establecía el CONADES para la remuneración básica mínima unificada.

En esta forma de contratación el empleador tenía la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguro Social; esta institución tubo que expedir una resolución para regular el cálculo de las aportaciones patronales y determinar los requisitos para el goce de las prestaciones que brinda el Seguro Social Obligatorio. Una de las ventajas que gozaba el empleador con esta clase de contrato, a diferencia de otros, es que no tenía la obligación de pagar los fondos de reserva (que se lo hace a partir del primer año de labores del trabajador), ni tampoco hacer aportes sobre las remuneraciones de los trabajadores a favor del IECE.

El empleador, para realizar el pago de las aportaciones de estos trabajadores, tenía que hacerlo en planillas distintas del resto de trabajadores.

Para salvaguardar los derechos adquiridos de los trabajadores, el legislador estableció una limitante al empleador que es la de prohibir que, cuando éste tuviese

vigentes contratos de trabajo bajo otras modalidades provistas en la ley, no podría “trasladarlos a la modalidad de pago por horas” o no podría “convertirlas a contratación por horas”.

El contrato por horas necesariamente tenía que ser celebrado por escrito, mediante instrumento público o instrumento privado.

2.3.- Breve análisis histórico del Reglamento para la Contratación Laboral por Horas.

El Decreto Ejecutivo 2638 dado por el Coronel Lucio Gutiérrez Borbúa dictó:

El Reglamento para la Contratación Laboral por horas.

El Art. 1 del acuerdo Ministerial 0032 (RO 56): 2 de mayo 2006 dispone: *“Fijar a partir del 1 de enero de 2006, el valor mínimo por hora de labor en 1 dólar para aquellos contratos que se celebren bajo esta modalidad”.*

A continuación analizaremos cada uno de los artículos que contenía este reglamento, en el que se encuentran las normas que se debía aplicar en esta forma de contratación laboral por horas.

Art. 1 “De los componentes de la remuneración que se incluye en el contrato por horas”.⁴⁹

Este artículo se refiere que dentro de la remuneración que se llegue a pactar entre el empleador y el trabajador, estarán considerados todos los beneficios que la ley establece a favor del trabajador, incluyendo de esta manera todos los beneficios que se pagan con periodicidad distinta a la mensual, como son décimo tercero, décimo cuarto, descanso semanal remunerado, vacaciones, entre otros.

⁴⁹ Reglamento para la Contratación Laboral por Horas Art 1

Esta situación provocó criterios diferentes entre trabajadores y empleadores, en el sentido de que los beneficios que se pagaban con una periodicidad distinta a la mensual, afectaban al trabajador y beneficiaban al empleador.

Hubo criterios por parte de los trabajadores en el sentido de que se veían afectados, ya que este tipo de beneficios constituían una especie de alcancía, que al llegar determinadas fechas con la decimotercera y decimocuarta remuneración respectivamente, el trabajador destinaba la suma de dinero recibida a propósitos específicos; mientras que con este tipo de contrato, al recibir el dinero de forma mensualizada, se le hará dificultoso ahorrar y así llegar a dichas fechas con este dinero.

Por otro lado, desde la posición del empleador, era beneficioso cancelar estos beneficios de forma mensualizada, porque de esta manera evita cancelar valores superiores a los programados mensualmente, ya que del mismo modo, los empleadores también se olvidan o despreocupan de proveer mensualmente cierta cantidad de dinero para poder cancelar estos valores en las fechas establecidas por la ley.

Art. 2 “De los derechos de los Trabajadores contratados por horas”⁵⁰

El trabajador tenía derecho a que se le cancele la remuneración que ha sido pactada con el empleador, más las utilidades de acuerdo al tiempo que haya laborado.

El trabajador también tenía derecho a ser afiliado por el empleador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Con este tipo de contratación el trabajador no goza del derecho de estabilidad laboral, como sucede en otros tipos de contratos, como está establecido en el Art. 14 del Código de Trabajo: ***“Estabilidad mínima y excepciones.- Establécese un año***

⁵⁰ Reglamento para la Contratación Laboral por Horas Art 2

como tiempo mínimo de duración, de todo contrato de tiempo fijo o por tiempo indefinido, que...’⁵¹

Art. 3 “De la remuneración en el contrato por horas”⁵²

La remuneración en este tipo de contrato se regía por un valor determinado que se pactará entre el empleador y el trabajador, pero en ningún momento podía ser inferior al fijado en la tabla salarial respectiva, es decir inferior al salario mínimo vital; además, este tipo de contratación podía ser aplicada a cualquier actividad económica lícita.

Art. 4 “De las fracciones de hora”⁵³

Cuando un trabajador laboraba solamente una fracción de hora, porque así es el requerimiento del empleador o por cualquier otro motivo, estas fracciones de hora se sumaban hasta completar una hora trabajada y se realizaba la cancelación de acuerdo al valor pactado entre las partes. A pesar de esto, si es que la forma de pago era quincenal por ejemplo, y el obrero trabajó sesenta horas con treinta minutos, el empleador estaba en la obligación de cancelarle las sesenta horas completas más el valor proporcional de esos treinta minutos, de acuerdo al valor pactado por hora.

Podemos ver entonces que no existe redondeo en las horas de trabajo, para no afectar ni al trabajador ni al empleador.

Art. 5 “De la vigencia de contrato”⁵⁴

Este tipo de contrato tenía características propias, entre ellas:

- que era de duración indeterminada;

⁵¹ CODIGO DE TRABAJO. Art 14

⁵² Reglamento para la Contratación Laboral por Horas Art 3

⁵³ OP CIT Art 4

⁵⁴ IBIDEM Art 5

- además, tanto el trabajador como el empleador en cualquier momento podían darlo por terminado sin que exista derecho a indemnización hacia el trabajador;

- en esta relación laboral no existía estabilidad para el trabajador, lo que para muchas personas es atentatorio contra los derechos del obrero y beneficioso para el empleador, ya que tiene la posibilidad de rotar sus obreros con toda facilidad, cuando no realicen de manera eficaz las actividades encomendadas.

Art. 6 “De la coexistencia de contratos por horas y del porcentaje máximo de trabajadores para esta modalidad”⁵⁵

Este artículo se refería a que: un empleador en un mismo lugar de trabajo podía tener trabajadores contratados con la modalidad de trabajo por horas y también bajo cualquier otro tipo de modalidad; sin embargo, lo que no se podía dar es que un trabajador esté contratado bajo dos modalidades de contrato con la misma empresa o empleador. En lo que se refiere al porcentaje de personal que podían ser contratados por la modalidad por horas, nunca podía exceder del 75% de la totalidad de la empresa.

Art. 7 “De las solemnidades del contrato”⁵⁶

El contrato laboral por horas necesariamente tenía que ser celebrado por escrito ante el Inspector de Trabajo e inscrito en los treinta días subsiguientes a la fecha de suscripción; caso contrario el empleador era sancionado por el Ministerio de Trabajo y Empleo con hasta 200 dólares de multa, según establece el Art. 628 y, además de esta sanción, se ordenará la celebración inmediata del contrato.

Como hemos visto anteriormente, el trabajador contratado por horas no gozaba de las garantías de estabilidad laboral; en el caso de la terminación de la relación de trabajo no era necesario realizar acta de finiquito, pero el empleador estaba en la obligación de notificar a la Inspectoría de Trabajo dicho suceso dentro

⁵⁵ Reglamento para la Contratación Laboral por Horas Art 6

⁵⁶ OP CIT Art 7

de los quince días subsiguientes. En el caso de que el obrero no haya cobrado su remuneración, el patrono tendría que consignar todos los haberes del empleado en la Inspectoría de Trabajo.

Art. 8 “De las sanciones por falta de pago oportuno y completo del valor hora pactado”⁵⁷

En el caso de incumplimiento del empleador en el pago de los valores correspondientes a la remuneración pactada por horas, éste podía ser sancionado por el Ministerio de Trabajo y Empleo según lo que establece en Art. 614 y 628 del Código de Trabajo; es decir, tenía que cancelar los intereses respectivos de acuerdo con el interés legal vigente o de acuerdo a las normas pertinentes, y cuando no se haya fijado dicha sanción, el Director Regional de Trabajo podía hacerlo hasta por 200 dólares.

Art. 9 “Prohibición”⁵⁸

El legislador, con el fin de proteger los derechos adquiridos del trabajador, establece en este artículo una prohibición: el empleador no podrá cambiar de modalidad de contrato que tenga un trabajador, por un contrato por horas. Si un empleado tiene firmado un contrato a tiempo fijo por seis meses, no podrá anularse o modificarse para firmar uno por horas.

Art. 10 “De las obligaciones administrativas”⁵⁹

Todo empleador tenía la obligación de entregar un informe a la Inspectoría Regional de Trabajo de su jurisdicción, hasta el 15 de enero de cada año; en el cual se hacía constar el número de trabajadores que tuvo contratados bajo la modalidad por horas en el año anterior.

⁵⁷ IBIDEM Art 8

⁵⁸ Reglamento para la Contratación Laboral por Horas Art 9

⁵⁹ OP CIT Art 10

Otra de las obligaciones del empleador era la de establecer los controles que sean necesarios para el fiel cumplimiento de las obligaciones del trabajador; por ejemplo: se podía instalar tarjeteros donde los empleados marquen su entrada y su salida y así tener constancia del número de horas laboradas.

Otra obligación del empleador era la de realizar el pago completo y oportuno de las remuneraciones a sus trabajadores.

2.4.- Breve análisis histórico del Reglamento para la Contratación Laboral por Horas del IESS.

Sobre el reglamento de Afiliación del Trabajador Contratado por Horas, anotaremos algunos puntos que considero que fueron de mayor importancia como son: La forma de afiliación, porcentaje del aporte patronal, cálculo de tiempo de aportaciones y del ingreso imponible mínimo y las exenciones patronales.

El empleador tenía la obligación de afiliar al IESS al trabajador contratado bajo la modalidad de contratación por horas, desde el primer día de labores y lo tenía que hacer en una planilla de aportes individual, distinta a la del resto de trabajadores.

Luego de la celebración del contrato, el empleador tenía 15 días de plazo para presentar el aviso de entrada, conjuntamente con una copia certificada del contrato de trabajo celebrado ante el Inspector de Trabajo. Además, tenía la obligación de notificar al IESS cualquier novedad con respecto a modificación del sueldo o salario, enfermedad, accidente de trabajo o terminación del contrato en los 3 días posteriores de ocurrido el hecho.

Cuando se daba por terminado el contrato de trabajo por horas, el empleador tenía solamente que notificar al IESS, adjuntando simplemente una copia certificada de la comunicación que envió a la Inspectoría de Trabajo, ya que en este tipo de contrato no se requería de acta de finiquito; sin embargo, en la práctica se realizaba dicha acta para tener constancia de la terminación de la relación laboral.

En lo referente al porcentaje de aporte patronal en la contratación por horas, el empleador es quien debía asumir el valor total del aporte, es decir a la remuneración pactada con el trabajador no se le deducía el aporte personal que normalmente se descuenta en otros tipos de contratos.

Los porcentajes que debía que asumir el Empleador eran los siguientes:

- 10% para el Seguro General de Salud
- 0.5% para el Seguro General de Riesgos del Trabajo
- 8,5% para el Seguro General de Invalidez, vejez y muerte.
- 19%

Además el empleador tenía que pagar otras contribuciones adicionales al IESS como:

- 0,7% para la contribución solidaria del Seguro Social campesino.
- 0,8% para gastos de funcionamiento de los Seguros generales Administrados por el IESS
- 1,5%

De esta manera vemos que el patrono asumiendo el valor total del aporte al IESS terminaba pagando un 20.5% de aporte por cada trabajador.⁶⁰

Una de las exenciones que tenía el empleador y que para él constituía una ventaja radicaba en que, como es un régimen especial, el patrono no tenía la obligación de pagar al IESS el fondo de reserva, ni hacer aportes a favor del Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional -SECAP- y al Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas -IECE-.

De estas exenciones, la que más perjudicaba al trabajador, era el no pago de los Fondos de Reserva, ya que este valor constituía un ahorro que tiene el trabajador para los días posteriores a su jubilación, que le servirá para satisfacer cualquier necesidad o iniciar un negocio.

⁶⁰ Reglamento para la Contratación Laboral por Horas del IESS.

Para el cálculo del tiempo de aportaciones se debía considerar lo siguiente:

Si el empleado tenía un contrato laboral con un sólo empleador en el que se establecía una jornada de 8 horas diarias hasta 40 horas semanales, se entendía que tiene una imposición mensual.

Si, por el contrario, el empleado tenía contratos de trabajo por horas con varios empleadores, cuya duración era menor de 8 horas diarias o 40 horas semanales en cada contrato, el IESS sumaba los tiempos de aportaciones de ese mes, hasta sumar 160 horas y tomaba como si fuese una imposición mensual; el saldo de horas lo tomaba en cuenta para el número de imposiciones que acreditan derecho a prestaciones.

Con relación al ingreso imponible mínimo debemos considerar si el empleado tenía contrato con un sólo empleador o con varios empleadores.

En el primer caso, si se trataba de ejecución de labores continuas, el ingreso imponible mínimo era el resultado de multiplicar el valor mínimo de cada hora por 160 horas.

Si la relación laboral terminaba antes del período mensual, el empleador tenía la obligación de aportar por el trabajador al IESS la parte proporcional trabajada, pero no podría ser por un tiempo inferior a 40 horas de trabajo.

En el caso de que el trabajador hubiese mantenido contratos laborales por horas con varios empleadores en labores discontinuas, el ingreso imponible mínimo era el resultado de multiplicar el valor mínimo de cada hora por no menos de 40 horas mensuales por cada empleador, dentro del período mensual.

2.5.-Características Especiales que tuvo el contrato de trabajo por horas.

2.5.1.- Requisitos.

Este tipo de contratación por horas requería necesariamente ser celebrado por escrito ante el Inspector de Trabajo, conforme lo establece el Art. 20 del Código de Trabajo, dentro de los treinta días posteriores a la fecha de suscripción del mismo; por este motivo decimos que el contrato por horas era solemne, puesto que tenía que cumplir con solemnidades para su legalización.

2.5.2.-Modalidades.

El contrato por horas no establecía modalidades ya que su propia naturaleza vemos que era de tiempo indeterminado; de tal manera que, tanto el trabajador como el empleador podían darlo por terminado en cualquier momento sin derecho a indemnización alguna.

2.5.3.- Límites y Obligaciones

Una de las obligaciones consiste en que necesariamente los trabajadores contratados por horas tenían que ser afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Al momento de la terminación de la relación laboral no se requería que se haga un acta de finiquito, pero el empleador estaba en la obligación de comunicar por escrito a la Inspectoría de Trabajo dicha situación, dentro de los quince días siguientes a la terminación de la relación laboral.

Al momento de la terminación de la relación laboral, el empleador tenía la obligación de cancelar su remuneración, y si no lo hacía o el trabajador por algún motivo no la recibía, el empleador tenía que consignar dicha remuneración en la Inspectoría de Trabajo.

Otra obligación del empleador era la de realizar el pago oportuno y completo de la remuneración por hora básica o la pactada entre las partes.

También el empleador tenía obligaciones de tipo administrativo como esta: hasta el 15 de enero de cada año debía presentar a la Inspectoría de Trabajo de su jurisdicción un informe indicando el número de trabajadores contratados bajo esta modalidad en el año inmediato anterior.

Para que el patrono pueda realizar el pago completo y oportuno de las remuneraciones, estaba en la obligación de implementar los controles que sean necesarios para registrar y contabilizar las horas de trabajo.

A continuación consignamos las limitaciones que tenía el empleador:

El empleador en su negocio podía tener trabajadores contratados por horas y por cualquier otra modalidad de contrato, pero en ningún momento un trabajador podía mantener dos modalidades de contratación al mismo tiempo en la misma empresa.

Otra limitación es que el empleador no podía contratar por horas más del 75% de los trabajadores que laboraban en la misma empresa.

Finalmente, el empleador estaba prohibido de cambiar las modalidades de contrato de trabajo a sus trabajadores que mantenía un contrato previo bajo cualquier otra modalidad.

2.5.4.- Forma de pago

Art. 86. “A quién y dónde debe pagarse- Los sueldos o salarios deberán ser pagados directamente al trabajador o la persona por él designada, en el lugar donde preste sus servicios, salvo convenio escrito en contrario”⁶¹. En el contrato por horas se pactaba el valor por cada hora de trabajo y se entendía que en este valor

⁶¹ CODIGO DE TRABAJO Art 86

se encuentran incluidos todos los beneficios establecidos en la ley y todos aquellos que se pagan con periodicidad distinta a la mensual, como es el décimo tercero, décimo cuarto, descanso semanal remunerado y vacaciones.

La unidad de medida en este tipo de contrato era “el valor por hora” el cual no podía ser en ningún momento menor al fijado en la tabla sectorial.

Cuando el empleado por el tipo de labor que desempeña o por la forma de pago “semanal”, a trabajado fracciones de hora, éstas se sumarán hasta completar la unidad de hora trabajada y se liquidará de acuerdo a la remuneración pactada por hora, si así el trabajador todavía tuviere fracciones de horas trabajadas, éstas se pagaran en forma proporcional al valor de la hora completa de trabajo.

2.5.5.- La Garantía de Estabilidad.

La garantía de estabilidad es un derecho que le asiste al trabajador por medio del cual le brinda la certeza de poder contar con su trabajo y su remuneración mensual la cual le va a permitir mantener una vida digna y poder satisfacer sus necesidades personales como las de su familia, esta garantía es importante ya que le da un cierto grado de seguridad al trabajador de contar con su remuneración por un tiempo establecido en el contrato de trabajo, aunque existe la posibilidad de que dicho contrato sea terminado de manera unilateral por causas injustificadas o por causas ajenas a la voluntad del empleador, en todo caso la ley con el objetivo de salvaguardar este derecho que le asiste al trabajador a establecido indemnizaciones en el caso de que el empleador despida ilegalmente a su trabajador.

Nuestro Código de Trabajo establece como regla general la estabilidad de un año como tiempo mínimo de duración de todo contrato de tiempo fijo o indefinido⁶²; en el caso del contrato por hora no existía este derecho, pudiendo el empleador despedir al trabajador en cualquier momento sin tener que pagar una indemnización por tal acción.

⁶² CODIGO DE TRABAJO Art 14

2.6.-Derechos y Obligaciones de la Contratación por Horas.

Este tema se analizará de conformidad a lo que establecía el Código de Trabajo en sus Art. 42, 44, 45 y 46 y de acuerdo a la explicación que da el Dr. Jorge Vázquez López en su libro de Derecho Laboral Ecuatoriano.

Existen varios tipos de derechos y obligaciones que debe cumplir el empleador para con sus trabajadores y viceversa, entre estos podemos anotar los siguientes:

2.6.1.- Derechos y obligaciones del empleador.

2.6.1.1.- Obligaciones del Empleador:

Obligación de tipo económico.- Se refiere a que el empleador tiene la obligación de pagar una justa remuneración por la labor realizada por el trabajador, ya que constituye la base para su subsistencia y la de su familia. Con respecto a la contratación por horas, esta remuneración se ve reflejada en el acuerdo a que se llegue sobre el valor por cada hora de trabajo, el cual no podrá ser inferior al establecido en la ley. Se entenderá que en este valor se encuentran incluidos los importes correspondientes a los beneficios como décimo tercero, décimo cuarto, vacaciones y descanso semanal remunerado.

En la ley o en el reglamento, si bien se habla de que una persona puede ser contratada por horas en jornada continua de 8 horas diarias, 40 semanales, 160 mensuales, no dice nada respecto a si se debe pagar horas extras en caso de que el trabajador excediere este número de horas. En vista de que no se dice nada al respecto en el reglamento para la contratación por horas, debemos acudir a lo que establece la ley general, es decir que se debería pagar horas extras, caso contrario se estaría violentando un derecho del trabajador.

Visto desde una perspectiva social, este tipo de contrato rompe todos los esquemas de otros tipos de contratos como el de plazo fijo, indefinido, ya que si bien la intención del contrato por horas es suplir necesidades del empleador para una

cierta cantidad de horas al día, se utiliza este contrato para ocupar personal a tiempo completo “8 horas” días continuos, afectando de esta manera a los derechos del trabajador especialmente el derecho de estabilidad.

Otra obligación que debemos analizar es la referente a las vacaciones. Como habíamos dicho anteriormente, este rubro está considerado dentro del valor pactado por cada hora de trabajo, pero esto no significa que el trabajador no tiene derecho a tomar los quince días anuales de vacaciones o el proporcional de acuerdo al tiempo trabajado, sino más bien que el trabajador no tiene derecho a cobrar su sueldo por estos días no trabajados.

El empleador tiene la obligación de reconocer las horas de lactancia a la madre que tiene un hijo recién nacido; así mismo, debe reconocer el tiempo de las dos semanas anteriores y las diez semanas posteriores al parto a una mujer que es contratada por horas, porque no solamente estamos respetando un derecho de la mujer sino también del recién nacido.

Otro punto es que el empleador no tiene la obligación de pagar los fondos de reserva en caso de la contratación por horas.

Otra obligación es la de protección, seguridad e higiene en el trabajo.- el empleador en su empresa o negocio debe tener las condiciones adecuadas para la realización del trabajo, velando por la seguridad y sanidad de sus empleados, todo esto con el propósito de evitar problemas de salud o accidentes a sus colaboradores, ya que el incumplimiento de estas seguridades puede ocasionar enfermedades profesionales, las mismas que corren a cargo del empleador. A más de las normas que exige el Código de Trabajo, el empleador está obligado a tener su propio reglamento interno de seguridad e higiene, en el que se establezcan las normas que se van a seguir para el mejor desenvolvimiento del trabajador en la empresa o negocio.

La obligación de respeto.- El empleador tiene la obligación de tratar con respeto, sin inferir maltratos a sus colaboradores y proceder con la debida consideración. Como seres humanos que somos, debemos respetar al prójimo y no actuar como en la época de la esclavitud. También el empleador tiene la obligación

de conferir los certificados de trabajo en forma gratuita en el momento que así lo requieran sus trabajadores y de igual manera, dar atención a sus reclamos, todo esto con el objeto de dar y mantener un trato adecuado y digno a sus empleados.

Obligaciones de ayuda para alimentación y educación.- Existen varias disposiciones que el empleador tiene la obligación de realizarlas para apoyar al trabajador en situaciones que le pueden afectar:

Se deben establecer comedores para los empleados en caso de que la empresa sobrepase el número de 50 trabajadores y si el lugar de trabajo está a más de 2 Km. de la población más cercana. Esto no implica que el empleador tiene que dar los alimentos sino solamente el local.

Es también obligación del empleador establecer un almacén con los productos de primera necesidad, si la empresa cuenta con más de 10 trabajadores; los productos deben ser suministrados a precio de costo a los trabajadores y a sus familias. El empleador lo puede hacer directamente o a través de comisariatos, pero los valores deben ser descontados al trabajador al momento de pagar su remuneración.

También el empleador debe establecer escuelas elementales para los hijos de los trabajadores, si los centros de trabajo están a más de 2 Km. de las poblaciones y son más de 20 niños que requieren instrucción. Sin embargo, surge una interrogante ¿Qué sucedería con el niño si por el problema de la inestabilidad laboral que tiene el trabajador contratado por horas, es despedido cuando su hijo se encuentra a mitad del año escolar? ¿El niño debe retirarse de la escuela y tal vez perder el año? o ¿el patrono debe asumir la educación de ese niño, al menos hasta terminar ese período escolar? Ante esta inquietud existe un vacío legal que debería ser normado en nuestro Reglamento y Código de Trabajo.

Obligación para la Organización Interna del Trabajo.- El empleador tiene la obligación de llevar un registro de los trabajadores en el que consten los datos personales del trabajador; es decir la hoja de vida en la que se debe consignar la fecha de ingreso, remuneración, ascensos, entre otros datos.

Otra de las obligaciones que tiene el empleador, es la de proveer a los trabajadores de los útiles necesarios para la ejecución del trabajo encomendado y en las condiciones necesarias para que sea realizado.

También debe proporcionarse un lugar adecuado y seguro para que el trabajador pueda guardar sus instrumentos, útiles y bienes que le pertenezcan, sin que sea lícito retenerlos a título de indemnización.

Dentro de estas obligaciones también está la de proporcionar al trabajador en forma gratuita, un vestido adecuado para el trabajo, como mínimo.

Obligación a Respetar la libre asociación y al derecho sindical.-Con respecto a este tema debemos partir de que la Constitución Política del Estado garantiza la libre asociación permitiendo el funcionamiento y organización de las asociaciones y sindicatos, por lo tanto es obligación del empleador:

- Conceder permisos a los dirigentes para desempeñar comisiones de su asociación.
- Proporcionar un local dentro de su empresa o fuera de ésta para que sus trabajadores puedan realizar sus reuniones sindicales.
- Descontar de sus remuneraciones las cuotas sindicales.
- Acordar el procedimiento de quejas y la constitución de un Comité Obrero Patronal.
- Entregar a la asociación o sindicato el 50% de multas que se apliquen a los trabajadores.

Si bien esta obligación que tiene el patrono de respetar la asociación de trabajadores se constituye en el derecho que tienen éstos para asociarse, en la práctica no se llega a dar por la inestabilidad de los trabajadores contratados por horas.

Por lo general, los empleadores no quieren tener una asociación de trabajadores en su empresa ya que, en la mayoría de los casos, significa conceder demasiadas regalías.

Obligaciones con el Seguro Social.- El empleador está obligado a inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social –IESS-, desde el primer día de trabajo, comunicando la entrada y salida de sus empleados en forma oportuna, al igual que la modificación de sus remuneraciones, accidentes y enfermedades de trabajador. Deberán también suscribir los permisos de enfermedad necesarios y cumplir las demás disposiciones que la Seguridad Social impone. En el caso de la contratación por horas, es obligación del empleador asumir el valor total de la aportación del trabajador, además tiene la obligación de exhibir las planillas mensuales de aportes cancelados al IESS.

Obligación con el Estado.- El empleador tiene la obligación de conceder a los trabajadores el tiempo necesario para el ejercicio del sufragio en las elecciones populares establecidas por la ley, siempre que no exceda de 4 horas; a dar permiso para atender citaciones y notificaciones judiciales y también cuando los trabajadores son llamados al servicio militar obligatorio. Además, facilitar la inspección y vigilancia de las autoridades de trabajo en la empresa, con el fin de que se cerciore que se está dando cumplimiento con las disposiciones del Código de Trabajo.

Obligación de solidaridad. Existe la obligación de conceder tres días de licencia con remuneración completa en caso de fallecimiento del cónyuge o del conviviente en unión de hecho del trabajador o de sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad. De igual manera, contratar a mujeres y trabajadores discapacitados y permitir que los trabajadores sean atendidos por los facultativos de la dirección médica del IESS.

2.6.1.2.- Derechos del Empleador.

El principal derecho que tiene el empleador es que el trabajador preste sus servicios de la manera adecuada en la labor para la cual fue contratado, ya que está pagando por la realización de este trabajo.

Respeto a los bienes del empleador.-El empleador tiene derecho a que no se tome de la empresa sin su autorización, útiles, materiales o artículos elaborados, o que se utilicen herramientas para otros fines distintos a los destinados.

Sustancias Prohibidas.-El empleador tiene derecho a que sus trabajadores no se presenten a laborar en estado de embriaguez o bajo acción de estupefacientes y peor aun de ingerirlos dentro de la empresa o negocio.

Evitar problemas internos.-El empleador puede exigir que no se realicen colectas o rifas ya que pueden ocasionar problemas internos como distracción de las labores, bajo rendimiento, disgustos o rencillas entre compañeros.

Además, puede exigir a sus trabajadores que no suspendan sus labores o abandonen el trabajo sin causa justa.

Competencia desleal.-El empleador tiene derecho a que su trabajador no le haga competencia desleal en la elaboración o fabricación de los artículos o prestación de servicios que realice la empresa.

El empleador también puede exigir al trabajador que no porte armas dentro de las instalaciones de la empresa o negocio.

2.6.2.- Derechos y Obligaciones de los Trabajadores

2.6.2.1.- Obligaciones de los trabajadores

Obligación de cumplimiento de contrato.- La principal obligación del trabajador es la de ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiado en la forma, tiempo y lugar convenido para lo cual fue contratado. Además debe laborar en casos de peligro o siniestro inminente por un tiempo mayor o en los días de descanso, cuando peligren los intereses de los compañeros o del empleador.

Cuando el trabajador viaje al exterior con una beca pagada por el empleador, está en la obligación de prestar sus servicios a la empresa durante dos años, al menos,

como retribución por el tiempo y remuneraciones que la empresa le brindó durante su capacitación.

Obligación de buen comportamiento.- El trabajador debe tener una buena conducta en su trabajo, tanto para con sus compañeros como para sus jefes o patronos; también tiene que acatar las disposiciones establecidas en el reglamento interno, el mismo que debe estar expedido en forma legal; debe dar aviso oportuno al empleador cuando por causa justa vaya a faltar, con el objeto de que éste tome las medidas pertinentes al caso y no se vea perjudicado.

Responsabilidad Económica.- Los trabajadores tienen la obligación de restituir al empleador los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y maquinarias a ellos entregados para la realización de sus actividades; por lo tanto, no serán responsables por el deterioro que origine el uso normal de esos objetos, ni del ocasionado por caso fortuito o de fuerza mayor; solamente serán responsables cuando se destruyan por negligencia.

Obligaciones de observar las normas de Seguridad Industrial.- El trabajador tiene la obligación de comunicar al empleador o a sus representantes los peligros de daños materiales que amenacen los intereses del dueño como de los que amenazan la vida de los trabajadores, también tiene que sujetarse a las medidas preventivas e higiénicas que impongan las autoridades.

Obligación de Confidencialidad.- El empleado debe guardar escrupulosamente los secretos de la empresa de los que llegue a tener conocimiento en razón de su trabajo, ya que las empresas invierten mucho dinero en invenciones y mejoramiento de procesos que no deben ser revelados, peor aún a empresas que se dedican a una misma rama de producción o prestación de servicios.

2.6.2.2.- Derechos de los Trabajadores.

Derecho a que no se impongan sanciones excesivas.- Nuestro Código de Trabajo establece que no pueden imponerse multas que no estén establecidas en el respectivo reglamento interno legalmente aprobado, prohibiendo de igual manera que

las sanciones sobrepasen el 10% de la remuneración mensual; de tal manera que las multas son de carácter persuasivo y no deben representar un beneficio económico para el empleador.

Tampoco se debe sancionar al empleado suspendiendo sus labores.

Derecho de tipo Económico.- Al trabajador no se le puede exigir que adquiera artículos de consumo en tiendas o lugares que determine el patrono, peor aún productos elaborados por la misma empresa donde labora.

También tiene derecho a que no se le exija pagar gratificaciones económicas para que se le otorgue un trabajo, ni se le podrá cobrar intereses por los anticipos de su remuneración; tampoco se le puede exigir que realice colectas o suscripciones entre los trabajadores.

Derecho a que no se influya en sus decisiones.- El trabajador tiene derecho a afiliarse o separarse de la asociación a la que pertenezca o a votar por la candidatura que él prefiera.

Tiene derecho a elegir su posición política o religiosa, ya que este tipo de actividades pertenecen al fuero interno de cada persona.

Además tiene derecho a su libre desenvolvimiento en las actividades estrictamente sindicales de la organización de trabajadores a la que pertenezca.

Derecho con respecto a disposiciones Estatales.- Los trabajadores tienen derecho a que las autoridades laborales visiten y hagan inspecciones en los centros de trabajo para verificar el correcto desenvolvimiento de la empresa.

2.7.-Ventajas y Desventajas de la Contratación por laboral por Horas.

2.7.1.- Ventajas y Desventajas para el Empleador.-

Se podría decir que este tipo de contratación brindaba más ventajas para el empleador que para el trabajador; así podremos apreciar las siguientes situaciones que son fáciles de observar:

Por medio de esta clase de contratación, el empleador tenía la posibilidad de poder satisfacer ciertas necesidades de empleados sin tener que contratar personal a tiempo completo. Además, por las características de este contrato, podía despedir a sus trabajadores sin necesidad de liquidación por el tiempo prestado, como ocurre con otros tipos de contratos; es decir que en la contratación por horas no existía el despido intempestivo; así también se evita pedir el desahucio y el trámite del visto bueno.

Otra de las ventajas del empleador en la contratación por horas es que no tenía la obligación de pagar los fondos de reserva y, como dentro del valor pactado por hora se encuentra incluido el valor de las vacaciones, el patrono podía contar con trabajadores todo el año sin verse en la necesidad de contratar personal para esta eventualidad.

Como al patrono se le permitía contratar hasta el 75 % del personal de su empresa, tenía la seguridad de no tener problemas de asociaciones de trabajadores, ya que si éste escuchaba rumores de una asociación, podía despedir a todos los trabajadores contratados por horas y quedarse solo con el 25% del personal, que por supuesto tenía que ser menos de treinta trabajadores para evitar el comité de empresa.

En muchas empresas se evitaba tener como colaboradoras a mujeres que puedan quedar embarazadas; este tipo de contrato facilitaba al empleador el despido de la mujer embarazada y así eludir el pago por tiempo completo a una mujer que labora menos, debido al permiso que se le otorga para el alumbramiento y posteriormente para el período de lactancia.

Como única desventaja para el empleador podemos anotar que el empleador asumía todo el valor de la aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

2.7.2.- Ventajas y Desventajas para el Trabajador.

Una de las ventajas que tenía el trabajador con este tipo de contrato es que su ámbito laboral podía ser más amplio; así por ejemplo, una persona podía laborar en una empresa bajo un contrato a tiempo indefinido y luego de terminar las labores en ella, podía trabajar para cualquier otro empleador, dos, tres, cuatro o más horas, mejorando de esta manera los ingresos suyos y los de su familia. En realidad, este fue el objeto fundamental para la creación de este tipo de contrato laboral.

Como lo hemos venido sosteniendo, si bien es cierto que por medio de este tipo de contrato se pudo mejorar los ingresos, también es cierto que se estaba vulnerando muchos de los derechos inherentes al trabajador, por lo que anotaremos como desventajas las siguientes:

La primera desventaja es la inestabilidad laboral, que provoca una verdadera incertidumbre tanto para el trabajador como para su familia, puesto que el momento menos pensado esta persona podía ser despedida de su puesto de trabajo, con justa razón o sin ella, quedando desamparado económicamente, tanto él como toda su familia, con el consiguiente problema de no poder satisfacer las necesidades primordiales como son alimentación, vivienda, vestuario y educación de sus hijos.

Además, el reglamento para la contratación laboral por horas establecía que los trabajadores contratados bajo esta modalidad, no tenían derecho a que se les reconociera el pago de los fondos de reserva a partir del primer año de prestación de servicios como al resto de trabajadores contratados bajo otras modalidades.

Podían ser vulnerados los derechos de la mujer que está en estado de gestación o en el período de lactancia, ya que había la posibilidad de ser despedida de un momento a otro, si es que al empleador no le conviene tenerla como trabajadora. Aparte de vulnerarse los derechos de la mujer, se lo estaba haciendo

también con los derechos del recién nacido. También, con este tipo de contratación se limitaba la posibilidad de asociarse y así poder obtener mayores beneficios para los trabajadores.

Los beneficios adicionales como el décimo tercero y décimo cuarto sueldo tiene como objeto solventar ciertos gastos que se presentan en diferentes épocas del año, como son inicio de clases de los hijos y navidades; lamentablemente los trabajadores que era contratados bajo la modalidad de contratos por hora, no podían contar con este ingreso en estas fechas ya que estos valores se encontraban incluidos dentro del valor por hora.

2.8.- Abusos que se dieron en la contratación por horas.

La contratación por horas era una clase de contratación laboral que flexibilizaba las relaciones laborales de la cual soy partidario y estoy de acuerdo, pero también es cierto que muchos empleadores inescrupulosos utilizaron esta figura laboral para vulnerar derechos de los trabajadores, así pudimos ver que cuando esta clase de contrato estuvo vigente muchos de los empleadores pagaban un valor por hora menor al que establecía la ley, se mal utilizó esta figura ya que este contrato fue creado para solventar necesidades de trabajadores en ciertos días y épocas en donde la producción de una fabrica se incrementaba o por razones de temporada la empresa necesitaba contar con mayor personal y lo que se hizo fue contratar personal por horas para que laboren las ocho horas al día mes completo, cuando el objetivo de este contrato no era ese.

CAPÍTULO III

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS.

3.-Resumen Histórico de la Intermediación Laboral y la Tercerización de Servicios Complementarios en el Ecuador.

El presente capítulo lo inicio haciendo un breve resumen histórico sobre la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios, así, vemos que en la primera reunión de la conferencia de la Organización Internacional de Trabajo OIT en Washington en el año de 1919, ya se tomó en cuenta el tema cuando se aprobó la recomendación sobre el desempleo, luego en el año de 1933 la conferencia adoptó el convenio número 34 en el cual se le da la denominación de *agencias retribuidas de colocación*, las cuales las clasifican pudiendo ser: agencias de colocación con fines lucrativos y agencias de colocación sin fines lucrativos. Posteriormente también se trata el tema en el año de 1948 con el convenio número 88 en el que podemos apreciar que este tipo de contratación adopta el nombre de *servicio de empleo* el cual tiene la característica de ser un servicio público y gratuito prestado por los estados miembros de la OIT para garantizar el empleo, la función fundamental del servicio de empleo es obtener una mejor organización del mercado del empleo como parte del programa nacional propuesto para garantizar el derecho de todos los ciudadanos a la obtención de un trabajo digno, En 1949 se revisan los dos convenios anteriormente citados: convenio número 34 que denomina a este tipo de contratación como *agencias retribuidas de colocación* y el convenio número 88 que lo llama *servicio de empleo* y se dicta el convenio número 96 el cual será citado como el *Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación*.

La conferencia de 1997 revisa el convenio número 96 y aprueba el convenio número 181, en el cual podemos apreciar que designa el nombre de *agencia de empleo privada* a lo que posteriormente llamaríamos en nuestra legislación intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios.

Artículo 1

“1. A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;”

“b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

*c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”.*⁶³

Del texto anteriormente transcrito podemos observar lo siguiente:

Se define a las agencias de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios como *las agencias de empleo privado*, luego hace referencia a la colocación y a la intermediación laboral mas no a la tercerización de servicios complementarios, y deja abierta la posibilidad de cualquier otro servicio relacionado con la búsqueda de empleo previa consulta de las organizaciones de trabajadores como empleadores.

Otro aspecto importante del convenio 181 de la OIT es que se establece a la intermediación laboral (agencias de empleo privado) como una actividad legal y legitima, así lo podemos apreciar en el art.2 inciso 3.

⁶³ CONVENIO 181 DE LA OIT SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS,1977

“3. El presente Convenio tiene como una de sus finalidades permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones”.⁶⁴

En el año de 1998 el presidente interino del Ecuador Dr. Fabián Alarcón Rivera decreta el REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LAS OFICINAS PRIVADAS DE COLOCACIONES, por medio del cual define y establece el ámbito de competencia, implanta los requisitos para el otorgamiento de la Autorización del funcionamiento y las sanciones para el caso de que éstas incurran.

Posteriormente en el año 2004 el presidente constitucional Cnel. Lucio Gutiérrez Borbúa emite el Decreto Ejecutivo No 2166 donde se establecen las NORMAS QUE DEBEN OBSERVARSE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL CONOCIDA COMO TERCERIZACIÓN.

Este decreto adolece de muchas inconsistencias que llevaron a que se presenten demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por parte de organizaciones laborales como de empresarios, entre estos vicios brevemente podemos anotar que este decreto se dictó sin tener previamente una ley que lo habilite arrogándose así funciones el ejecutivo que no le correspondían si no al legislativo, otra inconsistencia se puede notar en cuanto al aspecto conceptual y es, que a las empresas de intermediación laboral las llaman tercerizadoras cuando este término ni siquiera existe en la Real Academia de la Lengua Española ni en la ley Ecuatoriana, luego en el mismo texto, en el art 7 del reglamento le asigna el nombre de *la sociedad de servicios temporales de tercerización, en forma conjunta con la empresa usuaria, determinara...*

A pesar de todas inconsistencias este reglamento trae con sigo aspectos positivos tales como lo señala el Dr. Andrés Páez:

- ***El objeto exclusivo de la empresa que presta los servicios de intermediación a pesar de las contradicciones conceptuales sobre el tema.***

⁶⁴ CONVENIO 181 DE LA OIT SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS,1977

- *La no vinculación entre la intermediaria y la usuaria.*
- *El vínculo entre la intermediaria y la usuaria no es laboral si no mercantil.*
- *Protección de los derecho colectivos de los trabajadores.*
- *La prohibición de efectuar cobros a los trabajadores.*
- *La responsabilidad solidaria y el derecho de repetición.*
- *La prohibición de que se fijen remuneraciones por debajo del mínimo legal.*
- *Se reconocen utilidades a los trabajadores.*
- *La obligación de registro de las empresas “tercerizadoras” y la revocatoria del mismo.*
- *Contrato de trabajo escritos y garantía de fiel cumplimiento de la obligaciones laborales.*
- *La prohibición de que el socio, gerente o representante legal de una tercerizadora sea socio, gerente o representante legal de una empresa usuaria.⁶⁵*

En el año 2006 se dicta la LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE TRABAJO MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS. Basándose en la necesidad de regular esta forma de contratación diferente a las tradicionales que en los últimos tiempos han tenido un gran auge, pero al mismo tiempo haciendo respetar los derechos tanto de los trabajadores como de los empleadores.

Finalmente estas clases de contratación son eliminadas y prohibidas conjuntamente con la Contratación por horas con el Mandato Constitucional No 8 en el mes de Marzo del 2008

3.1.- MARCO NORMATIVO

En cuanto a la intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios en la Legislación Ecuatoriana podemos comenzar analizando la Constitución Política del Estado de 1998 en su Art. 35 donde se establecían las garantías Constitucionales del Derecho Laboral como son:

⁶⁵ PAEZ, Andrés. Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal. P. 77

En el numeral 3 se refería a la intangibilidad de los derechos del trabajador, lo cual significa que no se puede o no se debe tocar.

En los numerales 4 y 5 del mismo artículo de la Constitución se refería a la Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, esto significa que el trabajador no puede renunciar a sus derechos laborales y si lo hace, esta estipulación será nula, en materia laboral se permite la transacción siempre y cuando no implique la renuncia de derechos y tiene que ser celebrada ante la autoridad competente.

En el numeral 6 se refería al principio Indubio Pro Operario que establece que ante cualquier discrepancia en cuanto a disposiciones legales, reglamentarias o de carácter contractual que se llegase a dar entre el trabajador y el patrono, se aplicara las leyes más favorables al trabajador.

En el numeral 9 se garantiza el derecho a la organización sindical tanto de los trabajadores como de los empleadores sin que sea necesario tener una autorización previa y conforme a la ley.

En el numeral 11 se refiere a la responsabilidad solidaria y dice: *Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario.*⁶⁶

De esto podemos colegir que si la empresa intermediadora no cumplía con las obligaciones laborales con sus trabajadores la empresa usuaria sería la responsable solidaria ante los trabajadores que para ésta trabajen.

El Dr. Andrés Páez en su obra *Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios Profesionales y Colocación de Personal* sobre el numeral 11 de art 35 de la Constitución Política del Estado sostiene que esta norma más que definir a la

⁶⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO 1998.

tercerización lo que hacía era establecer el principio de responsabilidad solidaria determinándola como un efecto de la intermediación laboral.⁶⁷

En el Código de Trabajo del 2005 encontramos artículos referentes a la tercerización que es el *Art 274 Empleadores en el trabajo a domicilio.- Son empleadores, para los efectos de las relaciones contractuales en el trabajo a domicilio, los fabricantes, comerciantes, intermediarios, contratistas...*⁶⁸. Este artículo con referencia a la tercerización ya existe desde el Código de Trabajo de 1938 por lo que podemos observar que este tema no era actual si no que simplemente no había sido aplicado en el transcurso del tiempo en nuestra legislación Ecuatoriana.

El Art. 100 también citaba a la tercerización cuando se refiere a la participación de las utilidades: *Utilidades para trabajadores de contratistas o intermediarios.- Los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas o intermediarios,...*⁶⁹

3.2.- La Intermediación.

3.2.1-Definiciones.

La LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE TRABAJO MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS. define a la intermediación como:

Intermediación Laboral.- Se denomina Intermediación laboral a aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución.

⁶⁷ PAEZ, Andrés. Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal. P. 73

⁶⁸ CÓDIGO DE TRABAJO 2005. ART 274

⁶⁹ CÓDIGO DE TRABAJO 2005. ART 100

De este concepto se puede apreciar que existe un contrato “ acuerdo de voluntades “ pero especial ya que existe tres partes, se da una relación de trabajo entre el trabajador y la intermediaria la cual a su vez pondrá a disposición de una tercera persona que puede ser natural o jurídica para que brinde sus servicios.

Las relaciones que nacen de este tipo de contratación son de diferente índole ya que entre el trabajador y la intermediaria son de carácter laboral y entre la intermediaria y la usuaria son de carácter mercantil, de esta relación tripartita debemos observar que, a pesar de que existe una relación laboral entre el trabajador y la intermediaria, quien determinará y supervisará el cumplimiento de las tareas fijadas al empleado será la persona o empresa usuaria.

Con respecto a este tema de la intermediación laboral el Dr. Julio César Trujillo en su obra Derecho de Trabajo no habla de la Intermediación como tal si no se refiere al intermediario y dice:

“Se conoce como intermediario a la persona que en su propio nombre contrata los servicios de un trabajador pero por cuenta de otra persona o para ponerlos a disposición de esta otra”⁷⁰

En el Código de Trabajo del 2005 no se define la Intermediación Laboral en el art. 100, pero hace alusión al intermediario, estableciendo el derecho a la participación de las utilidades en el sentido de que todos los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de *contratistas o intermediarios* tienen derecho a percibir estas utilidades de la persona natural o jurídica para quien se ejecuta la obra o se presta el servicio. En el caso de que las utilidades de la intermediaria sean superiores a las del beneficiario de la ejecución de la obra o prestación del servicio, el trabajador sólo percibirá éstas, pero si fuesen inferiores se tendrá que unificar y el trabajador gozará de ambas utilidades.

Luego en el Art. 274 también hace alusión y dice: *Empleadores en el trabajo a domicilio.- Son empleadores, para los efectos de las relaciones contractuales en el trabajo a domicilio, los fabricantes, comerciantes, intermediarios, contratistas...*⁷¹

⁷⁰ TRUJILLO, Julio Cesar, Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Tomo I , p 158

De lo revisado anteriormente se puede observar que la definición de la intermediación laboral la podemos distinguir en la Ley Reformativa al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, ya que en el Código de Trabajo no se habla de la intermediación laboral como una figura contractual si no mas bien de los intermediarios como individuos parte de un convenio.

3.2.2.- El empleador en la Intermediación Laboral.

Para iniciar analizaré algunos conceptos de empleador:

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se define al empleador de la siguiente manera:

“La palabra empleador, española sin duda, se ha tomado en lo laboral del francés “employeur” y ha obtenido difusión en Sudamérica. La academia, que se resistió mucho a incorporarla, señala esa preferencia americanista y la equipara sin más a patrono (v) como persona que emplea a obreros manuales. Surge aquí una contradicción curiosa; porque, si empleador debe corresponderse con empleado (v), éste es el trabajador que no realiza trabajos manuales.

Si se requiere utilizar entre la sinonimia puede decirse, con la mayor corrección, patrono o empresario; con más familiaridad, patrón: y, aun siendo bastante afectado, puede transigirse con el pseudotecnismo de dador de trabajo (v)”⁷²

La Dra. Nelly Chávez en su obra Derecho Laboral Aplicado define al empleador como: *“es el dador de trabajo, la persona, natural o jurídica, que va a utilizar la fuerza de trabajo de la otra parte en sus procesos de producción de bienes y servicios.*

⁷¹ CÓDIGO DE TRABAJO 2005. ART 274

⁷² CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

Puede ser una persona natural o jurídica. Tratándose de esta última, puede ser de derecho privado o de derecho público”⁷³

En el Art. 10 del Código de Trabajo se define al empleador como: *“La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador”⁷⁴*

Con este concepto lo que el legislador quiere hacer es evitar que se evadan responsabilidades del empleador al igual que se impongan responsabilidades de empleador a personas que legalmente no les corresponde, también le da la calidad de empleador tanto a la persona que contrata al empleado, como a la persona para quien se realiza la obra o se presta el servicio, dándoles iguales responsabilidades para así evitar que se forjen arbitrariedades en contra de los derechos de los trabajadores.

En la intermediación laboral, la empresa intermediaria es aquella que asume el papel de empleadora ya que es ésta quien contrata al trabajador directamente y lo pone a disposición de la usuaria a cambio de un beneficio económico para que éste preste sus servicios, pudiendo la usuaria exclusivamente determinar y supervisar la ejecución de la obra o la prestación del servicio, el resto de las obligaciones laborales quedan a cargo de la empresa intermediaria, como son: las obligaciones con el seguro social, el pago de las remuneraciones, elaboración de contratos, entre otras.

El hecho de que la empresa intermediadora contrate directamente al trabajador para que preste sus servicios en la empresa usuaria, no significa que ésta no tenga responsabilidad solidaria ante el trabajador como ya lo habíamos dicho cuando analizábamos el concepto de empleador en Art. 10 del Código de Trabajo.

3.2.3 El Trabajador en la Intermediación Laboral.

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se define al trabajador así: *“fundamentalmente y substancialmente, quien trabaja; todo aquel que realiza una labor socialmente útil.*

⁷³ CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly, Derecho Laboral Aplicado. P 49 Agosto 2002

⁷⁴ CÓDIGO DE TRABAJO Art 10

Todo el que cumple un esfuerzo físico o intelectual, con objeto de satisfacer una necesidad económicamente útil, aun cuando no logre el resultado.

Esquema laboral.- Partiendo de la definición tautológica de la academia: “trabajador es el que trabaja” cabe designar como tal a todo el que realiza una labor socialmente útil y de contenido económico.

Trabajadores son solo las personas físicas, ya que las personas abstractas no pueden ejecutar por si una prestación de servicios, si no que necesitan valerse de aquellas”⁷⁵

La Dra. Nelly Chávez de Barrera en su obra Derecho Laboral Aplicado define al trabajador como: *“la persona natural que se compromete a la realización del trabajo o a la prestación del servicio materia del contrato. Se habla de persona natural puesto que únicamente en ella está la posibilidad material, física de realizar un trabajo, ejecutar una obra o de prestar un servicio”⁷⁶*

En nuestro Código de Trabajo hay dos artículos que definen al trabajador los cuales deberían ser uno solo, así podemos ver que en el art. 8 cuando define al contrato individual de trabajo esta estableciendo el concepto de trabajador cuando se refiere a que: *“contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales...”⁷⁷*

En el Art- 9 se define al trabajador así: *“La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”⁷⁸*

Del concepto anteriormente transcrito apreciamos una diferenciación entre empleado y obrero, por obrero podemos entender al trabajador que realiza actividades donde prima el esfuerzo físico sobre el intelectual y este tiene derecho a

⁷⁵ CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

⁷⁶ CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly, Derecho Laboral Aplicado. P 49 Agosto 2002

⁷⁷ CÓDIGO DE TRABAJO Art 8

⁷⁸ CODIGO DE TRABAJO Art 9

un salario, mientras que empleado es aquel trabajador que realiza una labor donde prima la actividad intelectual sobre la física y tiene derecho a un sueldo.

En conclusión, puede ser trabajador cualquier persona natural que en virtud de un contrato de trabajo, preste sus servicios lícitos y personales para otra u otras personas, bajo una relación de dependencia y una remuneración convenida por la ley, el contrato colectivo o la costumbre.

El trabajador en la intermediación laboral tiene una relación contractual con la empresa intermediaria pero, presta sus servicios para la empresa usuaria que es la que determina sus tareas y supervisa su ejecución en las instalaciones de la misma.

A continuación analizaremos los derechos y obligaciones tanto del trabajador como de la empresa usuaria e intermediadora.

3.2.4.- Resumen histórico de los Derechos y Obligaciones en la Intermediación Laboral..

Sobre este punto es importante analizar los derechos que les asistía a cada una de las partes que intervenían en la intermediación así como las obligaciones que tenían cada una de éstas para con las otras; por eso examinaremos independientemente a cada una de ellas.

3.2.4.1.-Derechos y obligaciones de la Intermediadora.

La empresa intermediadora tenía derecho a cobrar a la empresa usuaria una comisión por el servicio prestado, que es el de contratar al trabajador para ponerlo a disposición de ésta.

Tenía derecho a establecer las reglas disciplinarias.

Entre las obligaciones de la intermediadora tenemos:

Asumía las obligaciones de empleador y cedía a la usuaria sólo las facultades de determinación y ejecución de las tareas que tenía que realizar el trabajador.

Tenía la obligación de elaborar los contratos de trabajo donde se debía fijar el tiempo de duración del mismo, forma de pago, horarios, y las condiciones laborales exigidas por la usuaria como son destrezas o habilidades, además la intermediaria tenía la obligación de cumplir con el pago de las remuneraciones, afiliación al seguro social, observar que las condiciones de trabajo sean las adecuadas para el desempeño de las funciones del trabajador, dotar conjuntamente con la usuaria las medidas e instrumentos de protección en caso de labores peligrosas e informar de los riesgos que puedan derivarse del desempeño laboral.

Tenía la obligación de entregar al trabajador contratado el valor total de la remuneración pactada con la usuaria sin que pueda cobrar comisión alguna por conseguirle el puesto de trabajo.

La empresa intermediadora tenía la obligación ante la usuaria de presentar mensualmente una copia de los roles de pago firmado por los trabajadores y una copia del pago realizado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social debidamente sellado.

Otra obligación que tenía la intermediadora nace de un derecho que le asiste al trabajador, que ante cualquier reclamación o demanda en contra de la intermediadora esta tenía la obligación de litigar en el domicilio del trabajador mas no en su domicilio.

La intermediadora tenía la obligación o prohibición de no ofrecer crédito a la empresa usuaria por los valores correspondientes a los roles de pagos del personal.

Tenía la obligación de firmar un contrato laboral con el trabajador y un contrato mercantil con la usuaria.

Tenía la obligación de contar con la respectiva autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de Trabajo y Empleo la cual debía mantenerse vigente.

La empresa intermediadora estaba obligada a presentar anualmente o cuando lo requiera el Ministerio de Trabajo, los informes estadísticos que éste requiera con

relación a la oferta y demanda de la mano de obra, frecuencia de colocación ocupación entre otras.

3.2.4.2.-Derechos y obligaciones de la Usuaría.

La empresa usuaria tenía el derecho de ser dotada del personal necesario para el desarrollo de sus actividades productivas teniendo la facultad de definir las labores que el trabajador debía realizar.

La usuaria tenía derecho a definir el lugar donde debe realizarse el trabajo como controlar su ejecución para verificar que se cumpla de manera apropiada, en el caso de que el trabajador no realizaba el trabajo de la manera adecuada la empresa usuaria podía pedir a la intermediadora que inmediatamente remplace al trabajador por otro.

Tenía el derecho a pedir que la empresa intermediadora demuestre que se está cumpliendo con el pago de las obligaciones con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ya que de no hacerlo, la usuaria se volvía solidariamente responsable.

Tenía derecho a pedir a la intermediadora que sancione al trabajador por faltas cometidas en el desempeño de sus funciones.

Entre las obligaciones que tenía la usuaria podemos anotar las siguientes:

Tenía la obligación de cancelar el rol de pagos correspondiente a toda la nómina de trabajadores más la respectiva comisión acordada entre la intermediaria y la usuaria.

Tenía la obligación de mantener un contrato mercantil con la intermediadora.

Tenía la obligación de recibir las reclamaciones presentadas por los trabajadores relacionadas con las condiciones de ejecución de su actividad laboral.

Tenía la obligación de brindar a los trabajadores tercerizados las mismas condiciones que tenían los trabajadores contratados directamente como es el uso de

las instalaciones y servicios ya que unos y otros son trabajadores por igual y no debe existir discriminación por el simple hecho de ser contratados de diferente manera.

La usuaria tenía la obligación de no excederse del límite en la contratación de trabajadores intermediados que era el 50 % del total de los trabajadores que la empresa requería para su operación y funcionamiento.

Era obligación de la usuaria conjuntamente con la intermediaria hacer conocer al trabajador de los posibles riesgos al que está expuesto en el desempeño de sus funciones como de proveer de los instrumentos de protección.

La empresa usuaria tenía la obligación de contratar única y exclusivamente con empresas que cuenten con la autorización de funcionamiento y que ésta se encuentre en vigencia.

Tenía la obligación de entregar a la empresa intermediadora tanto el reglamento interno de trabajo como los de higiene y seguridad, aprobados por la Dirección Regional de Trabajo.

3.2.4.3.-Derechos y Obligaciones del Trabajador.

En primer lugar el trabajador tenía con esta clase de contratación todos los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado y en la ley.

Tenía derecho a percibir una remuneración por parte de la empresa intermediadora a pesar de que prestaba sus servicios a la empresa usuaria, esta remuneración en ningún caso podía ser inferior al salario mínimo unificado.

Al trabajador por ningún concepto la empresa intermediadora podía cobrarle comisiones por obtenerle el puesto de trabajo.

El trabajador intermediado tenía derecho a utilizar las instalaciones y servicios de la usuaria en las mismas condiciones que el resto de trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, con el objeto de que no exista discriminación por el simple hecho de haber sido contratados bajo una figura laboral diferente.

El trabajador intermediado tenía derecho a presentar sus reclamos ante la usuaria con respecto a las condiciones en las que realiza sus labores, teniendo también que hacerlo a la intermediadora.

El trabajador tenía derecho a que se le suministre todas las medidas e instrumentos necesarios para precautelar su seguridad, más aun cuando se trate de actividades consideradas peligrosas.

El trabajador intermediado tenía un derecho especial que es la posibilidad de presentar una demanda o reclamación en la jurisdicción de su domicilio a la fecha de terminación de su contrato o en el momento que el creyera que se viola un derecho que le asiste, esto con el fin de que el trabajador no se vea en la situación de acudir a otras jurisdicciones distantes de la suya por los costos que esta acarrearía. Este derecho se le asigna al trabajador por el motivo de que las intermediadoras tenían un alcance nacional y podrían valerse de esto para evadir responsabilidades. Algo que es importante resaltar es que en la intermediación laboral no cabía la renuncia de domicilio del trabajador aun cuando lo hubiese estipulado en el contrato de trabajo con la intermediadora.

Otro derecho especial que tenía el trabajador intermediado basado en el derecho que tienen los trabajadores de la construcción es que éstos perciben los fondos de reserva desde el primer día de trabajo, esto tiene su fundamento en que los trabajadores intermediados tienen un alto grado de movilidad laboral.

El trabajador tenía el derecho de mantener un contrato laboral firmado con la empresa intermediadora.

El trabajador intermediado tenía derecho a la participación de las utilidades de la empresa usuaria para quien realizó una obra o prestó su servicio como parte del proceso de la actividad productiva; en el caso de que las utilidades de la empresa intermediaria hubiesen sido superiores a las de la usuaria, el trabajador tenía derecho a percibir sólo éstas, pero si fuesen inferiores se unificaban tanto las de la empresa intermediadora como las de la usuaria y se las repartía entre todos los trabajadores que la generaron.

En las *Disposiciones Generales* de la ley de Intermediación Laboral en su décima primera establece que: ***“en las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, ningún trabajador podrá percibir por concepto de utilidades anuales una suma superior al uno punto cinco veces del PIB por habitante del año inmediato anterior...”***

El trabajador basándose en el principio de la responsabilidad solidaria podía reclamar sus derechos a los representantes legales y administradores de la empresa intermediadora y/o usuaria.

El trabajador tenía la obligación de prestar sus servicios a la empresa usuaria a pesar de que se establecía una relación de orden contractual laboral con la intermediadora.

El trabajador tenía la obligación de prestar sus servicios para la usuaria en el lugar que esta determine satisfaciendo las necesidades de la empresa de acuerdo a las destrezas y cualidades que éste posea.

3.3.- Aspectos Generales entre la Empresa Usuaria y la Empresa de Intermediación Laboral.

3.3.1.-Aspectos Contractuales.

En la Ley Reformatoria al Código de Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de la Intermediación Laboral y la Tercerización de Servicios Complementarios en su artículo 5 establecía que la Intermediación Laboral requerirá de la suscripción de dos tipos de contratos, que son: un contrato mercantil celebrado entre la empresa intermediadora y la usuaria y un contrato de trabajo celebrado entre la intermediadora y el trabajador, a continuación revisaremos estos dos tipos de contratos.

3.3.2.-El Contrato Mercantil en la Intermediación.

Según Cabanelas es aquel contrato que *“se rige según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo”*.⁷⁹

La Ley Reformatoria al Código de Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios en el Art. 5 se refería a los contratos requeridos para la intermediación:

a) *“Un contrato mercantil de intermediación laboral celebrado por escrito entre la empresa de intermediación laboral y la usuaria, que puede ser esta última una persona natural o jurídica, cuyo objeto sea poner a disposición a trabajadores para prestar sus servicios en la usuaria, a cuyo poder de dirección quedaran sometidos aquello...”*

De lo anteriormente transcrito podemos observar que para que se de la figura de la intermediación laboral era necesario la celebración de un contrato mercantil, el cual debía ser por escrito entre la intermediadora y la usuaria, lo cual no significa que existía una relación laboral entre éstas, si no mas bien era un contrato por medio del cual se iban a estipular condiciones como: objeto del contrato, requerimiento y características del personal, formas de pago , plazo de duración, comisiones, obligaciones de ambas partes garantías, sanciones, formas de solución en el casos de eventuales conflictos entre otras.

En la intermediación Laboral el plazo del contrato mercantil era muy importante ya que éste es el que fijaba la estabilidad laboral, la terminación del contrato mercantil producía también la terminación de las relaciones laborales.

⁷⁹ CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

La duración de este contrato era el que las partes lo fijasen de acuerdo a sus necesidades y conveniencias.

Si la intermediadora tenía trabajadores contratados a plazo fijo o indefinido por un plazo mayor al convenio mercantil, estos trabajadores mantenía una relación laboral con ésta y podían prestar sus servicios en otra empresa usuaria.

3.3.3.-El Contrato de Trabajo en la Intermediación.

En la intermediación laboral era necesario que se firme un contrato laboral entre la empresa intermediaria y el trabajador, en este caso la intermediaria tenía la calidad de empleador, pero cedía a la usuaria únicamente la facultad de determinar sus tareas y supervisar su ejecución. El trabajador en la intermediación mantenía la relación contractual laboral con la intermediadora pero prestaba sus servicios para la empresa usuaria.

El contrato de trabajo debía ser celebrado obligatoriamente por escrito y debía cumplir con todos los requisitos establecidos en el Código de Trabajo, pudiendo además estipularse cualquier otra cláusula en función de la naturaleza de los servicios a prestarse, clases de trabajo, maneras de ejecutarse y lugar donde debía realizarlo.

Este contrato de trabajo, a mas de que se debía celebrar por escrito, tenía que ser registrado dentro de los treinta días posteriores a su celebración, ante el inspector de trabajo o autoridad competente de la jurisdicción donde fue suscrito el contrato.

En la intermediación laboral se podía celebrar cualquier tipo de contrato, desde los contratos de naturaleza precaria hasta los contratos que tenían estabilidad como son los de plazo fijo y los de tiempo indefinido.

La duración del contrato de trabajo estaba ligado directamente con el plazo del contrato mercantil entre la empresa usuaria y la intermediadora, a menos que las partes acuerden un plazo diferente.

La remuneración que percibía el trabajador intermediado, en ningún caso podía ser inferior al salario mínimo unificado o los mínimos sectoriales, de acuerdo a la actividad o categoría ocupacional

El trabajador intermediado tenía la posibilidad de ser contratado directamente por la empresa usuaria, por así convenir a sus intereses.

En el caso de que el trabajador hubiese mantenido un contrato de trabajo a plazo fijo o de tiempo indefinido con la intermediaria y dejaba de prestar los servicios para la usuaria, éste conservaba la calidad de trabajador para con la intermediaria, la cual debía satisfacer todas las remuneraciones, derechos laborales y de seguridad social; pero también tenía la posibilidad de ponerlo a disposición de cualquier otra empresa usuaria.

3.3.4.-Permiso de Funcionamiento.

A continuación transcribiré el Art. 2 de la Ley Reformatoria al Código de Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación Laboral y la de Tercerización de servicios complementarios en el cual se refiere al permiso de funcionamiento.

“Art. 2 Autorización.- El Ministerio de Trabajo y Empleo a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos y sus dependencias regionales competentes, es la entidad encargada de autorizar el funcionamiento de las empresas que se constituyan con el objeto único y exclusivo de dedicarse a la intermediación laboral o a la tercerización de servicios complementarios, encargándose de su control y vigilancia permanente a las Direcciones Regionales de Trabajo, las que organizarán y tendrán bajo su responsabilidad los registros de compañías de intermediación laboral y de compañías de tercerización de servicios complementarios, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Compañías”

Del art. 2 anteriormente transcrito vemos que quien estaba encargado de otorgar el permiso de funcionamiento era el Ministerio de Trabajo a través de la

Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos la cual debía verificar previamente que se cumplan los requisitos establecidos en la ley entre los cuales tenemos:

- Copia de las escrituras de constitución de la compañía debidamente inscrita en el Registro Mercantil
- Haber obtenido el RUC Registro Único de Contribuyentes.
- Nombramiento que acredite la representación legal de la compañía.
- Haber obtenido un número Patronal en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS y no encontrarse en mora patronal.
- Disponer de infraestructura física la cual será verificada directamente por el Ministerio de Trabajo y Empleo, una estructura organizacional, administrativa y financiera capaz de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, en cuanto a la estructura financiera la compañía deberá tener como mínimo un capital social de 10.000 dólares pagado en dinero y no en especies.

Las compañías de intermediación laboral además tenían la obligación de incrementar su capital anualmente en un 20% hasta obtener un capital social de 30.000 dólares los cuales garantizaban el cumplimiento de sus obligaciones ante los trabajadores en la casualidad de reclamaciones o demandas, este capital no podía disminuir ya que en tal caso se revocaría la autorización de funcionamiento.

La autorización de funcionamiento otorgada a las empresas de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios conferida por la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos tenía un alcance nacional, es decir estas empresas podían laborar prestando sus servicios en todo el territorio ecuatoriano, esta autorización tenía la validez de un año la primera vez, la cual podía ser renovada por un periodo de cinco años y posteriormente podía ser renovada indefinidamente, en el caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa intermediadora la autoridad competente podía revocar dicha autorización en cualquier momento.

La Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos tenía la obligación por medio de su página web informar mensualmente a la ciudadanía de las empresas

que contaban con la autorización de funcionamiento vigente, en el caso de que una persona o empresa contratara personal bajo esta modalidad con una empresa que no contaba con dicha autorización era sancionado con una multa y los trabajadores pasaban bajo relación de dependencia directa de la usuaria, si esto sucedía en el caso de una empresa pública quien asumía los trabajadores como suyos era el empleado público que celebró el contrato.

Las personas naturales no podían prestar los servicios de intermediación laboral ni de tercerización de servicios complementarios en cualquier ámbito laboral, si no exclusivamente en el de la construcción y la agrícola.

Si bien la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos era la encargada de otorgar los permisos de funcionamiento, las Direcciones regionales eran las encargadas del control y vigilancia de la actividad de estas empresas a través de los inspectores de trabajo.

3.3.5.-Sanciones.

En Art.12 de la Ley Reformatoria al Código de Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios se establecían las infracciones y sanciones que se aplicaban a las empresas de intermediación y tercerización, las cuales podían ser de tres clases: leves, graves y muy graves.

Cabe señalar que la ley trataba por separado las infracciones y sanciones de la intermediación y tercerización de las de la usuaria, las cuales analizaremos en páginas siguientes.

3.3.5.1.-Infracciones Leves.

La ley establecía solamente una infracción de esta categoría y era cuando las intermediarias o tercerizadoras no entregaban la documentación o información requerida por el Ministerio de Trabajo y Empleo para realizar investigaciones por

denuncias presentadas en contra de ellas en cuanto al funcionamiento y cumplimiento de obligaciones que éstas tenían.

La sanción para este tipo de infracción era de una remuneración básica mínima unificada, y en el caso de reincidir dentro del plazo de un año se las sancionaba como una infracción grave.

3.3.5.2.-Infracciones Graves.

“El incumplimiento del contrato de trabajo suscrito con el trabajador”

Esta infracción se refiere a que la intermediadora o tercerizadora tenía que cumplir con el contrato laboral suscrito con el trabajador en cuanto a la forma como en el fondo: en cuanto al fondo, el contrato no debía atentar contra los derechos del trabajador consagrados en la Constitución Política del Estado como en las leyes, y en cuanto a la forma debía tenerse en cuenta formalidades a cumplirse como son: ser realizado por escrito, registrado ante el inspector de trabajo y entregar al trabajador una copia del contrato registrado

a) “El incumplimiento del contrato mercantil de intermediación laboral suscrito por la intermediaria laboral con la usuaria”

Tanto la intermediadora como la tercerizadora debía celebrar el contrato mercantil con la usuaria por escrito ya que este contrato constituía ley para las partes y era el instrumento por medio del cual se ponía a disposición los trabajadores para que presten sus servicios en la usuaria.

b) “No incluir en la publicidad o promoción de sus actividades y ofertas de empleo o de servicios , en cualquier medio impreso, audiovisual o de radiodifusión y, en general , en cualquier forma o medio de difusión, su denominación y su identificación como empresa de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, así como el número de autorización y registro otorgado por el Ministerio de Trabajo y Empleo”

Esto tenía como objetivo que tanto trabajadores como usuarias estén conscientes de contratar con empresas que tenían como objeto social dedicarse a este tipo de actividad.

- c) *“No formalizar por escrito los contratos de trabajo, el contrato mercantil de intermediación laboral o el contrato de tercerización de servicios complementarios”*

Como lo habíamos dicho anteriormente, el celebrar los contratos tanto de trabajo como el contrato mercantil era una de las formalidades que se debían cumplir para la validez de los contratos.

- d) *“Cobrar al trabajador cualquier cantidad, honorario o estipendio a título de gasto o en concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación, cualquiera que sea su denominación”*

Las empresas de intermediación o tercerización estaban prohibidas de cobrar valor alguno al trabajador por cualquier concepto ya que éstas obtenían sus ganancias del porcentaje de comisión que cobraban a la usuaria por administrar su nómina de trabajadores.

- e) *“Incumplir lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del undécimo artículo innumerado de este Capítulo”*

Los incisos tercero y cuarto del undécimo artículo innumerado se referían a que las empresas de intermediación como de tercerización debían entregar al trabajador el valor total de la remuneración que reciba de la usuaria, para lo cual se acreditaría mediante la entrega de los roles de pago firmados por los trabajadores y las planillas de IESS debidamente selladas.

Además las empresas de intermediación o tercerización laboral tenían la obligación de hacer cumplir los derechos de los trabajadores contemplados en la Constitución Política, leyes, convenios internacionales y demás normas

aplicables como las que se decreten en lo posterior a la celebración del contrato laboral.

Debían también presentar al Ministerio de Trabajo y Empleo anualmente o cuando éste lo solicite información relacionada con la oferta y demanda de mano de obra, frecuencia de colocación, escalas de remuneración entre otras.

- f) ***“No entregar al trabajador copia del contrato celebrado con éste y copia del instrumento que acredite el valor cobrado por la intermediaria a la usuaria en concepto de remuneración...”***

Como lo habíamos mencionado anteriormente era obligación de la empresa intermediaria entregar al trabajador una copia del contrato escrito debidamente registrado ante el inspector de trabajo y el documento, ratificando el valor que se cobró a la usuaria que por lo general se lo hacía conjuntamente con la emisión del cheque.

- g) ***“No registrar los contratos de trabajo ante el inspector del trabajo de la jurisdicción o ante el juez competente”***

Por lo general el registro del contrato se lo debía hacer ante el inspector de trabajo de la jurisdicción donde se realizaba el trabajo, pero de no haberlo se lo debía realizar ante el juez de lo civil del cantón para cumplir con la formalidad.

Este tipo de infracciones graves según la ley, eran sancionadas con una multa de seis remuneraciones básicas mínimas unificadas por cada infracción, si la empresa intermediaria o tercerizadora llegaba a reincidir en un plazo de un año, era sancionada con la revocatoria de la autorización.

3.3.5.3.- Infracciones muy graves:

- a) *“Prestar servicios de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios sin contar con la autorización otorgado por el Ministro de Trabajo y Empleo o cuando aquella se encontrare vencida, sin perjuicio de aquellas acciones que corresponden adoptar a la Superintendencia de Compañías por incumplimiento del objeto social”*

Era también infracción muy grave, el hecho de no renovar la referida autorización cuando ésta vencía durante la ejecución del contrato. El Ministerio de Trabajo y Empleo, una vez recibida la solicitud de renovación debía pronunciarse en el término máximo de quince días. De no pronunciarse no era aplicable esta disposición como infracción muy grave pero tampoco se debía entender como renovada la autorización.

Era obligación de las empresas de intermediación y tercerización contar y mantener vigente la autorización ya que este era un elemento habilitante para que éstas puedan prestar los servicios para la cual fueron creadas, la renovación proporcionaba el Ministerio de Trabajo y Empleo en el término de 15 días posteriores a la presentación de la solicitud, pero en el caso de no existir dicho pronunciamiento por parte del Ministerio las empresas no podían ser sancionadas por este tipo de infracción pero tampoco se debía entender que ha sido renovada.

- b) *“Realizar actividades al margen de su objeto social exclusivo de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios”*

Estas empresas tienen como objeto único y exclusivo dedicarse a la intermediación laboral o la tercerización de servicios complementarios por lo tanto el prestar cualquier otro tipo de servicios era motivo suficiente para incurrir en este tipo de infracción.

- c) *“Pagar al trabajador intermediado, por concepto de su remuneración, una cantidad menor al valor cobrado a la usuaria por tal concepto”*

Las empresas de intermediación o tercerización no podían pagar valores inferiores a sus trabajadores de los que cobraba a la usuaria y peor aún valores inferiores a los mínimos legales establecidos en la ley o tablas sectoriales.

d) “No depositar en el IESS lo que le corresponde al trabajador intermediado en concepto de aportes, fondo de reserva y demás obligaciones”

Era obligación de las empresas de intermediación y tercerización cancelar los aportes personales como patronales al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como los demás derechos sociales, cabe recalcar que los trabajadores intermediados frente a cualquier otro tipo de trabajador gozaba del derecho de fondos de reserva desde el primer día de trabajo esto como consecuencia de su alta rotación laboral.

e) “Celebrar contratos de trabajo al margen de las regulaciones o para actividades no previstas en la presente Ley...”

Estas empresas no podían celebrar contratos con trabajadores, donde se ponía en riesgo la seguridad personal, o para realizar actividades no previstas como es el caso de la tercerización de servicios complementarios en la que la ley establecía claramente que eran aquellas que no tenían que ver con el giro normal del trabajo de la empresa como son seguridad, limpieza, entre otras.

f) “Simular por cualquier medio o artificio, ser intermediario laboral, por sí mismo o en representación de un tercero, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar en su contra”

Las infracciones muy graves eran sancionadas con la revocatoria definitiva de la autorización de funcionamiento y todos los registros concedidos.

A demás de todas estas infracciones y sanciones que tenían las empresas de intermediación y tercerización de servicios complementarios, la ley establecía una sanción para el representante legal o mandatario de dichas empresas en el caso de que haya sido revocado el permiso de funcionamiento, y era que éste no podía ejercer las mismas funciones para otra empresa que tenga el mismo objeto, ni podía ejercer tal actividad como persona natural por el lapso de dos años.

3.4.-Tercerización de Servicios Complementarios.

3.4.1.-Definiciones.

La Ley Reformativa al Código de Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios establecía en su segundo inciso la definición de Tercerización, así:

b) “Tercerización de Servicios Complementarios.- Se denomina tercerización de servicios complementarios, aquella que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la ley.

Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia, seguridad, alimentación mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter”

Antes de iniciar el siguiente punto sobre el ámbito de aplicación de las tercerizadoras de servicios complementarios, creo prudente hacer un pequeño análisis sobre ciertos aspectos referentes al tema de las Tercerizadoras.

Antes de la Ley se tuvo un errado concepto de las intermediadoras laborales calificándolas como tercerizadoras, creando de esta manera una verdadera confusión conceptual, el término tercerizadoras se convirtió en el término general de estos dos

tipos de prestaciones laborales cuando cada una tiene sus propias características y objetivos.

Al respecto el Dr. Andrés Páez dice que la intermediación laboral atañe únicamente a la persona, y la tercerización exclusivamente a los servicios complementarios.⁸⁰

Otro aspecto que debemos señalar es que: no es lo mismo la tercerización de servicios complementarios que la prestación de servicios profesionales, ya que, en la tercerización de servicios complementarios el trabajador tenía una relación de dependencia y subordinación para con la tercerizadora y prestaba sus servicios en la empresa usuaria como es el caso de las empresas de seguridad que ponen su personal a disposición de un banco; por el contrario en la prestación de servicios profesionales no existe dependencia laboral, como cuando una persona contrata un arquitecto para que elabore un plano para la construcción de una casa, si bien existe la remuneración por su trabajo no existe la relación de dependencia.

3.4.2.-Ambito de Aplicación.

En cuanto a este tema vemos que la misma ley delimita que, la tercerización de servicios complementarios será solamente para solventar necesidades de trabajadores en ciertos servicios que no tienen que ver con el giro normal del negocio, y pone algunos ejemplos como los de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter.

A pesar de que este tema es muy claro en el sentido que se debe entender como servicios complementarios a aquellos que son de carácter auxiliar a la actividad principal, surgen sin embargo situaciones en las que son difíciles de establecer cual es la actividad principal y cual es la actividad secundaria o

⁸⁰ PAEZ, Andrés. Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal. P. 154

complementaria, como en el caso de que una empresa de currier contrate personal para mensajería en este caso ¿que actividad es la que deberíamos considerar como complementaria?

3.4.3.-Los Servicios Complementarios.

Los servicios complementarios establece la ley en su inciso tercero del artículo 1 cuando dice: *“constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter”*

Como habíamos comentado en el tema anterior, los servicios complementarios son aquellos que sirven para apoyar al desarrollo de la actividad principal de una empresa o negocio, pero lo importante es que este tipo de contratación no sea utilizado para que fraudulentamente se realicen labores que deberían estar dentro de la intermediación laboral.

3.4.4.-Derechos y Obligaciones de la Tercerización.

La tercerización de servicios complementarios como la intermediación laboral tenían similares derechos y obligaciones los cuales comentaré a continuación.

Las empresas de tercerización de servicios complementarios debían ser constituidas como personas jurídicas bajo el régimen de la ley de compañías al igual que las empresas de intermediación Laboral, estas empresas cuentan con algunas características propias:

Contaban con su propio personal los cuales cumplían actividades para una empresa usuaria pero bajo relación de dependencia y subordinación a la tercerizadora, no existía vínculo laboral alguno entre el trabajador y la usuaria, en este caso no se daba la relación tripartita como en la intermediación laboral, ya que en la tercerización la relación laboral se daba exclusivamente entre el trabajador y la tercerizadora mientras que el contrato mercantil se lo celebraba entra la usuaria y la

tercerizadora quien era la encargada de realizar parte del proceso productivo de la empresa que tenga carácter complementario.

El capital de las Tercerizadoras era como mínimo de diez mil dólares y no tenían que incrementarlo, como era en el caso de las intermediadoras Laborales que sí lo tenían que hacer hasta llegar a un capital de treinta mil dólares, esta diferencia que estableció la ley tenía como objetivo precautelar los derechos de los trabajadores en el caso que la intermediadora tenga que responder frente a sus trabajadores con indemnizaciones por demandas presentadas.

Los trabajadores tenían derecho a participar solo de las utilidades generadas por la empresa de tercerización ya que el vínculo laboral existe solamente entre estos, lo que no ocurría en la intermediación laboral, porque, si las utilidades de la intermediadora son mayores a las de la usuaria el trabajador solo percibía éstas, pero si eran inferiores se sumaban con las de la usuaria y se las repartiría entre todos los trabajadores que la generaron.

En cuanto a los fondos de reserva los trabajadores tercerizados como intermediados tenían derecho desde el primer día de trabajo, a diferencia del resto de trabajadores contratados mediante cualquier otro tipo de contrato laboral, este derecho especial que establecía la ley se basaba en el alto grado de movilidad que tenían los trabajadores.

La autorización de funcionamiento la expedía el Ministerio de Trabajo por medio de la Dirección Nacional de Trabajo y Empleo la cual tenía un alcance nacional con una duración de un año cuando se la obtenía por primera vez, su renovación era por cinco años y posteriormente era indefinida, pero esto no significaba que dicha autorización no podía ser revocada si la empresa tercerizadora incurría en infracciones establecidas por la ley.

La empresa tercerizadora estaba obligada a presentar anualmente o cuando lo requiera el Ministerio de Trabajo los informes estadísticos con relación a la oferta y demanda de la mano de obra, frecuencia de colocación ocupación entre otras.

Las tercerizadoras tenían la obligación de precautelar la integridad de sus trabajadores observando y haciendo cumplir las normas de seguridad industrial, como también proveer de todos los instrumentos de protección.

Los trabajadores tenían el derecho de ser informados por parte de la tercerizadora como de la usuaria de todos los riesgos que conlleva la ejecución de sus labores.

Finalmente debo decir que esta clase de contratación era una figura jurídica que favorecía muchísimo tanto a la empresa usuaria como al trabajador, en el sentido de que a la usuaria le permitía contratar mas personal para cubrir actividades complementarias al proceso productivo sin correr riesgos de un comité de empresa, y al trabajador también le beneficiaba por que éste siempre estaba respaldado, ya que si bien prestaba su servicio en la usuaria, él mantenía la relación de dependencia y subordinación para con la tercerizadora.

Vale recordar que la Tercerización de Servicios Complementarios antes de ser eliminada por el Mandato 8 era una figura que flexibilizaba mucho mas la relación laboral que el actual contrato de Prestación de Actividades Complementarias, ya que la Tercerización daba un campo mucho mas amplio de actividades en la que esta clase de contratación podía ser aplicada, mas adelante analizaremos el Mandato 8 y podremos apreciar como se restringe la aplicabilidad de este tipo de contratación.

CAPITULO IV

EFFECTOS DEL MANDATO CONSTITUCIONAL NUMERO 8.

4.- Asamblea Nacional Constituyente; Fuente del Mandato Constitucional Número 8.

El presente tema de la Asamblea Nacional Constituyente como fuente de donde emana el Mandato Constitucional Número 8 lo iniciaremos haciendo un breve recuento histórico de todas la circunstancias que rodearon a éste proceso.

La Asamblea Constituyente del 2008 tiene su origen en la frustración que supuso la anterior Asamblea Constituyente de 1998 en la que las fuerzas políticas tradicionales tuvieron una amplia mayoría y realizaron una labor que para muchos fue un simple maquillaje en muchos aspectos de la Carta Magna y además se constitucionalizaba el modelo económico neoliberal.

En el año 2006 cuando se inició la campaña electoral presidencial después del derrocamiento del Presidente Crnl Lucio Gutiérrez, el actual presidente del Ecuador el Ecn. Rafael Correa propuso la convocatoria a una constituyente apoyándose en el amplio rechazo al modelo neoliberal y por otra parte la fuerte crisis económica que reinaba en el país.

Una vez ganada las elecciones presidenciales el Ecn. Rafael Correa se vio imposibilitado de llamar a una Constituyente ya que en ese entonces la constitución no le permitía, de tal manera que convoco a una consulta popular para que el pueblo ecuatoriano decidiera si quería o no convocar a una Asamblea Constituyente, esto lo hizo acogiéndose al Art 104 de la constitución que reza:

Art 104.- El Presidente de la República podrá convocar a consulta popular en los siguientes casos:

1.- Para reformar la Constitución, según lo previsto en el art. 283

2.- Cuando, a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas de las previstas en el número anterior.

Este artículo le brindaba al Presidente de la República dos posibilidades de convocar a una consulta popular:

El inconveniente de la primera es que solamente lo podía hacer para reformar la constitución pero rigiéndose a lo previsto del art. 283, es decir necesitaba de la autorización del Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes.

La Segunda posibilidad le facilitaba al presidente convocar a dicha consulta popular basándose en que una constituyente es una cuestión de trascendental importancia para el país, además, no se trataba de una reforma sino un mecanismo de creación de una nueva Constitución.

La oposición política la califico como una reforma constitucional la cual debía ser calificada como de URGENCIA por el Congreso Nacional, sin embargo y a sorpresa de todos el Congreso Nacional decidió no impedir dicho proceso bajo la condición de que se negociara con ellos el contenido del estatuto de elección y funcionamiento de la Asamblea y se los involucrase en el proceso con su opinión.

El Presidente Correa mediante Decreto 002/2007 envió la convocatoria de la consulta popular al Tribunal Supremo Electoral para su cumplimiento y al Congreso Nacional para su conocimiento.

El Tribunal Supremo Electoral una vez recibida la resolución del Congreso Nacional llamó a consulta popular para el 15 de Abril del 2007 obteniéndose un 81,5 % de los votos a favor de la convocatoria de la Asamblea Constituyente.

Las elecciones para asambleístas se realizaron el 28 de Septiembre del 2007 en la que el partido de Alianza País obtuvo más del 70 % de los escaños.

La Asamblea Nacional se instauró en la Ciudad de Montecristi en la provincia de Manabí el 30 de Noviembre del 2007.

Quien fue elegido como presidente de la asamblea fue Alberto Acosta y tras su renuncia asumió la presidencia Fernando Cordero.

La Asamblea Nacional Constituyente terminó la elaboración del texto de la nueva Constitución con la aprobación de 94 de sus miembros, la cual fue aprobada por el pueblo Ecuatoriano mediante Referéndum el 28 de Septiembre del 2008.

Una vez realizado este breve recuento histórico de la Asamblea Nacional Constituyente creo necesario comentar lo que dice el Art 1 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de 11 de diciembre del 2007 ***“La Asamblea Constituyente representa la soberanía popular que radica en el pueblo ecuatoriano, y que por su propia naturaleza está dotada de plenos poderes”***.

A mi criterio creo que la Asamblea Nacional Constituyente hizo uso de la interpretación extensiva que según el Dr. Guillermo Cabanelas en su diccionario dice que es ***“La explicación o aplicación de un texto a otros casos además de a los expresamente determinados en la disposición interpretada”***.⁸¹

La Asamblea hizo uso de esta interpretación extensiva en el concepto ***“plenos poderes”*** para hacer y no hacer lo que lo que en realidad debían hacer, con este concepto la Asamblea Nacional Constituyente tuvo poderes que algunos sectores lo consideraron como totales como ***DIOSES*** en la que podían hacer y deshacer lo que querían, poniéndose en una posición superior incluso a la Constitución y además expidieron actos políticos como es el caso del Mandato Constitucional No 8 motivo del presente estudio el cual no fue susceptible de cualquier impugnación para lo cual transcribiré lo que dice la tercera disposición final de este mandato para darnos cuenta de del alcance que tuvo dicho Mandato.

Tercera.- Este Mandato es de obligatorio cumplimiento y en tal virtud, no será susceptible de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, criterio o pronunciamiento administrativo o judicial alguno y entrará en vigencia

⁸¹ CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual

en forma inmediata, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Constituyente y/o en el Registro Oficial...

Como vemos con esta disposición lo que se hizo fue imposibilitar que se pueda impugnar parcial o totalmente dicho Mandato y lo que nos quedó es agachar la cabeza y aceptarlo en su totalidad guste o no nos guste.

4.1.- Análisis del Mandato Constitucional Número 8

MANDATO CONSTITUYENTE No. 8

A continuación realizaremos un análisis del Mandato No 8 y así podremos ver las ventajas o desventajas que trajo consigo esta decisión tomada por la Asamblea Nacional Constituyente de eliminar y prohibir estos tipos de contratación laboral como son: la intermediación laboral, la tercerización de servicios complementarios y la contratación por horas.

Art. 1.- Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador.

Art. 2.- Se elimina y prohíbe la contratación laboral por horas.

Con el fin de promover el trabajo, se garantiza la jornada parcial prevista en el artículo 82 del Código del Trabajo y todas las demás formas de contratación contemplada en dicho cuerpo legal, en la que el trabajador gozará de estabilidad y de la protección integral de dicho cuerpo legal y tendrá derecho a una remuneración que se pagará aplicando la proporcionalidad en relación con la remuneración que corresponde a la jornada completa, que no podrá ser inferior a la remuneración básica mínima unificada. Asimismo, tendrá derecho a todos los beneficios de ley, incluido el fondo de reserva y la afiliación al régimen general del seguro social obligatorio.

En las jornadas parciales, lo que exceda del tiempo de trabajo convenido, será remunerado como jornada suplementaria o extraordinaria, con los recargos de ley.

Como vemos en los dos artículos anteriores el 1 y 2 que e transcrito, se elimina estos tres tipos de contratación laboral: la intermediación laboral, la tercerización de servicios complementarios, el contrato por horas y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo, como ya lo dije en otro momento estos tipos de contratación a mi criterio no debían haber sido eliminados y prohibidos por que flexibilizaban la relaciones laborales y permitían al trabajador obtener mas fuentes de trabajo, lo que se debió haber hecho es regular y supervisar por medio del Ministerio de Trabajo el abuso que bien es cierto se dio por parte de bastantes empresas inescrupulosas que abusaban de los derechos que tenían los trabajadores. Estos tipos de contratación se crearon con la venia y buen criterio de todos los sectores que participaron en la aceptación del los mismos, representantes de los trabajadores, representantes del sector empresarial y por supuesto la intervención del Estado que terminó siendo el principal usuario de estos regímenes de intermediación y tercerización.

Art. 3.- Se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.

Podemos observar que si bien se elimina la tercerización de servicios complementarios en el art 1 y 2, en el art 3 paradójicamente admite la tercerización pero maquillándola con otro nombre que es el de *contratos de prestación de actividades complementarias*, sobreviviendo de esta manera esta clase de contratación pero destinada exclusivamente para actividades que sean ajenas al giro normal de la empresa tales como vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza.

Art. 4.- En los contratos a que se refiere el artículo anterior, la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por esta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio.

Los trabajadores de estas empresas de acuerdo con su tiempo anual de servicios participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio. Si las utilidades de la empresa que realiza actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas.

Además, los trabajadores que laboren en estas empresas, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, convenios con la OIT, ratificados por el Ecuador, este Mandato, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables.

En este artículo se establece que la relación laboral deberá existir entre los prestadores de las actividades complementarias y el personal contratado para realizar dichas actividades, además se les reconoce igual que al resto de trabajadores en general el derecho de la participación de la utilidades consagrado en el Código de Trabajo. Los trabajadores gozaran de dichas utilidades en forma proporcional al tiempo de trabajo de las empresas para la cual se presta el servicio o se realiza la obra, si las utilidades de la empresa que realiza las actividades complementarias fuese superior a las de la usuaria el trabajador solo tendrá derecho a estas.

Todos los trabajadores contratados bajo esta modalidad de contratación gozan de todos los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado, convenios de la OIT, éste Mandato, Código de Trabajo, Ley de Seguridad Social y las demás normas aplicables,

Art. 5.- En el contrato de trabajo que se suscriba entre la empresa que se dedica a actividades complementarias y cada uno de sus trabajadores, en ningún caso se pactará una remuneración inferior a la básica mínima unificada o a los mínimos sectoriales, según la actividad o categoría ocupacional.

Dichos contratos de trabajo obligatoriamente deben celebrarse por escrito y registrarse dentro de los treinta días subsiguientes a su celebración, ante el Ministerio de Trabajo y Empleo.

Es nula toda cláusula que impida que el trabajador de actividades complementarias sea contratado directamente por la usuaria bajo otra modalidad contractual.

La empresa que realiza actividades complementarias tiene la obligación de entregar al trabajador contratado el valor total de la remuneración que por tal concepto reciba de la usuaria, lo cual deberá acreditarse mediante la remisión mensual de una copia de los roles de pago firmados por los trabajadores y las planillas de aportes al IESS con el sello de cancelación o los documentos que acrediten tales operaciones, requisito sin el cual la usuaria no realizará el pago de la respectiva factura a la empresa que se dedica a actividades complementarias.

La empresa que realiza actividades complementarias, en el contrato mercantil que celebre con la usuaria, deberá garantizar el pago íntegro de las remuneraciones del trabajador y de todos sus beneficios laborales y de seguridad social.

En el art 5 del presente Mandato objeto de éste análisis hace referencia a que entre la empresa prestadora de actividades complementarias y el trabajador en ningún momento se puede pactar una remuneración que sea inferior al salario básico mínimo unificado ni a los mínimos sectoriales, también hace referencia a una formalidad que es que se deben realizare los contratos por escrito y ser registrados en el Ministerio de Trabajo y Empleo en un plazo no mayor a los treinta días luego de su celebración.

De acuerdo a este artículo podemos observar que el trabajador que presta sus servicios por medio de la contratación de actividades complementarias tiene plena libertad de ser contratado directamente por la empresa usuaria, esto basado en el principio de que toda persona tiene la libertad de celebrar cualquier contrato de trabajo siempre y cuando no se vulneren sus derechos consagrados en la Constitución, Código de Trabajo y demás normas aplicables.

Otras de las obligaciones que se establece en esta clase de contratación es que la empresa que realiza las actividades complementarias tiene que entregar al

trabajador el valor total de la remuneración que cobra a la empresa usuaria respaldando tal acto con la copia del rol de pagos firmado por el trabajador al igual que la copia de pago de los aportes al IESS debidamente sellado, además en el contrato mercantil que se celebre entre la usuaria y la prestadora de actividades complementarias se garantizará el pago de los haberes que le correspondan al trabajador más todos los beneficios de ley, ésto con el fin de que no se vean vulnerados los derechos del trabajador.

Art. 6.- Las empresas de actividades complementarias y las usuarias no pueden entre sí, ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo, hecho que debe acreditarse mediante una declaración juramentada de los representantes legales de las empresas que suscriben el contrato y otorgada ante notario o juez competente que determine esta circunstancia.

La usuaria del sector privado que contrate a una persona jurídica, vinculada para el ejercicio de las actividades complementarias, asumirá a los trabajadores como su personal de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se regirá por las normas del Código del Trabajo. Además, será sancionada con una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas, sanción que será impuesta por los directores regionales. Si esta vinculación sucediera en el sector público, será el funcionario que contrate la empresa de actividades complementarias quien asumirá a los trabajadores a título personal como directos y dependientes, sin que las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, municipales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, puedan hacerse cargo de ellos ni asuma responsabilidad alguna, ni siquiera en lo relativo a la solidaridad patronal que en todos los casos corresponderá a dicho funcionario, quien además será sancionado con multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas y la remoción o pérdida de su cargo, según corresponda, sin derecho a indemnización alguna.

Uno de los problemas que desprestigió a la intermediación laboral, tercerización de servicios complementarios y a la contratación por horas fue el hecho de que se crearon empresas que brindaban éste tipo de servicio pero que estaban vinculadas con la empresa madre o empresa principal con el único objetivo de dividir el personal de la empresa y así evitar la conformación de asociaciones de trabajadores y también con el objetivo de vulnerar y perjudicar los derechos de los trabajadores, con éste antecedente en el actual mandato y en el artículo que estoy analizando se establece que entre la empresa de prestación de actividades complementarias y la usuaria no debe existir ningún tipo de vinculación para lo cual los representantes de ambas empresas deben presentar una declaración juramentada ante un juez en la que se aclara esta circunstancia.

Se establecen dos tipos de sanciones para las personas que incurran en la violación de esta norma dependiendo del sujeto que cometa tal ilícito:

Si la vinculación se da en el sector privado, la persona que cometa tal ilícito asumirá al trabajador como suyo y deberá pagar una multa de 6 remuneraciones básicas unificadas, sanción que será impuesta por el director regional de trabajo.

Si la vinculación se da en el sector público, el empleado público será el único responsable y asumirá al trabajador como suyo ya que ninguna institución del estado podrá hacerse responsable de aquel trabajador, ni siquiera en lo relativo a la responsabilidad patronal, además el empleado público será sancionado con 6 remuneraciones básicas unificadas y la remoción o destitución de su cargo sin derecho a indemnización.

Art. 7.- Las violaciones de las normas del Código del Trabajo, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes de dicho cuerpo legal y, cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo impondrá multas de un mínimo de tres y hasta un máximo de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Igual sanción se impondrá en caso de violación de las regulaciones del presente Mandato.

Los jueces y los inspectores de trabajo podrán imponer multas de hasta tres sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general.

El presente artículo establece las sanciones que se pueden imponer para el caso de violar las normas del Código de Trabajo y el presente Mandato, en el caso de que no se haya fijado una sanción especial podrá ir desde un mínimo de tres y hasta un máximo de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

Además aclara que los jueces y los inspectores de trabajo podrán imponer multas *de hasta tres sueldos o salarios unificados del trabajador en general.*

DISPOSICIONES GENERALES

Primera.- Para el caso de las empresas del sector estratégico público, los servicios técnicos especializados que requieran dichas empresas, podrán ser contratados civilmente. Los trabajadores de las empresas de servicios técnicos especializados, tendrán relación directa y bilateral con éstas y se sujetarán a las disposiciones del Código de Trabajo.

En ésta disposición, en una forma clara podemos observar nuevamente que se trata de un contrato de tercerización de servicios complementarios que teníamos antes del Mandato N8 y que en esta disposición nuevamente se maquilla bajo el nombre de *servicios técnicos especializados*, como una dedicatoria y un claro favoritismo solo a las empresas públicas que se dedican a servicios estratégicos como petroleras, telefónicas, generadoras y distribuidoras eléctricas, entre otras.

Segunda.- Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores.

En ésta disposición podemos observar que se le esta queriendo catalogar como *servicios técnicos especializados* a contratos que anteriormente y siempre se los a clasificado como contratos de carácter mercantil y civil como es la contratación de *servicios profesionales* viéndose claramente en éste caso una intromisión del derecho laboral en el derecho mercantil y civil.

Un punto importante en la disposición anterior y que creo se debe tocar es que en cierta manera se condiciona que una persona que presta estos servicios como los de *contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídico y de sistemas* deba contar con infraestructuras de diferente índole, lo cual obstaculizaría un normal desempeño que puedan realizar las personas que tengan estos conocimientos ya que no todos están en la capacidad económica de contar con estas “*infraestructuras*”

Tercera.- Los profesores de establecimientos particulares de niveles pre primario, primario, medio y superior, que no laboren jornadas completas diarias o semanales de trabajo, serán contratados mediante la modalidad de jornada parcial. El Ministerio de Trabajo y Empleo establecerá la respectiva Comisión Sectorial para la fijación del sueldo o salario básico unificado de los trabajadores de este sector. Además, tendrán derecho a la protección integral del Código del Trabajo y percibirán sus remuneraciones aún en los períodos vacacionales.

En ésta disposición se establece el contrato de *jornada parcial* por medio del cual los profesores de distintos niveles educativos gozan también de una estabilidad laboral siempre y cuando sobrepasen las veinte y cuatro horas mensuales y ejerzan la actividad docente de una manera permanente, los profesores que realicen esta actividad docente de una manera no permanente como es el caso de profesores que imparten clases por menos de veinte y cuatro horas mensuales o aquellos que tienen un nivel de especialización muy alto y son llamados a dictar solamente talleres o seminarios y cursos que no impliquen una actividad docente de carácter permanente podrán ser contratados como profesionales sin relación de dependencia.

Además se establece un derecho para los profesores que es, que estos gozaran de sus remuneraciones aún en los periodos de vacaciones.

Cuarta.- Se garantiza la contratación colectiva de trabajo en las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, de organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, que se ajuste a los términos establecidos en los mandatos constituyentes y en las regulaciones del Ministerio del Trabajo y Empleo.

En la cuarta disposición general se ratifica el derecho que tienen los trabajadores de contratación colectiva en las instituciones del sector público como en las del sector privado en donde el estado tenga cualquier participación.

Antes de pasar a analizar las disposiciones transitorias quiero referirme a los fondos de reserva de los trabajadores contratados mediante la modalidad de *actividades complementarias*.

Anteriormente con LA LEY REFORMATORIA AL CODIGO DE TRABAJO MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS. Los trabajadores tercerizados como intermediados tenían derecho desde el primer día de trabajo, a diferencia del resto de trabajadores contratados mediante cualquier otro tipo de contrato laboral, este derecho especial que establecía la ley se basaba en el alto grado de movilidad que tenían los trabajadores.

Ahora bien con la aprobación del Mandato No 8 que elimina la ley 2006 – 48 elimina de igual manera este derecho especial que tenían los trabajadores intermediados y tercerizados teniendo así un vacío legal, la pregunta ahora es: ¿debemos pagar los fondos de reserva a los trabajadores contratados mediante *actividades complementarias* rigiéndonos a lo que establece el art 196 del Código de Trabajo?

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Todos los contratos de intermediación laboral vigentes a la fecha de expedición del presente Mandato, se declaran concluidos, sin derecho a ningún tipo de indemnización ni reclamo de ninguna naturaleza, por parte de las empresas que venían operando como intermediarias laborales.

En ésta disposición podemos observar que es el resultado de lo que ya analizamos en el artículo 1 y 2 del presente mandato en estudio, por medio del cual se prohíbe y elimina la intermediación laboral, tercerización de servicios complementarios y contratación por horas, por otro lado establece claramente que las empresas que prestaban estos servicios de intermediación no tendrán ningún derecho a ningún tipo de indemnización ni reclamo.

A partir de la fecha de vigencia del presente Mandato, los trabajadores intermediados cuya prestación de servicios se rigió por la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se reguló la actividad de intermediación laboral, y de tercerización de servicios complementarios, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 298 de 23 de junio del 2006, serán asumidos de manera directa por las empresas del sector privado que contrataron con las intermediarias laborales, empresas usuarias que en lo sucesivo serán consideradas para todos los efectos como empleadoras directas de dichos trabajadores, quienes gozarán de un año mínimo de estabilidad, con una relación que se regirá por las normas del Código del Trabajo.

Este mandato claramente establece que los trabajadores que venían laborando bajo estas clases de contratación de intermediación y tercerización, a partir de la fecha de vigencia del mandato No 8 es decir el 30 de Abril del 2008 pasaran a ser trabajadores directos de la empresas que eran usuarias y éstas en adelante serán consideradas como empleadores directos para todos los efectos que el Código de Trabajo establece.

A los trabajadores que fueron asumidos por las empresas usuarias como trabajadores directos, este mandato le otorga un mínimo de estabilidad de un año,

que posteriormente fue enmendado y se estableció que los trabajadores ahora asumidos por la empresas usuarias gozaran de estabilidad laboral como si fuesen trabajadores indefinidos y tendrán todos los derechos que ésto implica en caso de un despido intempestivo

Los trabajadores intermediados que hayan sido despedidos a partir del primero de marzo del 2008, con motivo de la tramitación del presente Mandato, serán reintegrados a sus puestos de trabajo. El desacato de esta disposición será sancionado con el máximo de la multa establecida en el artículo 7 de este Mandato, por cada trabajador que no sea reintegrado y cuyo monto será entregado a éste, sin perjuicio de las indemnizaciones contempladas en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo.

A pesar de que existe un principio legal que establece que toda ley es aplicable para lo venidero y que no tiene efecto retroactivo, en ésta disposición se establece que todos los trabajadores que fueron despedidos a partir del primero de Marzo del 2008 por motivo de tramitación de este mandato serán reincorporados a sus puestos de trabajo, en un sentido de protección y para darles estabilidad en el caso de que mal intencionadamente hubiesen sido despedidos por parte de las empresas usuarias o intermediarias.

Las multas que establece el Art 7 pueden ir desde un mínimo de tres y hasta un máximo de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general, y un claro ejemplo de la aplicación de estas multas, es la multa impuesta por el Ministerio de Trabajo al Sr Mauricio Pinto propietario de Textilera Pinto por \$ 408.000 dólares por no reincorporar a 102 trabajadores despedidos en el mes de Abril del 2008.

Ahora aquí surgen interrogantes: ¿Que es lo que sucede si los trabajadores que fueron reintegrados a sus puestos de trabajo por ser despedidos a partir del primero de marzo del 2008 con motivo de tramitación del Mandato Constitucional No 8 o los trabajadores que fueron asumidos como trabajadores directos por las empresas, son despedidos luego de un año o mas tomando en cuenta que la estabilidad actual para estos trabajadores fue reformada y no es de un año si no es

indefinida? , ¿Debería aplicarse la multa establecida en el Art 7 del presente mandato?

Pues a mi criterio creo que si el empleador cumple con lo dispuesto en el mandato, que es reincorporar a los trabajadores despedidos o asumir directamente a los trabajadores por un año o mas, no se debería aplicar la multa pero si se debería aplicar las sanciones correspondientes a despido intempestivo en el caso de ser.

Los trabajadores intermediados también serán asumidos de manera directa por las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, siempre y cuando hayan prestado sus servicios por más de 180 días con anterioridad a la aprobación de este mandato. Exclusivamente los obreros se incorporarán a los beneficios de la contratación colectiva a partir del segundo año de relación laboral directa, luego que sean revisados los excesos de la contratación colectiva.

No serán incorporados los trabajadores que se hallen incursos en el artículo 53 de la Ley de Modernización del Estado.

De igual manera los trabajadores intermediados deben ser asumidos de manera directa por las instituciones del sector público y por las entidades de derecho privado en donde el estado tenga participación accionaria, en el caso de que los servidores públicos hayan prestado sus servicios por mas de 180 días de antelación a la aprobación del mandato No 8, aquí surge una inquietud y es que no sabemos que es lo que sucede con el resto de trabajadores que ingresaron a prestar sus servicios por medio de la modalidad de intermediación y llevan laborando menos de los 180 días, Que sucede? Se los debe asumir también directamente? O, Se debe entender que están despedidos?

Además el inciso anterior de la primera disposición transitoria establece un derecho exclusivo para los obreros y es que se incorporaran a los beneficios del contrato colectivo a partir del segundo año de relación laboral directa, luego que sean

revisados los excesos de la contratación colectiva, es decir 180 días después de entrar en vigencia el Mandato Constituyente No 8. Lo que no se especifica es si que si éstos mismos derechos tienen los obreros en la contratación colectiva de la empresa privada, aquí nace otra incógnita, debería de igual manera incorporarse a los beneficios del contrato colectivo a los obreros de la empresa privada a partir del segundo año o no?.

Los trabajadores de las actuales empresas tercerizadoras de servicios complementarios continuarán laborando en las mismas empresas bajo los términos y nuevas modalidades que se determinan en los artículos 3, 4, 5 y 6 del presente Mandato. Estas empresas deberán adecuar sus estatutos, contratos de trabajo con sus trabajadores, y contratos mercantiles con las correspondientes empresas usuarias, a la nueva modalidad antes indicada, en el plazo máximo de ciento veinte días contados a partir de la vigencia de este Mandato.

Aquí vemos que a pesar de que en el artículo 1 y 2 del presente mandato No 8 se elimina la intermediación laboral, la tercerización de servicios complementarios y la contratación por horas, en este inciso de la primera disposición transitoria establece que los trabajadores de *las actuales empresas tercerizadoras de servicios complementarios* pueden seguir laborando en las mismas empresas siempre y cuando lo hagan bajo los nuevos términos y modalidades, es decir, *actividades complementarias*, como ya lo dije anteriormente se maquilla la misma figura que ya existía dándole un nuevo nombre, en vez de *servicios complementarios por actividades complementarias*. La única condición es que éstas empresas deben actualizar sus estatutos, contratos con trabajadores y contratos mercantiles en un plazo no mayor a 120 días a partir de la vigencia del Mandato 8.

Segunda.- Los trabajadores que se encontraban laborando bajo la modalidad de contrato por horas por más de 180 días con anterioridad a la aprobación de este mandato serán contratados de manera obligatoria bajo las distintas modalidades previstas en el Código del Trabajo según lo establecido en el artículo 2 del presente mandato.

En ésta segunda disposición transitoria vemos que en el Mandato No 8, se establece la contratación directa de los trabajadores que venían laborando bajo la modalidad de contrato por horas, cuando éstos hayan laborado por más de 180 días con antelación a la aprobación del Mandato, bajo las diferentes modalidades que se establece en el art. 82 de Código de Trabajo y el art. 2 del presente Mandato es decir bajo la modalidad de contrato de *jornada parcial*.

Tercera.- Las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo que se encuentran vigentes y que fueron suscritos por las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, serán ajustadas de forma automática a las disposiciones de los Mandatos Constituyentes y regulaciones que dicte el Ministerio de Trabajo y Empleo, en el plazo de ciento ochenta días.

Los contratos colectivos de trabajo a los que se refiere esta disposición transitoria, no ampararán a aquellas personas que desempeñen o ejerzan cargos directivos, ejecutivos y en general de representación o dirección, ni al personal que por la naturaleza de sus funciones y labores está sujeto a las leyes de orden público, y en especial a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Homologación y Unificación de las Remuneraciones del Sector Público.

El proceso de revisión de los contratos colectivos de trabajo a los que se refiere esta disposición transitoria, en el que participarán empleadores y trabajadores, se hará de manera pública y establecerá claras restricciones a todas las cláusulas en las que se consagran excesos y privilegios, tales como: transferencia y transmisión de cargos a familiares en caso de jubilación o fallecimiento del trabajador, horas suplementarias y extraordinarias no trabajadas y cobradas por dirigentes laborales, pago de vacaciones y reconocimiento de otros beneficios para el grupo familiar del trabajador, gratificaciones y beneficios adicionales por retiro voluntario, entrega gratuita de productos y servicios de la empresa, entre otras cláusulas de esta naturaleza.

Las cláusulas de los contratos colectivos que no se ajusten a los parámetros a los que se refiere esta disposición transitoria y que contengan privilegios y

beneficios desmedidos y exagerados que atentan contra el interés general, son nulas de pleno derecho.

Los jueces, tribunales y las autoridades administrativas vigilarán el cumplimiento de esta disposición.

La tercera disposición transitoria hace referencia sobre algunos aspectos que se deberán tomar en cuenta con respecto a los contratos colectivos de las instituciones del sector público y por las entidades de derecho privado en la que el Estado tenga alguna participación accionaria, que fueron suscritos y que se encuentran vigentes a la fecha, dentro de los cuales encontramos:

Que las cláusulas de los contratos colectivos serán ajustados en forma automática a las disposiciones de los Mandatos Constituyentes y regulaciones que dicte el Ministerio de Trabajo y Empleo, además los contratos colectivos no ampararán a las personas que ocupan altos cargos como directores, ejecutivos entre otros, ni a las personas que por la naturaleza de sus funciones y labores están sujetos a las leyes de orden público.

La revisión de las cláusulas de éstos contratos colectivos que se encuentran suscritos y vigentes se los va a realizar de una manera pública con la participación de sectores de los empleadores como de los trabajadores para que sea mas transparente el proceso y donde de antemano se establecerá restricciones a toda aquella cláusula en la que se establezca excesos y privilegios. En la actualidad existen contratos colectivos en los que se pueden observar cláusulas que conceden derechos a tal punto de ser considerados como ridículos como es el caso de tratamientos de manicure para las esposas de los trabajadores, con todos estos antecedentes de privilegios que se han dado en los contratos colectivos, en esta tercera disposición transitoria se establece que toda aquella cláusula que contenga privilegios y beneficios exagerados que atenten contra el bien e interés general, serán nulas de pleno derecho.

Cuarta.- La Función Ejecutiva luego de un proceso de diálogo social, dentro del plazo de un año establecerá los criterios que regirán la contratación colectiva de trabajo de todas las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, municipales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo

cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, los cuales no podrán ser modificados.

El Presidente de la República será el encargado de establecer los parámetros y el marco dentro del cual se regirá la contratación colectiva de todas las instituciones del Estado como de las entidades de derecho privado en donde el Estado tiene una participación accionaria, luego de obtener consenso y de llegar a acuerdos por medio de un diálogo nacional en el plazo de un año contados a partir de la aprobación del presente Mandato Constitucional en estudio. Las características que tendrán estos acuerdos luego de todo el proceso de diálogo sobre las cláusulas de los contratos colectivos es que no podrán ser modificadas.

Quinta.- El presente Mandato Constituyente, será reglamentado por el Presidente de la República en el plazo de sesenta días.

En la quinta disposición transitoria se establece que, quien deberá reglamentar el Mandato Constituyente No 8 será el presidente de la República en el plazo de sesenta días. Este Mandato ya fue reglamentado por el Presidente Ecn. Rafael Correa el 3 de Junio del 2008.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- Deróguese la Ley Reformatoria al Código de Trabajo, mediante la cual se reguló la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 298 de 23 de junio del 2006; los artículos 11 literal h), 14 literal g), 17 la frase: “por horas” incisos sexto al décimotercero, 19 literal j), 41 inciso 2º y las palabras “o intermediarios” del artículo 100 de la Codificación del Código del Trabajo; 84 al 90 del capítulo denominado DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO DEL TRABAJO DE LA LEY PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA DEL ECUADOR, relativas a la contratación laboral por horas, publicada en el Registro Oficial No. 34 del 13 de marzo del 2000; la frase “tercerización o intermediación de servicios” de la disposición general primera y la disposición general cuarta de la Ley

Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; el artículo 18 de la Ley 97 de Turismo, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 733 del 27 de diciembre del 2002; los términos relativos a la tercerización e intermediación laboral de los numerales 2 y 9 del artículo 7 del Reglamento General a la Ley sobre Discapacidades; y, el Reglamento para la contratación laboral por horas, publicado en el Registro Oficial No. 547, de 18 de marzo del 2005; así como todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan o contradigan al presente Mandato.

Segunda.- Para un efectivo control y cumplimiento de las disposiciones del presente mandato, que consolide los derechos fundamentales de los trabajadores y la seguridad jurídica de los empleadores, el Ejecutivo fortalecerá la infraestructura organizacional, administrativa y financiera del Ministerio de Trabajo y Empleo.

Tercera.- Este Mandato es de obligatorio cumplimiento y en tal virtud, no será susceptible de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, criterio o pronunciamiento administrativo o judicial alguno y entrará en vigencia en forma inmediata, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Constituyente y/o en el Registro Oficial.

Con el contenido de este Mandato Constituyente, notifíquese al Presidente Constitucional de la República, a los representantes de los Poderes Constituidos y a los Órganos de Control.

Se dispone su difusión nacional, para conocimiento del pueblo ecuatoriano.

Dado y suscrito en el Centro Cívico “Ciudad Alfaro”, cantón Montecristi, Provincia de Manabí de la República del Ecuador, a los treinta días del mes de marzo del 2008.

4.2.- Efectos del Mandato Constitucional No 8 con relación a la Contratación por Horas, Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios

En éste punto del presente trabajo analizaremos cuales son los efectos que trajo consigo el Mandato Constitucional No 8 con la eliminación de las instituciones jurídicas que ya hemos analizado, como se puede ver en todo el desarrollo de esta tesis mi posición personal es de que estas clases de contratación laboral eran

positivas para el desarrollo global, tanto para la empresa como para el trabajador y no debían ser eliminados si no mas bien “eficazmente regulados” para su correcto funcionamiento y aplicación.

Sobre los efectos que causó el Mandato Constitucional No 8 hay muchos criterios: para algunos, se eliminó las clases de contratación que precarizaba la relación laboral y se obtuvo grandes logros como la que los trabajadores pasaron a formar parte directa de la nómina de trabajadores de las empresas y obtuvieron estabilidad laboral, mientras que para otros sectores se eliminó contratos laborales que flexibilizaban la relación laboral y limitó la contratación de personal por parte de las empresas agravando la situación económica particular de cada empresa y aun más el problema de desempleo en el país.

Ante estos criterios formulados tanto por el sector de trabajadores como de empresarios lo que debemos es preguntarnos ¿que tan beneficioso fue la eliminación de estas clases de contratación?, la respuesta debe ser vista desde tres perspectiva: en función de país como ente regulador, en función de trabajador como dueño de la fuerza de trabajo y en función de empresa como dueño del capital de trabajo.

Debemos concientizarnos que el sector empresarial es el motor principal de toda actividad económica en cualquier país, y que se le debe brindar seguridad jurídica que le permita desarrollar sus actividades dentro del marco legal, esto conlleva a que la empresa tenga confianza y pueda ampliar su negocio generando más fuentes de trabajo que eso es lo que quiere tanto el gobierno como los trabajadores.

A continuación revisaremos los efectos que produjo el Mandato Constitucional No 8 de acuerdo a cada una de las clases de contratos laborales:

4.2.1.- Con relación al Contrato por horas:

La eliminación y prohibición del contrato laboral por horas como ya lo pudimos ver en el Art. 2 cuando analizamos el mandato No 8 en páginas anteriores, va en contra del objetivo principal que tiene el Estado que es de mantener y generar

fuentes de trabajo y mas bien lo que hace es fortalecer una clase de contratación que ya se encontraba establecida en nuestro ordenamiento jurídico en el Art 82 de Código de Trabajo que es el contrato por *Jornada Parcial* por medio del cual los trabajadores gozan de estabilidad laboral y en forma proporcional de todos los beneficios establecidos en la ley.

Debo aclarar que no estoy en contra de que los trabajadores gocen de todos los derechos que establece la Constitución y las leyes si no que, el contrato por horas y el contrato por jornada parcial son dos clases de contratación totalmente diferentes, cada una de ellas con sus propias características, aplicación y consecuencias jurídicas.

El contrato por horas era una clase de contrato que flexibilizaba la relación laboral y que tenía una serie de características que volvía interesante su aplicación para la empresa dentro de las cuales podemos destacar las siguientes: En el valor pactado por cada hora de trabajo se encontraban incluidos todos los beneficios que le correspondían al trabajador de conformidad con la ley, además de aquellos que se pagaban con periodicidad distinta a la mensual, tales como decimo tercero, cuarto, descanso semanal remunerado y vacaciones , además le permitía al trabajador laborar con dos o mas empleadores, no se pagaba fondos de reserva y no existía estabilidad laboral la cual es una de las características mas importantes de este tipo de contratación laboral.

Por el contrario el contrato por jornada parcial actualmente permite contratar personal para los días sábados, domingos, feriados y días de descanso obligatorio pudiéndose trabajar hasta por ocho horas diarias, además los trabajadores tienen estabilidad y el derecho de recibir todos los beneficios en forma proporcional al tiempo de su trabajo, con el Mandato Constitucional No 8 lo que se hace es ampliar su aplicación y ahora este contrato puede ser utilizado para cualquier tipo de actividad y los trabajadores podrán laborar por horas a la semana o al mes.

Otro de los efectos que causó éste Mandato con relación a la eliminación del contrato por horas, es que aquellos trabajadores que se encontraban laborando por mas de ciento ochenta días con anterioridad a la fecha de aprobación de este

Mandato, tendrán que ser asumidos directamente por la empresa y gozarán de estabilidad como si fuesen trabajadores a tiempo indefinido. En el caso que dichos trabajadores hubiesen trabajado por un menor tiempo, es decir, menos de los ciento ochenta días, el empleador podrá decidir si continúa o no con dicha relación laboral. En la mayor parte de los casos los empleadores decidieron dar por terminada la relación laboral incrementándose de ésta manera el problema del desempleo en el país que mas adelante lo veremos en cuadros estadísticos oficiales.

En definitiva podemos decir que el efecto que trajo el Mandato Constitucional No 8, es que, el contrato a tiempo parcial no reemplaza a la contratación por horas y no brinda al empresario una figura interesante que le permita mejorar sus costos de producción como bajar sus riesgos laborales, como es el caso de la conformación de comités de empresa que claramente se a podido ver que en el país se han convertido en verdaderos obstáculos para el desarrollo de las empresas.

4.2.2.- Con relación a la Intermediación Laboral:

El Art 1 del Mandato Constituyente No 8 prohíbe y elimina ésta clase de contratación y trae consigo una serie de efectos que analizaremos a continuación.

En primer lugar ésta clase de contrato laboral era muy interesante en cuanto a su aplicabilidad ya que le permitía al empresario contratar hasta el 50 % de su personal por medio de una empresa intermediadora que manejaba la nómina de su personal evitando así de esta manera la conformación de comités de empresa, formación de sindicatos y contratos colectivos, que son tan lesivos para una empresa, vale aclarar que la empresa intermediadora cobraba una comisión por manejar la nómina de la empresa sin afectar al trabajador económicamente con cobros por conseguir el puesto de trabajo o por ningún otro concepto, además la empresa usuaria se convertía en responsable solidaria ante el trabajador y tenía la obligación de repartir a sus trabajadores las utilidades como si fuesen trabajadores directos de la empresa.

Otro efecto que trajo la eliminación y prohibición de la intermediación es que todos los trabajadores que fueron despedidos desde el primero de marzo con motivo de la tramitación del Mandato 8 hasta su publicación tuvieron que ser reintegrados a sus puestos de trabajo so pena del pago de una multa que puede ir desde un mínimo de tres y hasta un máximo de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador, esta sanción fue aplicada a muchas empresas y una de ellas fue PINTO, empresa que tubo que pagar la suma de \$ 408.000 por no reincorporar a 102 trabajadores despedidos en el mes de Abril del 2008, con este tipo de acciones que toma el gobierno de eliminar instituciones jurídico-laborales como la intermediación lo que hace es reprimir la inversión por parte de empresas nacionales y extranjeras y crear un ambiente de inseguridad en donde ninguna persona va a querer ampliar su negocio eliminando también de ésta manera la posibilidad de crear mas fuentes de trabajo.

Los trabajadores tanto públicos como privados que laboraban bajo este sistema de contratación por mas de 180 días con anterioridad a la aprobación del Mandato 8 fueron asumidos de manera directa por las empresas usuarias bajo un contrato de trabajo a tiempo indefinido, en el caso de que los trabajadores hubiesen trabajado menos de los 180 días el empleador estaba en la posibilidad de decidir si los asume o no como trabajadores directos de la empresa, obviamente que muchas empresas decidieron en no asumirlos como trabajadores directos acrecentándose de ésta manera el número de desempleados en el país.

Los contratos mercantiles de intermediación laboral que se encontraban vigentes a la fecha de aprobación del Mandato se declararon concluidos sin lugar a ningún tipo de indemnización.

En definitiva el efecto principal con la eliminación de esta clase de contratación es que si bien muchos trabajadores a nivel nacional fueron asumidos por empresas usuarias, lo que se termino generando, es mas desempleo ya que las empresas no pueden crecer y ampliar su negocio por la inseguridad y temor que existe al tener mas personal contratado directamente por la empresa, como es la formación de comités de empresa, sindicatos y contratación colectiva.

4.2.3.- Con relación a la Tercerización de Servicios Complementarios.

La Tercerización de Servicios Complementarios era una clase de contratación laboral que consistía en contratar a empresas llamadas Tercerizadoras que brindaban con su propio personal servicios tales como seguridad, vigilancia, alimentación, mensajería, mantenimiento y cualquier otra actividad que tenga el carácter de complementaria a la actividad principal a la que se dedicaba la empresa usuaria dentro de sus instalaciones, estas actividades mencionadas anteriormente eran consideradas a manera de ejemplo ya que dejaban abierta la posibilidad de contratar a personal bajo esta modalidad para cualquier otro tipo de actividad siempre y cuando se la considere complementaria a la actividad principal, con la aprobación del mandato 8 el primer efecto que se puede apreciar es que se establece exactamente cuales son esas actividades complementarias “*vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria*” excluyendo de esta manera el servicio de mantenimiento y cualquier otro tipo de servicio complementario. Esta limitante es perjudicial para las empresas por que cada empresa tiene características propias de acuerdo a su actividad productiva y puede que para su normal desenvolvimiento necesite del apoyo de una empresa actualmente llamadas PRESTADORAS en actividades que no establece este Mandato Constitucional.

Otro efecto es que se maquilla la figura de Tercerización de Servicios Complementarios por la figura de Prestadores de Actividades Complementarias, que no es más que la misma institución laboral pero con las limitantes que mencione en líneas anteriores.

El efecto que trae el Art 4 del Mandato No 8 es que la relación laboral operará exclusivamente entre los prestadores de actividades complementarias y los trabajadores por esta contratados y sobre todo se establecen dos derechos que anteriormente no había en la Tercerización que es: la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria ante los trabajadores de la empresa prestadora y la participación de las utilidades de la empresa usuaria siempre y cuando las utilidades de la prestadora sean menores que las de la usuaria.

El Mandato 8 establece la posibilidad de contratar civilmente *Servicios Técnicos Especializados* ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria y establece cuales son estas actividades (contabilidad, publicidad, consultoría, auditoria, jurídicos, de sistemas, entre otros), la condición es de que se debe contar con una infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera.

Como podemos apreciar este tipo de contratación tiene un efecto negativo ya conlleva a una intromisión en el área civil y mercantil ya que éste tipo de contratación ha existido desde siempre, además conlleva a una dificultad que consiste en que los profesionales de estas ramas que pueden ser contratados bajo esta modalidad deben tener infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera , lo cual limita la posibilidad de contratación por que excluye a la mayor parte de profesionales por no contar con estas posibilidades. Lo que se debió hacer por parte de la Asamblea Nacional Constituyente es dejar abierta la posibilidad para que la contratación de este tipo de actividades o profesionales sean contratados bajo la modalidad de Tercerización de Servicios Complementarios actualmente llamada Prestación de Actividades Complementarias.

Un efecto positivo que podemos observar en el presente Mandato Constitucional son las limitaciones que se establecen a la contratación colectiva en el sector público ya que si bien se garantiza este derecho lo limita en el sentido de excesos y privilegios desproporcionados que se han venido dando, ya que en muchos de los casos son hasta ridículos afectando de esta manera el bien y el interés común de los ciudadanos.

4.3.- Estadísticas de empleo o desempleo por los efectos del Mandato Constitucional No 8.

Debemos partir de que el desempleo en el país se lo debe atribuir a diversos factores como a la crisis económica internacional, el mal manejo de la deuda externa por parte del gobierno que provoca que el Ecuador este en una calificación muy baja de riesgo país, las ultimas restricciones arancelarias a las importaciones, y las malas decisiones políticas, económicas y laborales como la eliminación de figuras

contractuales verbigracia la contratación por hora, la intermediación y tercerización que lo colocan al país en un contexto adverso para la inversión privada nacional como extranjera.

Como podemos apreciar en el cuadro proporcionado por el INEC en el anexo de este trabajo, el país a sufrido un alto grado de desempleo en el año 2008 y 2009, así vemos que en el último trimestre del 2008 se cerró con un porcentaje del 7,3% y en el primer trimestre del presente año 2009 se llegó al 8,6% de desempleo. Y el subempleo en esos mismos periodos, paso del 48,8% al 51,9%.

El Economista Emilio Calle, director de la Bolsa de Empleo de la Universidad de Guayaquil dice que existe una disminución del 40% de la demanda de trabajadores en Guayaquil en el último semestre del 2008 y cree que la causa se debe a la inflexibilidad laboral agravada por el Mandato No 8 y por la crisis financiera en el país.

Estos son los datos estadísticos oficiales proporcionados por el INEC, sin embargo el criterio de varios sectores empresariales sostiene que estos datos no son reales y que los porcentajes son mayores de desempleo y subempleo, pero si solo nos regimos a los datos dados por el INEC podemos ver que no son nada alentadores con respecto a la situación económica por la que esta atravesando el país.

4.4.- Criterios Personales de diferentes sectores con respecto a los efectos del Mandato Constitucional No 8.

Introducción.

Para tener un mejor criterio sobre los efectos que trajo el Mandato Constitucional No 8 he creído conveniente realizar entrevistas a personas de los diferentes sectores que están relacionados con el tema en análisis, para así poder percibir cual es el sentir desde el punto de vista de cada uno de ellos, es decir desde el punto de vista de los empresarios, trabajadores, ex empresas de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios, cuanto del Ministerio de Trabajo. Quiero resaltar que las entrevistas no han sido editadas en su totalidad con

el objetivo de mantener en lo posible la originalidad de las mismas, por ende cualquier error en el desarrollo de la entrevista es propio del autor.

Entrevista al Sr. Cesar Fernando Padilla Palacios.

Secretario General del Sindicato de Trabajadores de ERCO y Vicepresidente Nacional de CEOSL “Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres”

1.-Esta usted de acuerdo o no con la eliminación de la contratación por horas, intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios que trajo el Mandato Constitucional No 8. ?

Evidentemente en nuestro accionar diario siempre hemos estado pregonando que se dé la eliminación de éstos contratos precarios, los trabajadores hemos presionado a los gobiernos de turno a que se elimine estas formas de trabajo, lo que si podemos afirmar al respecto es que en gran parte se eliminó y se pudo frenar este tipo de abusos de algunos empleadores que se enriquecieron en base a los trabajadores, pero no se ha eliminado por completo la intermediación laboral y la tercerización porque en el mandato 8 en un artículo, da legalidad a 5 formas de tercerizar, lo que es servicio de comedor, transporte, guardianías, entre otros e incluso en el mismo mandato 8 habla de los contratos civiles que ahora los que antes prestaban esos servicios de tercerización lo están haciendo mediante contrato civil, ya no un contrato legalmente inscrito en el ministerio de trabajo sino un contrato hecho por dos partes sin que nadie lo pueda regular.

2.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a las empresas. ?

Para aquellas empresas que vivan de la explotación al trabajador lógicamente que dejaron de percibir esos valores muy altos, porque cuando se hizo el estudio para eliminar o para acabar con estos sistemas precarios de trabajo se pudo evidenciar que usufructuaban de dineros que legalmente no les debían haber correspondido, debido que al trabajador por hacer su trabajo se le daba en el mejor de los casos el salario mínimo vital cuando por estos trabajadores las empresas que vivan de aquello

cobraban muchísimo mas, osea sin hacer nada únicamente por colocar al trabajador y la colocación no era una legal competencia si no por acuerdo entra amigos que eran empresarios y gozaban de esos dineros, ahora para las empresas usuarias lógicamente más que perjuicio económico trajo más preocupación debido a que a esos trabajadores debían ser regularizados, como pagarles seguro social, tienen que dar todos los mecanismos de seguridad industrial ya que esos trabajadores actualmente son cien por ciento cubiertos por la ley, asea que también querían obtener beneficios al respecto también lógicamente que deben verse ellos como perjudicados pero en el fondo no son perjudicados.

3.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a los trabajadores. ?

A mi criterio sí creo que los trabajadores tienen mayores beneficios por que ahora si se están aplicando sus derechos, y claro, que ahora ellos están amparados bajo el código de trabajo y bajo los contratos colectivos en las empresas donde haya, pero lógicamente que si los trabajadores están mas tranquilos para poder realizar su trabajos no solo con estabilidad, sino seguridad social que es otro asunto que hemos estado preocupados por los compañeros.

4.- Cree usted que la eliminación de estas clases de contratación apoyo a generar mas fuentes de trabajo en el Ecuador. ?

Nosotros cuando discutíamos esos temas y ahora lo seguimos haciendo, esos puestos de trabajo que ocupaban antes compañeros tercerizados en la actualidad los siguen ocupando sea por la forma que sea, osea los puestos de trabajo siguen siendo los mismos, si se crean más fuentes de trabajo por apoyo a la empresa privada por mayor aporte en el capital de los accionistas claro que va a ver más puestos de trabajo, pero independientemente de que haya o no contratos precarios obviamente los trabajadores entraran a laborar bajo el código de trabajo y amparados bajo el ministerio de trabajo que tiene que regular y ver que a los trabajadores no les ocurra nada, que no estén desprotegidos, estos puestos de trabajo habiendo o no habiendo tercerización van a existir, si existe inversión de capitales si existe de parte de los

empresarios el afán de invertir para producir de una mejor manera claro que esos puestos específicamente siempre van a estar ahí y eso no tiene nada que ver con la tercerización o sin la tercerización.

5.- Respecto a la estabilidad laboral que otorga el Mandato No 8 para los trabajadores, cual es su criterio?

Cuando se elaboraron una serie de mandatos y actualmente una serie de decretos sin un debido análisis sin un debido estudio previo y sin haberse preocupado en su redacción lógicamente que va a haber inconvenientes. El mandato ocho lastimosamente daba una estabilidad de un año la cual nosotros oportunamente la supimos analizar, y a los compañeros que les tocaba firmar este contrato les pedimos que no firmen debido a que la estabilidad estaba dada por el mandato, mas no por el hecho de firmar o no el contrato, el mandato ya les daba estabilidad de un año y pero la diferencia era de que algunos empleadores obligaron a firmar a los trabajadores con el objeto de que en un año vence el contrato y termina la relación laboral, pero el mandato no, o sea los trabajadores que no firmaron, que fueron muy pocos, lamentablemente hoy tienen estabilidad sin ningún tipo de problema, pero aquellos trabajadores que es la mayoría del país que firmaron ese contrato de un año, obviamente transcurrió el tiempo y ya se termino ese contrato. El ministerio de trabajo ha emitido un documento con fecha 19 de marzo dirigido a todos los funcionarios del ministerio: inspectores de trabajo, directores de trabajo y todos los que estén involucrados y tengan la capacidad de resolver esos casos con esos trabajadores, lamentablemente en ese documento también manifiesta que la estabilidad de los contratos no se limita a un año únicamente pero también manifiesta que los empleadores que paguen lo que legalmente les corresponde están en su derecho de poder despedir al trabajador, y la mayoría de empresarios han hecho eso, esa no es la cuestión, es que reconozcan el tiempo atrás, no solo que les paguen del año sino del tiempo que ya trabajaron para las tercerizadoras, o sea que si se les paga con todo eso sería legal, lo que los compañeros nos han comunicado es que simplemente se les despidió y se les dijo gracias y sin ningún tipo de arreglo, sin ningún tipo de indemnización que legalmente les corresponde a los compañeros, esa es la lucha que hasta el día de hoy no podemos estar tranquilos porque los

empresarios simplemente cerraron o dejaron vacantes los puestos de trabajo para ocuparlos con otras maniobras que ya están aplicando en muchos lados.

6.- Cree usted que estas clases de contratación deberían ser reintegradas al marco jurídico laboral Ecuatoriano. Bajo que regulaciones o sugerencias ?

Como le explicaba existen efectos positivos y existen efectos negativos, estos efectos positivos se podría decir que actualmente un gran número de trabajadores ya no están bajo este sistema precario de trabajo, la gran mayoría está por medio definido y está trabajando bajo las regulaciones de la ley eso sería como efecto positivo.

El efecto negativo de éste decreto es que no fueron debatidos ampliamente debido a que en éste momento tenían la mayoría absoluta el partido de alianza país en la elaboración de los mandatos y la constitución, o sea no hubo el espacio para el debate que es muy positivo y muy importante, porque son ideas que deben ser analizadas sin importar de que sector venga así sea de la oposición y a mas de eso al no elaborar pensando que efectos va a traer iba a ocurrir lo que está sucediendo, despidos de muchos trabajadores, iba a ocurrir que en el mismo mandato 8 por ganarse la simpatía de ciertos sectores incluyó en la parte final la eliminación de supuestos privilegios en la contratación colectiva sin ser regulados sus límites, habla abiertamente de crear una comisión omnímoda la cual tenía sobre poderes, bajo criterio del actual ministro de trabajo manifiesta que los mandatos son supra constitucionales cuando sabemos que la constitución es la carta magna del país y no hay nada supra constitucional, lo peor es que él nos entrega ese documento por escrito manifestando que los mandatos son supra constitucionales.

Cuando no se hace un estudio correcto lógicamente que va a traer consecuencias a futuro y hoy lo estamos viendo, problemas tan graves como alguna vez un compañero manifestó que un estudiante de derecho empieza sabiendo que no hay nada supra constitucional, que la constitución es lo que rige al país, pero que el ministro de trabajo emita un criterio así y por escrito si nos deja mucho que decir mucho que pensar al respecto.

Entrevista al Dr. Dúval Yánes.

Director Regional de Trabajo del Austro.

1.-Esta usted de acuerdo o no con la eliminación de la contratación por horas, intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios que trajo el Mandato Constitucional No 8. ?

Bueno primeramente tenemos que identificar muy bien que este mandato no es constitucional sino constituyente, porque nació de una decisión popular que otorgó o facultó a la asamblea nacional constituyente de plenos poderes para que todo el andamiaje jurídico sea revisado, por lo tanto el mandato constituyente numero 8, que nació justamente bajo estos efectos constituyentes trajo el fin a la tercerización, servicios complementarios y a la contratación por horas. Desgraciadamente tenemos nosotros y digo nosotros porque me incluyo, una cultura de incumplimiento de las normas, tenemos una cultura de evadir responsabilidades y obligaciones, entonces cuando se reformo en el año 2006 las modalidades de contratación individual, en el articulo 346 si la memoria no me falla, dio la posibilidad de contratar bajo esta modalidad de la tercerización y la intermediación laboral que en la práctica llego a ser una especie de esclavismo laboral porque se violentaba normas establecidas en la constitución o sea si violentaba derechos fundamentales de los trabajadores, entre ellos a la estabilidad y la continuidad laboral, entonces la antigüedad quedaba a merced del contrato mercantil que celebraba el intermediador con la usuaria, otra cuestión, la jornada laboral o el contrato por horas cayó en un vicio de que la contratación por horas esta establecida en la ley reformativa, en ese entonces cuando y en qué condiciones debería realizarse la contratación por horas y el porcentaje de trabajadores que deben ser contratados bajo esa modalidad algo que desgraciadamente no se cumplía, se buscaba las formas y los medios de evadir lo que es la responsabilidad del seguro social, lo que es las aportaciones, la decimo tercera, la decimo cuarta remuneración y el fondo de reserva, entonces el mandato constituyente nació como respuesta a esta voz, a esta angustia del pueblo ecuatoriano y por lo tanto el mandato constituyente numero 8 dijo, “hasta aquí no mas a esta forma casi esclavista de la relación obrero-patronal” o sea a esta triangulación.

2.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a las empresas. ?

El asunto radica si es que yo tenía en un proceso productivo 100 trabajadores, pero esos 100 trabajadores les contrataba a través de la intermediación laboral, yo tenía que pagar una comisión como usuario a quien me intermediaba o a quien me prestaba a esos trabajadores que quedaban bajo mi dependencia y subordinación como usuario sería el ejemplo. Entonces ningún efecto económico debió existir para las empresas, más bien la relación es directa y bilateral con quien trabajo, entonces desgraciadamente las empresas le han satanizado a la sindicación, que también ha habido excesos en la sindicación no como institución, sino en sus dirigentes que no ha habido tampoco una especie de renovación democrática, que es la actividad democrática que dentro de la clase trabajadora nos hace falta, oxigenar dar juventud, dar espacio, dar creatividad y posibilidad. Entonces usted verá que por los medios de comunicación tenemos a los clásicos dirigentes que están en todas las empresas, no hay caras nuevas en la organización del sindicato, entonces se da esta especie de satanización no a la organización sindical como tal, sino a la forma de dirigir que ha hecho que de cierta forma las empresas satanicen a la sindicación cuando la sindicación es bueno, es normal, es justo, que inclusive la misma OIT manifiesta en su recomendación 198 que hace referencia al empleo decente, dice: que definitivamente se tendría que buscar la forma de la organización sindical y buscar los mecanismos necesarios para la contratación colectiva por ramas de especialidad.

Nosotros nos educamos en una especie de abogados confrontativos que buscamos siempre la controversia y que analizábamos nosotros en el proceso civil la carga de la prueba, como hay que confundir al juez, no hemos tenido la capacidad de estar en esta instancia de la mediación en esta instancia de formas alternativas de solucionar los conflictos, entonces ustedes, la nueva generación de abogados tiene que tener esta visión de la economía procesal y paz social, de las relaciones en materia laboral en este caso justas, equitativas y de equilibrio.

3.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a los trabajadores. ?

Bueno nosotros podemos decir que ha traído grandes beneficios a los señores trabajadores, por que ya sabe quién es su patrón, porque muchas de las veces no sabía quién era su patrón. Como ejemplo y no quiero que esto se tome como ejemplo clásico o que se da para motivo de análisis o estudios, a nosotros nos toco cuando llegamos a este ministerio realizar inspecciones a las empresas, a las compañías y a las fabricas de mayor importancia y nos toco hacer una inspección a Hidropaute en la que encontramos a trabajadores con el mismo uniforme azul pero que decía ecua electricidad y algunos otros nombres, y si les preguntaba para que empresa trabaja ellos decían para Hidropaute pero yo soy de ecua electricidad entre otras empresas, pero la verdad doctor de aquí para el otro mes no si me pongan de nuevo en ecua electricidad o en otra empresa, entonces imagínese ese daño emocional y psicológico para el trabajador de no saber quién es su patrón ni a quien reclamar, entonces fíjese usted en el momento en que existían un despido intempestivo usted no sabía quién era su contrator, la persona o personero activo a la que tenía que reclamar, ahora la relación es directa y bilateral. Entonces esta triangulación fue totalmente nefasta para la historia productiva de este país y a mas de eso veinte y cinco y pico de años de democracia con un congreso de la república al servicio de los poderes políticos tradicionales, con un candado constitucional en la que usted presentaba los proyectos y tenía que pasar uno o dos años en la congeladora y que de ahí tener la aprobación de las dos terceras partes de los señores "padres de la patria", entonces ese congreso prostituido con todo el respeto que se merecen, porque no puedo hacer juicios de valor, pero con cantidad de payasitos con todo respeto para las actividades de trabajo, con cantidad de locutores. Los partidos políticos cayeron en desuso y en desgracia porque tampoco renovaban sus cuadros, eran clanes, parientes, amigos, cognados en esa situación de manejo político o en su momento de ver como entrar en la cosa pública o como algún ciudadano dijo como entrar en la troncha, pero los ciudadanos de a pie, comunes y corrientes no podíamos ingresar en esta situación porque tenemos principios claros de lo que estamos haciendo. Estamos dando un servicio público, estoy yo más o menos dos años y pico pero con satisfacción, se ha hecho lo que se ha podido mas allá de nuestras cuestiones sabiendo que estamos en un proceso democrático , en un proceso político de la revolución ciudadana, en la

que estamos hablando de la transparencia, principios , derechos de la juventud, de los derechos de la persona con discapacidad, de los derechos del migrante, de los ciudadanos que nos visitan, de la regularización laboral Ecuador- Perú estamos hablando de los sueños que yo también cuando joven tenía, de un mejor país de una mejor ciudadanía, pero a mí me toco enfrentar cosas difíciles donde habían juzgados en los que tenían ya abogados a quienes patrocinar entonces así sucedía pero se ha ido luchando, por eso aquí en este ministerio todos los abogados tienen las mismas tratativas, de aquí no se deriva absolutamente a nadie y el abogado en libre ejercicio profesional es respetado en la extensión de la palabra.

4.-Cree usted que la eliminación de estas clases de contratación apoyo a generar mas fuentes de trabajo en el Ecuador. ?

Pero naturalmente pues, nosotros como ministerio de trabajo con la intermediación y la tercerización casi desaparecemos, entonces para que este ministerio?, ya hasta se estuvo pensando en que se haga una oficina adscrita al ministerio de bienestar social, pero de ahí el ministerio de trabajo y empleo ha tenido una presencia activa y efectiva, entonces aquí en este momento como ministerio estamos institucionalizando el dialogo social como herramienta válida para la solución de las controversias, prevención, no estamos tampoco en contra de la mediación. Las herramientas de la mediación y sus mecanismos son buenos e idóneos, pero la mediación se da cuando ya los hechos se han consumado, ya no nos podemos entender, entonces la instancia de la mediación ya es un diálogo de sordos y palo de ciegos. Pero si nosotros estamos primeramente en la prevención de la constrictividad y la misma OIT a través de la recomendación 198 de trabajo y empleo decente ha establecido cuatro ejes fundamentales: la promoción de trabajo decente como tal, la promoción del empleo, la protección social a los sectores de atención prioritaria o vulnerable, y el fomento del dialogo social. La misma OIT a manifestado que no podría y eso es natural dar un concepto de lo que es el diálogo social ni tampoco ha dicho que ésta es la metodología, por lo tanto la misma OIT dice el diálogo social no tiene un concepto general sino un concepto propio e intrínseco a cada uno de sus realidades de las relaciones obrero patronales y tampoco existe un método, el método hay que irlo buscando, encontrando como entenderlo, ésta misma recomendación dice por primera vez que a través del dialogo social se

podrán ver a la cara empleadores y trabajadores y habrá un cruce de información, y a éste cruce de información se conoce como recorrido participativo, entonces los empresarios y trabajadores harán un recorrido participativo, esto no sucedió hace tres o dos años anteriormente a la vigencia del mandato constituyente. En la actualidad con éste cruce de información podemos decir: bueno que propuestas presentamos los unos y los otros y que compromisos tenemos que hacer entre trabajadores y empleadores, hoy en la crisis tenemos que afianzar el diálogo social porque tenemos que acostumbrarnos a dialogar a conversar y a sincerarnos.

5.- Respecto a la estabilidad laboral que otorga el Mandato No 8 para los trabajadores, cual es su criterio?

Bueno como estamos en ésta cultura del incumplimiento el mandato constituyente número 8 ha dicho que las personas que fueron intermediadas tendrán un año de estabilidad laboral y luego de ello se harán acogedoras o beneficiarias de la contratación colectiva porque en la contratación colectiva también ha habido excesos. No puede ser justo que al mismo estado los administradores se le ha dado como a dicho popular se le ha dado como a burro amarrado entonces había esos excesos, no puede ser justo que a Pacifictel y Andinatel a través de la contratación colectiva se consiga cuatro horas ordinarias de trabajo las demás serán extraordinarias, con todo el respeto para un señor conductor ganando alrededor de 1800 dólares ¿será justo? Y un trabajador ordinario 2600 dólares entonces éstas inequidades había que controlar por eso es que el mismo mandato constituyente nos dio la posibilidad de conformar la comisión de revisión de estos contratos, entonces ha habido entidades que de cierta forma han incumplido, nosotros cumpliendo con el mismo proceso se les ha sancionado con las 20 remuneraciones básicas unificadas, claro que ellos están de acuerdo a la constitución en la posibilidad de interponer los recursos que sean necesarios, de reposición primeramente ante la autoridad de quién otorgó, el de revisión, y el de apelación que puede demandar en lo contencioso, que también tiene una carga de juicios de esa naturaleza. Por este actuar hasta me han demandado en la ciudad de Cuenca y hasta en la ciudad de Guayaquil unas mineras y tengo que buscar un abogado en Guayaquil a que me defienda.

En el caso de que trabajadores intermediados o tercerizados pasaron a tener una relación bilateral con el patrono y se los despide el patrono tendrá que pagar la indemnización al despido intempestivo y al desahucio mas la multa correspondiente de las 20 remuneraciones correspondientes, a nosotros nos corresponde aplicar lo que dispone el artículo 7 del mismo código de trabajo que dice en caso de duda sobre la causa de las disposiciones legales reglamentarias o contractuales en materia laboral los funcionarios judiciales o administrativos se aplicara en el sentido mas favorable al trabajador. Independientemente de que haya pasado un año, ahora si es que hay las causales establecidas para el mismo es otra cosa y tendría que verse un trámite dando lugar a la evidencia a la dirección de trabajador.

6.- Cree usted que estas clases de contratación deberían ser reintegradas al marco jurídico laboral Ecuatoriano. Bajo que regulaciones o sugerencias ?

Creo que definitivamente deberíamos procurar que esta forma esclavista de la relación laboral al menos en nuestro país no vuelva a suceder, necesitamos que las relaciones laborales sean bilaterales directas ya que esa relación laboral triangular ha dejado lacerado a muchas clases de trabajadores y eso también ha impedido de que no tengamos una organización sindical fuerte a fin de que presente propuestas, queremos también una organización sindical no solamente confortativa si no que también presente políticas alternativas.

7.- A su criterios que efectos trajo el Mandato Constitucional No 8.

Efectos positivos para la ciudadanía ya que esto ha permitido que tanto empresarios como trabajadores tenga confianza en las entidades del estado, como por ejemplo a nosotros como ministerio se nos ha permitido a que no se nos mire simplemente como entidad administrativa totalmente coercitivas, reactivas sino que también se nos vea como un ministerio preventivo y propositivo, nosotros no somos jueces sino funcionarios administrativos que debemos trabajar en prevención y el mandato constituyente le ha dado presencia al ministerio, obviamente también por la presencia de un ministro como el Dr. Antonio Gallardo con la capacidad y una formación que tiene, con firmeza de procedimientos, yo si le admiro al Sr. Ministro porque se enfrentó, eso si como ciudadano ecuatoriano a las verdaderas

organizaciones de éstas empresas llamadas de tercerización e intermediación. Yo sí puedo decir del Sr. Ministro cuando nos enfrentamos a algunas empresas aquí en cuenca, me respaldo y me sigue respaldando, mas allá de que yo me quede o no me quede en esta dirección, por que esto es temporal. Pero hubo ese temple de un ministro de decir a esas empresas, verdaderas organizaciones con poder económico y político y mucha ya con tilde internacional, transnacionales, imagínese usted y había que enfrentarles a ellos. Entonces ahora si el ministerio esta posesionado en los ojos de la ciudadanía en la clase trabajadora y en la clase empresarial. Pues como ministerio ofrecemos seguridades políticas al uno y seguridades políticas al otro. No abusos del uno, no abusos del otro entonces se ha creado un marco de confianza mutuo.

8.- Existe problemas de aplicabilidad del Mandato Constitucional No 8.

Bueno el mandato está claro, definitivamente las facultades que establece el mismo reglamento de aplicación a la autoridad de trabajo son claras, en el caso de que la autoridad deba sancionar ante cualquier tipo de anomalías, se inicia con un proceso de investigación, este proceso de investigación da como resultado un informe, este informe con los cargos atribuibles se corre traslado al requerido para que venga a una audiencia o comparecencia en la que puede descargar esos cargos no atribuidos sino atribuibles, pero si no se quiere solucionar se tendrá que emitir un acta de juzgamiento pero motivado.

Las entidades no han sido muchas las sancionadas porque se han acogido a lo que establece el mandato, pero hemos cumplido con la ley, entonces como producto de ello hay un monto de multa de 1.286.000 mil dólares, no solo por las sanciones que establece el mandato sino por que algunas de estas empresas de tercerización y otras empresas han incumplido sus obligaciones, de los montos anteriormente señalados ya estamos recuperando vía la jurisdicción coactiva mas de 400.000 dólares, tampoco se puede decir que esto es bueno pero había que hacer cumplir la ley. Son montos muy significativos que esto va a servir en pro de la auto gestión para contratar nuevos funcionarios y auto gestión del ministerio, entonces eso hemos hecho y como digo me siento satisfecho como ser humano y como persona.

Entrevista al Sr. Frank Ortiz.

GRUPO ORTIZ

1.-Esta usted de acuerdo o no con la eliminación de la contratación por horas, intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios que trajo el Mandato Constitucional No 8. ?

Como empresario no se puede estar de acuerdo en este tipo de decisiones de la asamblea constituyente por que te cargas con trabajadores que ni siquiera sabes que tales son, que como empresa no sabes si te sirve o no te sirve ese trabajador, anteriormente con la contratación por hora o la intermediación si un trabajador no respondía a tus necesidades lo cambiabas y punto, pero ahora con el mandato 8 ya no puedes darte ese lujo ahora debes utilizar al reglamento interno para protegerte y por supuesto establecer la reglas del trabajo y proteger por su puesto al trabajador.

2.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a las empresas. ?

Claro que afecto y te comento algo, aquí en una de nuestras empresas que hacemos productos mas manualmente, recibimos pedidos esporádicos, eventuales que nos solicitan en ciertas épocas del año como son las laminas de poliexpander que son tipo baberos para las bananeras y piden por millares, y ahí veces que hay un pico de la demanda donde necesitas más personal , 10, 20 obreros más para poder cumplir con fechas de entrega y ahora hay veces que no hay como hacerlo, con las nuevas regulaciones ya no puedes darte el lujo de atender estos piquitos de la demanda por que ya no puedes hacer contratos por horas que antes lo hacia y ahora la empresa ya no puede contraer esa negociación y hay que mandar al cliente a que vaya a otro lado significando una gran pérdida económica.

3.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a los trabajadores. ?

Claro que afecto, te comento teníamos trabajadores que trabajaban aquí 8 horas, o el guardia que trabajaba aquí 12 horas en la noche pero en el día, él podía ver un trabajo de horas, de dos, tres horas entonces obviamente que afecto al trabajador porque ahora no puede ganarse esas cuatro horitas al día y deja de percibir esos ingresos que le permitían tener una mejor forma de vida, ahora la constitución no apoya eso y por ende la empresa ya no puede contratarlos servicios de esta persona.

4.- Cree usted que la eliminación de estas clases de contratación apoyo a generar mas fuentes de trabajo en el Ecuador. ?

Definitivamente no por que las empresa tienen miedo a tener demasiados trabajadores dentro de sus empresas por el riesgo de los sindicatos a pesar de que tal vez por sus necesidades si lo requieran, nosotros hacemos aquí un contrato de tres meses y luego se genera un contrato de un año automáticamente y nada mas, el nuevo mandato otorgó estabilidad a los trabajadores que pasaron a trabajar directamente en la empresa pero la verdad que el trabajador por su forma de ser y de trabajo se gana su estabilidad, si es un buen trabajador se vuelve indispensable y la empresa no va a querer que se vaya, Ahora bien las fuente de trabajo actualmente son menos por que el empresario no quiere invertir en un país cuando se siente que tiene una legislación no favorable hacia él, cuando el riesgo país es bajo, cuando los bancos están cerrados a créditos y sobregiros, cuando la legislación laboral no esta abierta a contratos como los de horas, intermediación , tercerización con este ambiente que hace el empresario? Simplemente no invierte en empresas, si no e otro tipo de negocios en el que no necesite tanto personal así no tenga un alto rendimiento, entonces quien es el perjudicado? No el empresario si no el trabajador por que el empresario dice no voy a invertir el millón de dólares en esto sino en un bono que me esta dando un rendimiento del 15% con eso esta tranquilo no tiene riesgo no tiene problemas, pero tu inviertes acá tu millón de dólares sin saber que va a pasar, te pueden armar un sindicato y para un empresario es lo peor, por que crees que muchas empresas se están trasladando al Perú? Por que hay más seguridad para

invertir, y comparándonos con Perú el crecimiento de ese país es el doble que el nuestro, estamos con un proyecto de expansión para Perú por las ventajas en las leyes laborales.

5.- Respecto a la estabilidad laboral que otorga el Mandato No 8 para los trabajadores, cual es su criterio?

Correcto, el mandato 8 como te dije le da estabilidad netamente al trabajador. El cumple sus tres meses a prueba, luego pasa a ser trabajador con un contrato de un año o indefinido como lo maneje cada empresa y puede convertirse en un vago completo y no puedes hacer nada por que tiene garantizada su estabilidad, tiene el derecho a su pago, No puede ser!. Actualmente no puedes multarles más que el 10% de su básico. Y con un señor que falta en mi empresa como sabes cubre un puesto importante que no puedo remplazarlo con otra persona por que no tiene experiencia me daña la línea de producción y me cuesta muchísimo dinero, entonces eso es un daño para el empresario pero para el trabajador simplemente se garantiza la estabilidad, macho apoyo al empresario No!!!!

6.- Cree usted que estas clases de contratación deberían ser reintegradas al marco jurídico laboral Ecuatoriano. Bajo que regulaciones o sugerencias ?

A mi me parece que si debe haber pero con una regulación, tampoco explotarle al trabajador, como en algunas empresas en donde el empleador abusaba de sus empleados, pero si debería darse con unas buenas regulaciones para tanto cuidar al empresario como al trabajador por que el empresario genera el trabajo y el empleado que es la fuerza laboral.

Dr. Iván Roche.

Gerente ROWOODMADERAS.

1.-Esta usted de acuerdo o no con la eliminación de la contratación por horas, intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios que trajo el Mandato Constitucional No 8. ?

En realidad no estoy de acuerdo, por que definitivamente es un retroceso dentro de lo que significa un programa racional de creación de fuentes de trabajo y de un sistema de trabajo adecuado o acorde a las circunstancias y al círculo en que vivimos.

2.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a las empresas. ?

Pienso que a las empresas no les trajo beneficios y tampoco les perjudico, yo creo que el espíritu de la ley en cuanto a la contratación por horas, intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios fue bueno, pienso que es un sistema moderno y ágil, además de eso flexible que va mas bien en beneficio de los trabajadores antes que de los empresarios. El problema fue que las tercerizadoras a mi modo de ver desvirtuaron el espíritu de la ley, y esa es la causa del porque trajo problemas a los trabajadores.

3.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a los trabajadores. ?

Bueno en este caso diría yo que hay dos grupos de trabajadores y que habría que diferenciar el uno del otro. Los trabajadores que necesitan una fuente de empleo a tiempo completo definitivamente les afecto económicamente no porque el empresario usufructuó o trato de estafar al trabajador si no mas bien porque las tercerizadoras como intermediarias lo hicieron, en el que el beneficio fue mas para ellas que para los trabajadoras. Y el otro grupo a las cuales si les afecta definitivamente este cambio de sistema es el estudiante o la persona que esta siguiendo una carrera intermedia o de tecnología, mandos medios o algo de eso, que

tiene un tiempo relativamente bueno de tres o cuatro horas, para dedicarse a trabajar en a una empresa, no ha tiempo completo, Estas tres o cuatro horas es una fuente de ingresos para esa persona, aporta para la familia y al desarrollo del país porque esta ocupando una plaza de trabajo acorde a sus circunstancias y a sus necesidades.

4.- Cree usted que la eliminación de estas clases de contratación apoyo a generar mas fuentes de trabajo en el Ecuador. ?

Bueno llegamos al mismo caso, la persona que tenía un empleo a medio tiempo por mas estabilidad laboral que le de la ley establezca actualmente, definitivamente no puede seguir trabajando porque no puede cumplir con las cuarenta horas laborables. Entonces mas bien volvemos al punto de que las tercerizadoras aprovecharon de las circunstancias de las empresas, para librar al empresario del embrollo de las leyes y los contratos y la responsabilidad, sindicatos, etc.

5.- Respecto a la estabilidad laboral que otorga el Mandato No 8 para los trabajadores, cual es su criterio?

Pienso que la estabilidad laboral que otorga el mandato como dije anteriormente va a generar empleo, va a generar trabajo y lo que si yo pienso es que la contratación bajo este régimen debería ser del empresario con el trabajador dejando a un lado las compañías tercerizadoras o intermediadoras, pues simplemente hasta cierto punto nosotros tuvimos algunos trabajadores bajo este régimen pero con una contratación directa de la fabrica o del empresario al trabajador sin haber necesitado o intervenido o en esa negociación las tercerizadoras.

6.- Cree usted que estas clases de contratación deberían ser reintegradas al marco jurídico laboral Ecuatoriano. Bajo que regulaciones o sugerencias ?

Si por que por estas clase de contratación le daba al trabajador la posibilidad de trabajar dos o tres horas, ahora esa persona se fue a su casa por que tampoco el empresario puede pagar por tres o cuatro horas un trabajo a tiempo completo, o sea no tiene sentido, correrse el riesgo de ser demandado de no poder hacer las cosas

como en realidad deben hacerse legalmente. Esto a mi modo de ver es un retroceso dentro del sistema de producción o de generación de riqueza dentro de un país.

7.- A su criterios que efectos trajo el Mandato Constitucional No 8.

La ley esta vigente, por ende están prohibidos todo este tipo de contratación por horas o por intermediación laboral o tercerización de servicios en desmedro de la gente que tiene posibilidades de trabajar dos o tres horas y que a la vez que genera riquezas tiene medios para ellos subsistir o ayudar en su casa a solventar la situación económica actual.

Ingra. Carmita Flores.

Ex Jefe de Agencia SOTEM Cuenca.

**Cargo Actual: Coordinadora de Selección y Administración Salarial
MARCIMEX**

1.-Esta usted de acuerdo o no con la eliminación de la contratación por horas, intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios que trajo el Mandato Constitucional No 8. ?

Bueno en lo que respecta a la contratación por horas a mi criterio personal, era una forma injusta de contratación que yo no se en que momento permitieron, si es que fue en beneficio de los trabajadores obviamente nunca se hizo un análisis profundo, porque la gente no tenía ninguna estabilidad laboral, al contrario estaba en la vía de que en cualquier momento le decían aquí se termina su trabajo, no tenía derecho a algunos derechos, perdían todo lo que son las vacaciones, en todo caso para mi fue la forma mas inestable de contratación a pesar que en la misma inspección de trabajo defendían como medio de contratación, a que se refiere la forma injusta?, el personal no gozaba de una estabilidad laboral que el estado está hablando todo el tiempo de los derechos de los empleados, creo que ésto no fue en defensa de los empleados.

En cuanto a la intermediación laboral y tercerización de servicios, lamentablemente hubo un mal manejo de éste sistema, hubieron empresas que

lamentablemente le dieron un mal manejo al sistema. Hubieron empresas que no utilizaron correctamente el sistema y eso fue lo que ocasionó inclusive la eliminación, éste sistema bien manejado es un apoyo para las empresas, realmente si en otros países se sigue utilizando es porque es una buena herramienta. Lo que si de pronto se debió haber hecho es poner mayores parámetros de control, hacer un reglamento que regularice ésta actividad mas no la elimine, realmente a mi criterio no estoy de acuerdo con la aplicación de este mandato, que yo pienso que luego el mismo estado se dió cuenta de lo que perjudicó éste sistema.

2.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a las empresas. ?

No creo que la eliminación de la tercerización haya traído beneficios a la empresa, pero tampoco una afección por que en la tercerización y servicio de intermediación laboral se pagaba una comisión, el beneficio que de pronto trajo para las empresas es que éste servicio si permitía la contratación de personal para ciertas eventualidades, para un incremento en la producción, un manejo de ciertas situaciones puntuales dentro de la empresa, en eso si se han visto perjudicado por que en este momento las leyes no le permiten manejarse bajo este aspecto, si usted tiene una eventualidad en un incremento de producción o dos incrementos de producción en el año usted no lo puede manejar con la misma gente y lo que hace es quitar las fuentes de trabajo al personal, o sea usted puede contratar al personal por una sola vez pero ya no le puede volver a contratar por que ya implica una estabilidad laboral, Económicamente yo no creo que haya afectado a las empresas por que al contrario fue una reducción de costos con la comisión que se pagaba.

3.- Cree usted que la eliminación de estos contratos trajo beneficios o afecto económicamente a los trabajadores. ?

Bueno esto se lo puede ver desde dos puntos de vista, indudablemente los trabajadores al sentirse con estabilidad laboral es posible que les resulto un beneficio, pero para los trabajadores que están buscando fuentes de trabajo se vieron afectados, por que a través de las empresas de intermediación y tercerización usted sabia donde hay las fuentes de trabajo, este rato la gente no sabe donde dirigirse, existe el riesgo

por parte de las empresas en contratar directamente por situaciones que no se han venido manejando bien como es el asunto de los comités de empresa, asociaciones de trabajadores que no se han manejado correctamente y no han sido una herramienta de apoyo para la empresa si no mas bien por el contrario.

4.- Cree usted que la eliminación de estas clases de contratación apoyo a generar mas fuentes de trabajo en el Ecuador. ?

No, la eliminación como le decía anteriormente redujo las fuentes de trabajo inclusive, las empresas para estos casos, optaron por incrementar las jornadas de trabajo con sus propios empleados, de pronto pagar horas extras y cubrir esas plazas de trabajo para cubrir sus necesidades.

5.- Cree usted que estas clases de contratación deberían ser reintegradas al marco jurídico laboral Ecuatoriano. Bajo que regulaciones o sugerencias?

Yo pienso que si se debería volver a reinsertar pero estableciendo controles, como el tiempo de permanencia del trabajador a través de la empresa tercerizadora o de una empresa de intermediación laboral, como es en otros países, en la que usted tiene un marco máximo de dos años de estar intermediado y luego de ello debe pasar a la empresa usuaria, ahí hay otro punto importante y es que las empresas deberían analizar el tiempo que requiere de ese trabajador por que si usted requiere de ese trabajador por dos periodos seguidos significa que si hay esa fuente de trabajo estable, entonces hay que evaluar eso y dar la oportunidad de que la gente se gane esa estabilidad en el momento que se vayan generando esas vacantes y se los vaya insertando dentro de la misma empresa, debería ser bien regularizado tanto para las empresas intermediadoras como para las empresas privadas.

6.- A su criterios que efectos trajo el Mandato Constitucional No 8.

Bueno los efectos son claros, la reducción de fuentes de trabajo, la reinsertión de la gente con estabilidad de un año, lo cual a traído algunas situaciones que lamentablemente la gente tiene el criterio que mientras está intermediada tiene que

ganarse su oportunidad de estabilidad y ahora que gran parte de la gente fue asumida establemente por la empresa usuaria la gente a comenzado a proceder de otra manera entendiéndolo como que la empresa tiene mas bien la obligación de tenerlo y no lo ve como la oportunidad que le da la empresa de trabajar, es decir tienen que contratarme y no yo me voy a ganar este puesto de trabajo, entonces la flexibilidad si daba oportunidades a ambas partes tanto al trabajador como a la usuaria.

A nivel de lo que son servicios complementarios ahí si estoy totalmente de acuerdo, por ejemplo lo que se manejaba como guardianía, por medio del mandato a permitido regularizar totalmente esta actividad que fue la que para mi dio la mala fama, ya que las tercerizadoras cobraban un valor a la empresa usuaria y terminaban pagando un valor inferior al guardia, ahora yo puedo ver desde la otra posición en la que estoy, ahora nosotros revisamos de que el trabajador reciba el sueldo justo por que a la larga nosotros también nos volvemos solidarios.

7.- Existe problemas de aplicabilidad del Mandato Constitucional No 8.

Yo pienso que si por que hay ciertos vacios y hay ciertas interpretaciones, inclusive a nivel de la misma Inspectoría de Trabajo tienen diferentes criterios, a habido parte del mandato 8 que hemos tenido que hacer analizar en la misma Inspectoría y a nivel de ministerio y a pesar de ello hay varios criterios, entonces hay tantos vacios dentro del mandato que lleva a la duda y dejó muchas puertas abiertas, entonces si se iba a hacer un mandato se lo debía haber hecho muy claro, pensado y muy aplicable pero ni siquiera en este momento las mismas autoridades del Trabajo tienen muy claro el panorama y a veces actúan a favor de los empleados pero no en función de lo que dice el mismo mandato.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1.- Conclusiones.

5.1.1.- El derecho Laboral es un derecho eminentemente proteccionista.

Debemos partir de que las condiciones económicas que tienen las partes intervinientes en el contrato laboral son diferentes, en primer lugar el empleador o empresario es el dueño del negocio y es la persona que tiene el dinero necesario para pagar por los servicios que presta el trabajador, por lo tanto el empleador está en una mejor situación para poder establecer las condiciones de la contratación, por otro lado el trabajador solamente cuenta con su capacidad para poder desempeñar las funciones u oficios que conoce colocándolo en desventaja para poder negociar las condiciones del contrato. Ante esta desigualdad el Estado es el ente encargado de regular y establecer las leyes y normas pertinentes que sean capaces de proteger los derechos de los trabajadores, ya que si se protegen los derechos de éstos de igual manera se está promoviendo el bien común.

Ahora bien el estado como ente regulador, tiene la obligación de proteger al mas vulnerable en la relación laboral, pero de igual manera debe proteger al empleador o inversionista, estableciendo una legislación laboral que le brinde seguridad para poder hacer sus inversiones y que no por proteger los derechos de los trabajadores se establezcan normas que atenten o que pongan en riesgo la inversión.

5.1.2.- Varias Modalidades de Contratación en el Derecho Laboral.

La Legislación Ecuatoriana admite varias clases de contratación laboral, dentro de las cuales se encuentra la contratación por horas, la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios que fueron eliminadas por el Mandato Constitucional No 8, contratos que aportaron mucho para la generación de fuentes de trabajo que mucha falta le hace al pueblo Ecuatoriano y que de igual

manera apoyaron al desarrollo económico del estado, no vale olvidar que el primer usuario de éstas modalidades especialmente fue el Estado.

5.1.3.- El empleo es el eje principal para el desarrollo social ya que le permite al trabajador satisfacer sus necesidades personales y familiares.

Lamentablemente o afortunadamente vivimos en un mundo y en un país consumista, en el cual necesitamos tener fuentes de trabajo que nos permitan obtener ingresos para poder satisfacer tanto las necesidades personales como familiares, por lo tanto el empleo se convierte en ese eje alrededor del cual todos giramos y el Estado debe ser ese ente capaz de crear el ambiente apropiado para que tanto los que necesitan empleo como los que necesitan mano de obra puedan desarrollarse.

5.1.4.- El Estado es el ente que debe garantizar las fuentes de trabajo ya que este es un derecho y un deber social.

El Estado como principio debe garantizar las fuentes de trabajo como un derecho y un deber social, pero mas que eso a mi criterio lo que el Estado debe hacer es garantizar las condiciones tanto para el trabajador como para el empleador y promover fuentes de trabajo de ahí la propia economía será la encargada de brindar el remedio “TRABAJO” a la enfermedad “DESEMPLEO”

5.1.5.- La Contratación por Horas era una figura laboral que flexibilizaba la relación laboral y promovía la generación de más fuentes de trabajo apoyando al desarrollo económico del Ecuador.

La contratación por horas era una clase de contratación que flexibilizaba la relación laboral puesto que al trabajador le permitía ampliar su ámbito laboral y al empleador le permitía obtener una mayor efectividad en el desarrollo empresarial, como consecuencia, esta clase de contratación generaba mas fuentes de trabajo que aportaba al desarrollo económico del país

5.1.6.- La Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios son clases de contratación laboral aplicadas en todo el mundo y que en nuestro país aportaron mucho a la generación de fuentes de trabajo.

De igual manera tanto la intermediación como la tercerización flexibilizaba las relaciones laborales y permitían que las empresas usuarias se dediquen a hacer lo suyo, delegando a éstas empresas la búsqueda, selección, contratación, manejo de roles entre otras actividades minimizando sus gastos operacionales y minimizando el riesgo de asociaciones de trabajadores que en el país se han convertido en verdaderos obstáculos para el desarrollo de las empresas.

Actualmente podemos ver que en el mundo entero cada día se utiliza más estas clases de contratación con el objeto de lograr un mayor nivel de competitividad y eficiencia y obtener una mayor producción y rentabilidad.

5.1.7.- El mandato Constitucional No 8 eliminó figuras jurídico-laborables normalmente aplicadas en países en pleno desarrollo en todo el mundo.

El Mandato Constitucional No 8 lamentablemente eliminó instituciones laborales como la contratación por horas, la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios, las cuales eran herramientas importantes para el desarrollo moderno de las empresas y eran fuentes generadoras de miles de plazas de trabajo, esta eliminación se debió a la mala práctica que se hizo de ellas por empresas inescrupulosas que vulneraron los derechos de los trabajadores, lo que se debió hacer es no eliminar éstas clases de contratación, si no mas bien regular y aplicar de una manera rigurosa la normativa propia de cada una de estas clases de contratación.

Estamos en un mundo actual globalizado el cual gira a una velocidad increíble en cuanto a aspectos tecnológicos, político, económicos entre otros, lo cual repercute en aspectos jurídicos, por lo tanto en la actualidad debemos acoplarnos y flexibilizarnos laboralmente a estas circunstancias propias de una nueva era empresarial.

Cabe recalcar que la eliminación de estas clases de contratación se basó en criterios de muchas personas que sostenían que eran contratos laborales que precarizaban la relación laboral, para lo cual me gustaría aclarar la diferencia entre la flexibilización laboral que es la propuesta que respaldo frente a la precarización laboral.

La flexibilización laboral es aquella que mantiene vigente los principios del derecho Laboral pero dando supremacía al principio civil de la autonomía de la voluntad que tienen las partes para contratar, mientras que la precarización laboral consiste por su lado en la ausencia total de protección legal para el trabajador.

5.1.8.- El país esta atravesando por una crisis económica atribuible a muchos factores, dentro de los cuales esta la eliminación de las clases de contratación que hemos analizado, por lo tanto la reinscripción de las mismas al marco Jurídico Laboral Ecuatoriano apoyaría a mitigar este problema de carácter social.

La crisis económica por la que esta atravesando el país se la debe atribuir a diversos factores como la crisis económica internacional, el mal manejo de la deuda externa por parte del gobierno nacional que conlleva a que nuestro país esté en una calificación muy baja de riesgo país, las últimas restricciones arancelarias a las importaciones que causo el cierre de innumerables empresas importadoras y el cierre de pequeñas empresas al igual que comerciantes informales, y las malas decisiones políticas, económicas y laborales que eliminaron los contratos que hemos analizado en el presente trabajo como son el contrato por horas, la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios colocándolo al Ecuador en una posición adversa para la inversión privada nacional como extranjera, de ahí que mi propuesta esta en el hecho de reincorporar estas clases de contratación laboral al marco jurídico ecuatoriano, bajo estrictas normas de aplicación para que no se conviertan en instrumentos que vulneren los derechos de los trabajadores pero que si sean instrumentos que generen mas fuentes de trabajo e instrumentos que flexibilicen las relaciones laborales dando seguridad a la empresa privada.

5.2.- Recomendaciones.

5.2.1- Reincorporación de la Contratación por Horas, Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios al Marco Jurídico Laboral Ecuatoriano.

Como mencione anteriormente mi propuesta se basa en la reincorporación de estas instituciones laborales al marco jurídico ecuatoriano, con el objetivo de que se conviertan en instrumentos generadores de fuentes de trabajo al igual que en instrumentos que flexibilicen la relación laboral e incentiven a la empresa privada ya existente a crecer, como a inversionistas a invertir en este país, brindándoles un marco de seguridad, por que indiscutiblemente las empresas tienen temor a crecer o invertir en el país por el riesgo de las asociaciones laborales que en Ecuador se han convertido en verdaderos obstáculos para el desarrollo empresarial.

5.2.2.- Reglas y límites claros de aplicabilidad de estas clases de Contratación.

Estas clases de contratación laboral eliminadas por el Mandato Constitucional No 8 en el caso de ser reincorporadas al marco jurídico ecuatoriano debe tener reglas y límites claros para que su aplicabilidad sea correcta y no acepte la posibilidad de una mala aplicación como tergiversación de la misma. Estas clases de contratación como el resto que admite nuestro código de trabajo deben respetar tanto los derechos de los trabajadores como de los empleadores consagrados en la constitución y leyes.

5.2.3.- Vigilar y Precautelar los derechos tanto de los trabajadores como de los empleadores.

Establecido claramente las reglas y los límites de aplicación, el Estado por medio del Ministerio de Trabajo debe ser el ente encargado de vigilar y precautelar los derechos y las obligaciones que tienen tanto los trabajadores como empleadores, a fin de se impida abusos que desnaturalicen a las instituciones jurídicas analizadas.

5.2.4.- Sanciones Estrictas ante el incumplimiento de normas que regulen estas clases de relaciones laborales.

Lamentablemente vivimos en un país en el que cada quien se cree mas vivo o inteligente que el otro, en donde la viveza criolla esta sobre la ley, en donde evadir responsabilidades se a convertido en un **plus**, en un ingreso o utilidad mayor para la empresa, donde no hay conciencia de hacer bien las cosas, entonces no hay otra salida que sancionar a las personas que infringen la ley y hacerlo con severidad.

Como he sostenido a lo largo de este trabajo las instituciones laborales que fueron eliminadas deberían ser reincorporadas al marco jurídico laboral ecuatoriano con reglas y límites claros para que las partes intervinientes tengan claro el alcance y la aplicabilidad de cada una de éstas clases de contratación y que sean aplicadas tal y como lo establece la ley.

Lo que llevo a la eliminación de estas buenas e importantes clases de contratación fue su mala aplicación y por ende la afectación de los derecho de muchos trabajadores en el país, por lo tanto a mi criterio creo que las sanciones que se apliquen a las personas que vulneren los derechos de los trabajadores, empleadores y también de las empresas intermediadoras y tercerizadoras deberían ser sancionadas no solo económicamente si no también debería haber sanciones de carácter punitivo de acuerdo a la gravedad del caso.

Las sanciones de carácter económico y punitivas no solo deberían ser aplicadas para los patronos o propietarios de empresas de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios si no también para todo aquel que represente a éstos, tales como gerentes generales, gerentes administrativos, coordinadores de selección de personal, entre otros, es decir, para todo aquel que tenga la potestad para poder contratar a nombre de una tercera persona, y así poder evitar de esta manera que cualquier persona pueda lavarse las manos, o que por su condición de dependiente tenga que acatar ordenes en contra de su voluntad y en contra de la ley.

EVOLUCIÓN DEL MERCADO LABORAL EN EL ECUADOR

RESUMEN TRIMESTRAL

ENCUESTAS TRIMESTRALES

127 CENTROS URBANOS INCLUIDAS LAS CIUDADES DE QUITO, GUAYAQUIL, CUENCA, MACHALA Y AMBATO

TASA DE DESEMPLEO

| | 2007 (Junio) | 2007 (Septiembre) | 2007 (Diciembre) | 2008 (Marzo) | 2008 (Junio) | 2008 (Septiembre) | 2008 (Diciembre) | 2009 (Marzo) |
|------------------------|-----------------|----------------------|---------------------|-----------------|-----------------|----------------------|---------------------|-----------------|
| NACIONAL URBANO | 7,4% | 7,1% | 6,1% | 6,9% | 6,4% | 7,1% | 7,3% | 8,6% |
| QUITO | 5,9% | 7,4% | 6,1% | 6,4% | 5,9% | 6,2% | 5,8% | 7,0% |
| GUAYAQUIL | 8,9% | 7,2% | 7,0% | 7,9% | 8,7% | 8,5% | 9,5% | 14,0% |
| CUENCA | 5,6% | 6,2% | 5,0% | 5,0% | 4,6% | 5,7% | 4,4% | 4,9% |
| MACHALA | 6,3% | 5,9% | 3,5% | 5,0% | 6,4% | 7,9% | 8,7% | 10,9% |
| AMBATO | 4,2% | 4,0% | 6,6% | 4,4% | 4,3% | 4,2% | 3,8% | 4,1% |

TASA DE SUBEMPLO BRUTA

| | 2007 (Junio) | 2007 (Septiembre) | 2007 (Diciembre) | 2008 (Marzo) | 2008 (Junio) | 2008 (Septiembre) | 2008 (Diciembre) | 2009 (Marzo) |
|------------------------|-----------------|----------------------|---------------------|-----------------|-----------------|----------------------|---------------------|-----------------|
| NACIONAL URBANO | 53,7% | 51,9% | 50,2% | 52,3% | 50,1% | 51,4% | 48,8% | 51,9% |
| QUITO | 46,8% | 42,8% | 35,8% | 36,2% | 37,6% | 40,5% | 41,6% | 45,1% |
| GUAYAQUIL | 49,2% | 48,8% | 48,8% | 50,0% | 47,5% | 50,6% | 45,8% | 50,6% |
| CUENCA | 50,6% | 44,2% | 40,2% | 44,5% | 35,7% | 37,7% | 34,9% | 41,5% |
| MACHALA | 62,8% | 54,2% | 57,7% | 54,3% | 52,8% | 54,0% | 47,4% | 55,1% |
| AMBATO | 50,4% | 50,9% | 50,0% | 58,2% | 51,9% | 52,8% | 49,3% | 58,5% |

TASA DE OCUPADOS PLENOS

| | 2007 (Junio) | 2007 (Septiembre) | 2007 (Diciembre) | 2008 (Marzo) | 2008 (Junio) | 2008 (Septiembre) | 2008 (Diciembre) | 2009 (Marzo) |
|------------------------|-----------------|----------------------|---------------------|-----------------|-----------------|----------------------|---------------------|-----------------|
| NACIONAL URBANO | 38,3% | 40,2% | 42,6% | 38,8% | 42,6% | 41,1% | 43,6% | 38,8% |
| QUITO | 46,1% | 48,6% | 56,3% | 53,2% | 55,3% | 52,6% | 51,7% | 45,8% |
| GUAYAQUIL | 41,4% | 43,1% | 43,0% | 40,4% | 43,3% | 40,6% | 44,6% | 34,8% |
| CUENCA | 43,7% | 49,6% | 53,3% | 49,4% | 58,9% | 56,2% | 60,5% | 52,8% |
| MACHALA | 30,5% | 38,4% | 37,7% | 39,5% | 40,6% | 38,1% | 43,7% | 33,7% |
| AMBATO | 44,3% | 43,9% | 42,0% | 35,9% | 41,9% | 42,2% | 46,6% | 36,4% |

BIBLIOGRAFÍA.

ALOMÍA RODRIGUEZ, José. Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito-Ecuador 2002.

CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Editorial Heliasta 25^a Edición.

CONFERENCIA DICTADA POR EL DR. WALTER MARTINEZ VELA

CONVENIO No 34 DE LA OIT

CONVENIO No 88 DE LA OIT

CONVENIO No 96 DE LA OIT

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR. 2006

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR. Actualizada a marzo del 2009.

CÓDIGO DE TRABAJO. Actualizado a abril de 2006

CÓDIGO DE TRABAJO. Actualizado a febrero de 2009

CÓDIGO CIVIL. 2006

CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly. Derecho Laboral Aplicado. Agosto 2002

INTERNET: derechoecuador.com

www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Trabajo.38.htm

www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Trabajo.50.htm

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

MANDATO CONSTITUYENTE N0 8. (Eliminación y Prohibición de la Tercerización, Intermediación Laboral, Contratación Laboral por Horas y cualquier forma de Precarización de las Relaciones de Trabajo)

PAEZ, Andrés. Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal, Che Editorial.

REGLAMENTO para la Contratación Laboral por Horas.

REGLAMENTO de Afiliación del Trabajador Contratado por Horas.

REGLAMENTO de aplicación de la “Ley Reformativa al Código de Trabajo mediante la cual se regula la actividad de la Intermediación Laboral y la de Tercerización de servicios Complementarios”.

REGLAMENTO para la aplicación del Mandato Constitucional N0 8.

TRUJILLO, Julio César. Derecho del Trabajo, Editorial Don Bosco, Tomo I, Quito 1973

TRUJILLO, Julio César. Derecho del Trabajo segunda edición, Ediciones de la Pontificia Católica del Ecuador, Tomo I, Quito 1986.

VÁSQUES LÓPEZ, Jorge. Editorial Jurídica Cevallos. Quito 2004.