



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS
ARTÍCULOS 16, 17, 18, 19 Y 20 DE LA LEY
ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO
PARA COMBATIR LA CRISIS SANITARIA
DERIVADA DEL COVID-19 EN ECUADOR.**

Autor:

Nicolás Piedra Orellana

Director:

Dr. Teodoro González Argudo

Cuenca – Ecuador

2021

DEDICATORIA

A mi hermana Claudia, a mis padres Iván y
Sandra, a mi familia y a mis amigos,
especialmente a Ileana, Jessica, Nathalia,
Álvaro, Pedro, Luis Mario, Andrés y Josué.
Por escucharme, apoyarme y motivarme en
todo momento de realización de este
proyecto.
Sin ellos nada de esto hubiese sido posible.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer al Doctor Teodoro González por su mentoría y apoyo incondicional, tanto de manera personal como en el desarrollo del presente trabajo de investigación, también al Abogado Sebastián Medina cuyo aporte académico fue muy importante en mi formación profesional. Especialmente agradezco a mis padres por ser el soporte y motivo del presente, sus valores y enseñanzas estarán presentes en mi vida profesional.

RESUMEN:

La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Derivada del COVID-19 cuyos artículos 16, 17, 18, 19 y 20 regulan acuerdos entre trabajadores y empleadores para preservar las fuentes de empleo, contratación emergente y la reducción emergente de la jornada laboral.

Mediante la técnica bibliográfica-documental se analizaron los derechos y principios laborales comprometidos en los artículos de la ley señalada, por otro lado, mediante la técnica analítica-sintética se desarrolló el contenido e implicaciones de aquellos artículos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Finalmente, se llega a determinar si aquellas disposiciones son inconstitucionales por ser de carácter regresivo, es decir, que anulan, disminuyen o menoscaban los derechos de los trabajadores reconocidos a nivel constitucional, lo que conllevó a plantear varias recomendaciones que se deben considerar por quienes son encargados de crear leyes.

Palabras clave: derechos de los trabajadores, inconstitucionalidad, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, principios laborales, regresividad de derechos.

ABSTRACT:

The Organic Law of Humanitarian Support to Combat the Crisis Derived from COVID-19 whose articles 16, 17, 18, 19 and 20 regulate agreements between workers and employers to preserve the sources of employment, emergency hiring, and the emergency reduction of the working day.

By means of the bibliographic-documentary technique, the labor rights and principles committed in the articles of the aforementioned law were analyzed; on the other hand, employing the analytical-synthetic technique, the content and implications of those articles in the Ecuadorian legal system were developed.

Finally, it is determined whether those provisions are unconstitutional for being regressive, that is, that they annul, diminish or undermine the rights of workers recognized at the constitutional level, which led to several recommendations that should be considered by those who are responsible for creating laws.

Keywords: labor principles, Organic Law of Humanitarian Support, regressivity of rights, workers' rights, unconstitutionality.

Translated by



Nicolas Alejandro Piedra Orellana



ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTOS	II
RESUMEN:	III
ABSTRACT:	IV
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1	4
1.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	4
1.1.1. Restricción y Regresividad de derechos	4
1.1.2. Derecho a la Igualdad	9
1.1.3. Derecho a la Libertad	12
1.2. PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES	19
1.2.1. Principio Protectorio.....	19
1.2.2. Principio de Irrenunciabilidad	22
1.2.3. Principio de Intangibilidad	24
1.2.4. Principio de Continuidad de la Relación Laboral.....	27
1.2.5. Principio de Antropía	31
1.2.6. Principio Indubio Pro Operario	34
1.2.7. Principio de Progresividad	35
CAPÍTULO II	39
2. LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO PARA COMBATIR LA CRISIS SANITARIA DERIVADA DEL COVID-19	39
2.1. Acuerdos de preservación de fuentes de trabajo	39
2.1.1. Excepciones	52
2.2. Sanción al incumplimiento de los acuerdos	53
2.3. Condiciones mínimas para validez de acuerdos.....	56
2.4. Contrato especial emergente	67
2.4.1. Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-172	72
2.5. Reducción emergente de la jornada de trabajo.....	73
2.5.1. Excepciones	78
2.2. CÓDIGO DEL TRABAJO	80
2.2.1. Contrato tipo en el Ecuador	80
2.2.2. Descanso obligatorio	81
2.2.3. Jornada de trabajo	84
2.2.4. Visto bueno.....	86

3.2. Recomendaciones	91
BIBLIOGRAFÍA	92

INTRODUCCIÓN

En fecha 16 de marzo del año 2020 el gobierno ecuatoriano emite el Decreto Ejecutivo No.1017 que instauró un estado de excepción a nivel nacional, debido al brote de la sars COVID-19, declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una nueva cepa de coronavirus. La consecuencia inmediata de esta decisión gubernamental fue la suspensión de la mayoría de actividades, entre ellas, la educación, transporte, trabajo, entretenimiento, turismo, movilidad, etc. Decisión que fue tomada a efecto de precautelar la salud de los ecuatorianos y evitar la propagación de la sars COVID-19, en definitiva, el confinamiento y aislamiento social era la base sobre la cual se buscaba la superación de esta pandemia mundial.

A pesar de ello, ciertas actividades continuaron funcionando, encontrándose dentro de este grupo aquellos que brindaban servicios de salud y provisión de insumos básicos. Sin embargo, para el resto de actividades significó en varios de los casos el cese definitivo de las actividades productivas que venían cumpliendo al existir la imposibilidad de reabrir los negocios, y en otros casos, la posibilidad de hacerlo progresivamente, esto conllevó a que los volúmenes de negocio sean obligados a reducirse, en consecuencia, aumentaron los despidos a trabajadores y por ende el desempleo en el país.

El 22 de junio del año 2020 entra en vigencia la *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19* (en adelante Ley de Apoyo Humanitario) con el objeto de establecer reglas que busquen el mejoramiento de la situación económica de los ecuatorianos, en especial para aquellos que atravesaron y actualmente atraviesan una situación económica difícil derivada de la pandemia mundial.

Dentro de las disposiciones que contiene la Ley antes mencionada se encuentran, entre otras, normas que regulan varios aspectos en materia de inquilinato, facilidades de pago de diversas obligaciones, concurso preventivo excepcional, prelación de créditos, etc. Dentro del paquete de normas que contiene el cuerpo normativo mencionado, se incorporaron 10 artículos y dos disposiciones reformativas que regulan varias situaciones que incumben en especial al Derecho Laboral.

Dentro de aquellas disposiciones que irradian el Derecho Laboral, específicamente

en los artículos 16, 17, 18, 19 y 20; se regulan, entre otros aspectos, los acuerdos y sus condiciones a que pueden llegar los trabajadores y empleadores para modificar el contrato de trabajo, una nueva modalidad de contratación y una reducción emergente de la jornada laboral. De conformidad con el objeto de esta ley, estas normas apuntan hacia reactivación económica y productiva del Ecuador, con especial énfasis en el ser humano, la contención y reactivación de las economías familiares, empresariales, la popular y solidaria, y en el mantenimiento de las condiciones de empleo (Asamblea Nacional, 2020, artículo 1).

Si bien el objetivo de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, es legítimo, en especial para aquellas personas que han perdido sus empleos o negocios, pues, el considerar que una persona desempleada ya no tiene la misma capacidad económica para costear aquellos gastos mínimos que venía acostumbrado a cubrir y, por ejemplo, brindarle la posibilidad de conservar su empleo, o en su defecto acogerse a una nueva modalidad de contrato, suenan como medidas emergentes que ayudarían a solventar aquellos problemas económicos por la que los ecuatorianos están atravesando.

En este sentido, hay que considerar que el Derecho Laboral está irradiado por varios principios y derechos que sirven de garantía para los trabajadores, en consecuencia, todo el ordenamiento jurídico de jerarquía inferior debe desarrollar los mismos sin contravenirlos ni restringirlos. La Constitución de la República del Ecuador (2008) efectivamente contempla dentro de su catálogo normativo principios que rigen para aquellas relaciones jurídicas existentes entre las personas trabajadoras y sus empleadores. Estos principios han sido objeto de estudio en el sector doctrinario, los cuales en palabras del tratadista Américo Pla Rodríguez (1990) constituyen un “armazón fundamental de la disciplina, que se mantiene firme y sólida, pese a la variación, fugacidad y profusión de las normas” (pg. 3)

La Asamblea Nacional está legitimada para crear leyes que rijan a nivel nacional, cuerpos jurídicos que son de rango inferior a la Constitución, tal como lo establece esta última en su artículo 425, por lo tanto, el contenido de las leyes deben supeditarse a los principios y derechos contenidos en la carta magna, es decir, todo aquello que surja en el devenir de la actividad legislativa debe propender al desarrollo de los mismos, lo que implica que aquellos preceptos generales sean desmenuzados y bajo su luz se regulen

situaciones más específicas, sin contravenirlos.

En este contexto, derivado de la crisis sanitaria de la sars COVID-19, la Asamblea Nacional ha hecho su trabajo en pro de mejorar aquellas consecuencias económicas que se encuentran atravesando los ecuatorianos, sin embargo, potencialmente podrían verse afectados aquellos principios y derechos de los trabajadores garantizados, entre otros, en los artículos 11 numeral 4; 33; 66 numeral 2, 4, 16 y 17; 325; 326 numeral 1, 2, 3, 4 y 11; 327; 328; y, 426 de la Constitución de la República del Ecuador, como por ejemplo, la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos, la libertad de contratación, la estabilidad laboral, el derecho a una remuneración justa, entre otros. Siendo estos, aquellos preceptos generales sobre los cuales el desarrollo legislativo debe ser progresivo, la Constitución de la República del Ecuador establece:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

#8 El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”

(Lo subrayado me corresponde)

Es por esto que, es pertinente preguntarnos ¿Los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19 son de carácter regresivo, disminuyen o anulan injustificadamente el ejercicio de los principios y derechos de los trabajadores establecidos en la Constitución de la República del Ecuador?

Este trabajo de investigación pretende realizar un análisis al cuestionamiento mencionado, en primer lugar, desarrollando el contenido tanto doctrinario como constitucional de los principios y derechos de los trabajadores. Segundo, explicando el contenido de la Ley de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, en los artículos 16, 17, 18, 19 y 20, además del respectivo análisis paralelo con el Código del Trabajo y la interacción de ambos cuerpos normativos con sus implicaciones. Finalmente, a modo de conclusión se determinará si aquellas normas son inconstitucionales o no, por ser de carácter regresivo, disminuir, anular o

menoscabar el ejercicio de los derechos de los trabajadores.

CAPÍTULO 1

1.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

1.1.1. Restricción y Regresividad de derechos

El Estado ecuatoriano, a través de la Constitución de la República (2008) ha establecido la forma en cómo ha de organizar el poder político que rige dentro de su territorio.

Dentro de este contexto es necesario indicar que el poder político se ha subdividido en cinco funciones que gozan de una porción del mismo, éstas a su vez no tienen un alcance ilimitado, al contrario, existen límites que fijan el ámbito de sus competencias y que serán a posteriori el trazado dentro del cual pueden desenvolver su actuar. Derivado de la concepción tradicional de República, el Ecuador ha decidido adoptar esta forma de organización, agregando dos funciones, esto es, la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social, a aquellas fundamentales que constituyen la Función Ejecutiva, Legislativa y Judicial.

Dentro de las prerrogativas que ostentan estas funciones del Estado, se encuentran aquellas que les otorgan facultades normativas dentro del ámbito de sus competencias, por ejemplo, la Función Ejecutiva a través del Presidente de la República puede expedir decretos o reglamentos de aplicación de la Ley, así lo establece el artículo 147 numerales 5 y 13 de la Constitución de la República del Ecuador (2008). La Función Electoral mediante el Consejo Nacional Electoral podrá reglamentar la Ley en aspectos de su competencia, así lo establece el artículo 219 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Aparte de aquellos mencionados a manera de ejemplo, la Función Legislativa, que es ejercida por la Asamblea Nacional, se podría decir que ostenta como función principal la de expedir leyes, pues, dentro del orden jerárquico de aplicación normativa establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República, estos cuerpos normativos se encontrarían por debajo de la Constitución y a los Tratados y Convenios Internacionales, lo que es lógico, pues la ley es la encargada del desarrollo del contenido de la Constitución, ya sea en su parte dogmática o en su parte orgánica. Esto

quiere decir que, en su cualidad dogmática, regulará el ejercicio del amplio catálogo de derechos que la Constitución de la República contiene, así como, en su cualidad orgánica regulará de manera más específica la forma en cómo ha de actuar cada una de las funciones estatales, en ambos casos supeditada al contenido constitucional, es decir, sin contravenirlo. A modo de ejemplo, en la parte dogmática, el Código del Trabajo regularía el ejercicio de los derechos de los trabajadores, a su vez, en la parte orgánica, el Código Orgánico de la Función Judicial regularía el actuar del aparataje judicial que incluye jueces y funcionarios judiciales.

Fue necesario comenzar indicando todo el contexto anterior, a efecto de mostrar cómo se desenvuelve la noción de normas jurídicas, puesto que, norma jurídica no solamente abarca la ley como se suele pensar, sino que, se refiere a todo tipo de manifestación que regule la conducta humana, de carácter obligatorio y expedido por la autoridad competente. En palabras del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2020) se define a la norma jurídica como aquella “disposición, regla, precepto legal o reglamentario (norma jurídica)” (definición 1), o como la “regla de conducta justa, que impele a hacer o a omitir para observar la justicia” (definición 6). El Código Civil en su artículo 1 define a la ley como aquella “declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite” (Código Civil, 2005, artículo 1), por tanto, aunque esta definición sea de la ley, sintetiza muy bien cómo actúa una norma jurídica.

En consecuencia, el principio constitucional que se desarrolla en este párrafo, como acertadamente indica en su texto, se aplica para todo tipo de norma jurídica que rija en la República del Ecuador, esto implica que, ninguna de ellas deberá restringir el contenido de los derechos ni garantías constitucionales. Citando al Diccionario de la Lengua Española (2014) se entiende por restringir al acto de “ceñir, circunscribir, reducir a menores límites.” (Real Academia Española de la Lengua, definición 1) (Lo subrayado me corresponde)

Esto nos quiere decir que si bien las normas jurídicas deben desarrollar el contenido de los derechos constitucionales, en ningún caso, deben propender a disminuir el contenido de los mismos.

Paralelamente, esta norma tendría relación con el inciso segundo del numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de la República (2008) cuando se refiere a la

regresividad de los derechos, que constituye el otro aspecto del presente apartado. La norma citada se refiere a la inconstitucionalidad de cualquier acto u omisión que sea de carácter regresivo, disminuya, menoscabe o anule el ejercicio de los derechos reconocidos en ese cuerpo normativo.

Para entender esta situación tenemos que estudiar a que se refiere la regresividad de los derechos, al respecto María José Añón indica que es: “la adopción de medidas que empeoren la situación de los derecho sociales en términos de titularidad y contenido tomando en consideración ya el grado de goce y ejercicio de un derecho desde que es instituido, es decir, el nivel inicial de reconocimiento institucional y protector.” (2016, p. 62)

Dentro de este contexto hay que entender que no toda limitación de derechos se considera ilegítima, pues, los derechos tienen un contenido esencial que es inquebrantable, sin embargo, existe una zona de penumbra que puede verse limitada, la cuestión radica en determinar cuál es el contenido esencial de los derechos. En este sentido, los parámetros que sirven para identificar aquello, suelen encontrarse en el bloque de constitucionalidad y el precedente jurisprudencial (Añón, 2016, p. 70); pues, éstos servirían de referente para conocer el alcance del derecho como tal y su contenido esencial, pues cualquier limitación no debe invadir aquel umbral, caso contrario constituiría un atentado al mismo. A pesar de ello, se debe tener presente que la limitación de derechos no debe realizarse sobre la zona de penumbra de manera arbitraria, el legislador tiene la obligación de justificar aquella.

En este contexto, el trabajo del jurista consistiría en conocer a cabalidad todo el espectro normativo que funge como delimitador del contenido esencial de los derechos, para ello es necesario entender que comprende cada uno de los elementos antes señalados. El bloque de constitucionalidad es un concepto cuyo desarrollo corresponde normalmente a la jurisprudencia de cada país, sin embargo, en Ecuador no existen precedentes jurisprudenciales que delimiten al mismo de una manera estricta, a pesar de que es necesario para su conformación (Caicedo, 2009, pg. 14). Esta situación es confirmada por Paúl Pérez Vásquez al analizar varias sentencias emitidas por la Corte Constitucional ecuatoriana que mencionan al bloque de constitucionalidad, sin embargo, a pesar de ello el citado autor concluye que el empleo de este término ha sido meramente referencial, pues únicamente se indica que el Ecuador está obligado a

cumplir con la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el mismo (Pérez, 2019, pg. 150).

Sumado a lo anterior, la Constitución de la República (2008) contiene cláusulas de reenvío que reconocen la prevalencia de instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos que sean más favorables al contenido constitucional, así lo establece el artículo 424. Por lo tanto, aunque existe una indeterminación del contenido específico del bloque de constitucionalidad, resultan aplicables todas aquellas normas que reconozcan derechos favorables al ser humano, así lo dice la Constitución.

En cuanto al precedente jurisprudencial, el artículo 185 de la Constitución de la República (2008) establece que serán de obligatorio cumplimiento las sentencias que hayan sido emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, siempre que emitan un criterio reiterado sobre un mismo punto en tres ocasiones. Así mismo, esta atribución también la cumple la Corte Constitucional a través de sentencias que tengan el carácter de vinculante, así lo reconoce el artículo 436 del cuerpo normativo antes citado. Por lo tanto, bajo estos parámetros se construye la idea del precedente jurisprudencial en el Ecuador, que a su vez, también conforma el bloque de constitucionalidad.

De esta manera, es necesario indicar que el Ecuador es suscriptor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Registro Oficial No. 101 con fecha 24 de enero de 1969, cuerpo normativo que indica:

“Artículo 5:

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”(El subrayado me corresponde)

De igual manera, y casi textualmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales o también conocido como "Protocolo De San Salvador" (1988), ratificado

por el Ecuador en fecha 23 de abril de 1993, Registro Oficial No. 175, establece lo siguiente en el artículo 4:

“Artículo 4

No Admisión de Restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (Lo subrayado me corresponde)

Es así que podemos notar que a nivel convencional, el Estado ecuatoriano se ha comprometido a garantizar esta situación, recalcando que la norma citada incluso tiene un efecto extensivo a aquellos derechos que hayan sido reconocidos en menor grado o que no estén contemplados dentro del pacto, por lo tanto, es interesante la voluntad de la norma al intentar abarcar el mayor espectro de derechos posible, y no solo limitarse a circunscribir la regla a los derechos consagrados en aquellos instrumentos.

Por último, la Corte Constitucional en la sentencia No. 037-16-SIN-CC de fecha 15 de junio de 2016 ratifica su criterio acerca de la no regresividad de los derechos cuando indica:

“...el principio de no regresividad de los derechos contempla la adecuación jurídica de las normas, leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones a los preceptos constitucionales y los tratados internacionales, correspondiendo esta obligación a la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, adecuación que -reiteramos- debe ser formal y material para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades... (pg. 13)

...sobre esta base, podemos colegir que el principio constitucional de no regresividad, que rige el ejercicio de los derechos, implica que si un derecho constitucional, al momento de su reconocimiento o desarrollo, alcanzó determinado nivel de protección, dicho nivel, no puede ser menoscabado a partir de una regulación normativa. Por lo tanto, este principio de no regresividad se constituye en un límite a la potestad legislativa y al principio

de libertad de configuración normativa, en tanto todo acto normativo que guarde relación o regule un derecho constitucional, debe respetar su grado de protección expresamente reconocido, so pena de incurrir en una inconstitucionalidad.”(pg. 14)

En el mismo caso la Corte Constitucional ecuatoriana cita a la Corte Constitucional colombiana que analiza este principio, indicando lo siguiente:

“... todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad (...) es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo.”(pg. 14)

1.1.2. Derecho a la Igualdad

La Constitución de la República en su artículo 66 numeral 4 contempla el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Para entender el contexto dentro del cual se desenvuelve este principio constitucional, hay que situarnos históricamente a efecto de identificar las causas que motivaron la implementación de los mismos.

El principio de igualdad tiene un antecedente un tanto particular, en la antigua Grecia se utilizaba el término “Isonomía” para referirse a la “igualdad ante la ley”, concepto que abarcaba los derechos civiles y políticos. Este concepto se desarrolla posteriormente con el cristianismo, esencialmente en el momento en el que se referían al cosmopolitismo del ser humano, esto quería decir que, todos los seres humanos eran iguales, en tanto hijos de Dios; por lo que, la igualdad enunciada por aquellos se refería únicamente a la igualdad teológica. Esto no quiere decir que el concepto cristiano haya sido errado, pues, posteriormente estas ideas se plasmaron en el ordenamiento jurídico romano, por ejemplo, a modo de mejores condiciones para los esclavos, mujeres y niños. (Seco, 2015, pg. 57)

Este principio comienza a tomar fuerza en la época liberal en el siglo XVIII, al momento de perpetrarse aquellas luchas sociales que buscaban deslindarse de la forma

de organización feudal, sistema que se tenía como uno de sus componentes el aspecto de los privilegios que gozaban cierta clase de personas y que les eximía del cumplimiento de ciertas obligaciones (Carmona, 1994, pg. 267).

Tal como cita José Seco en su obra “De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a resolver”, el primer avance en este sentido se logra en la Constitución francesa de 1789 cuando en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se establece que la declaración de derechos sería la misma para todos, tanto si protege como si castiga (pg. 61), esto quiere decir, que la aplicación de la misma rige sobre todos los ciudadanos franceses y los habitantes de ese país, se referiría al principio de igualdad formal, en el sentido de que todos los habitantes de una nación estarían sometidos a los mandatos legales, sin distinción alguna, pues, el hecho de que la norma no sea aplicada sobre algún individuo, rompe el sentido de este tipo de igualdad.

De manera más concreta la igualdad formal se refiere a la “no discriminación mediante obstáculos arbitrarios para alcanzar posiciones sociales, y en particular para acceder con las mismas posibilidades que los demás a los procesos de producción y distribución de bienes o de toma de decisiones políticas” (Alarcón, 1897, pg. 33). Es decir, la igualdad formal se refiere únicamente al reconocimiento legal de que las personas son iguales ante la ley y que el ordenamiento jurídico en general será aplicado a todos por igual, sin distinción alguna.

Sin embargo, el concepto al que hacemos referencia continuó su evolución, debido a que si bien el reconocimiento de la igualdad ante la ley fue el inicio del proceso de transición de orden jurídico que se indicó, este a su vez no fue suficiente, pues en lo posterior se propende a un concepto material de la igualdad, es decir que, busca que aquella cualidad efectivamente surta efectos materiales o reales, incluso tangibles si es que se lo quiere plantear de esa manera.

Es en la Alemania de Weimar en la que se empieza a cuestionar el alcance del concepto de igualdad que se empleaba hasta entonces, esto es la igualdad formal. En este sentido, se empezó a hablar sobre que el principio de igualdad no solo debe regir a los ciudadanos sino también paralelamente al legislador, puesto que, en el desempeño de su labor éste debe identificar las diferencias humanas que son innegables, y en consecuencia, formular normas que establezcan diferencias para ciertas personas,

tomando en cuenta que aquella debe estar justificada. (Carmona, 1994, pg. 267)

Para entender de mejor manera, no sólo basta que los ciudadanos gocen del reconocimiento de la igualdad como un principio que rige su vida, sino que como mencionaba anteriormente, éste se debe hacer realidad. Por lo tanto, además de identificar las diferencias humanas y normar con base en ellas, el Estado debe “adoptar medidas para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos” (Carmona, 1994, pg. 271).

En este contexto, es evidente notar que este principio se ha ido forjando con el paso del tiempo y con el estudio del mismo, su objetivo cada vez se ha ido ampliando hasta llegar al punto de imponer una obligación de hacer al Estado, entonces éste ya no podría desentenderse de una situación que vaya en contra del principio bajo el argumento de que todos son iguales ante la ley, sino que además de ese reconocimiento estaría obligado a tomar cartas en el asunto y corregir esa situación de desigualdad. Sin embargo, surge una incógnita: ¿Qué tipo de medidas serán las que el Estado debe adoptar para efectivizar este principio?

Además de reconocer la igualdad, identificar diferencias humanas y normar en base a esas diferencias, se ha aportado un concepto llamado medidas afirmativas, mismas que abarcarían de modo genérico el concepto de acciones que el Estado debe tomar para lograr efectivamente la igualdad formal. El autor Mario Santiago (2007) define a las medidas afirmativas como: “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar discriminaciones presentes o pasadas o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro” (como se cita en Bolaños, 2016, pg. 320).

La Constitución de la República del Ecuador las denomina medidas de acción afirmativa a las conocidas en la doctrina como medidas afirmativas, las mismas se encuentran enunciadas en el inciso tercero del numeral segundo del artículo 11 de la norma antes invocada. Quiere decir que el Ecuador ha adoptado este principio a cabalidad reconociendo sus distintos matices en el ámbito constitucional, esto es igualdad formal, igualdad material y medidas de acción afirmativa.

En el ámbito de los tratados internacionales ratificados por Ecuador, es casi unánime el hecho de que se reconozca la igualdad como derecho, desde distintas perspectivas, y lo hacen de la siguiente manera:

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), indica:

“Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

“Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), indica:

“Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.”

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969) ratificada por Ecuador en fecha 6 de agosto de 1984, Registro Oficial No. 801, indica:

“Artículo 24.

Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

En virtud de todo lo expuesto, es evidente que el derecho a la igualdad tanto formal como material se encuentra ampliamente reconocido, por ende, constituye uno de los pilares de los ordenamientos jurídicos de los Estados, por tanto, necesario que cada medida que se adopte por cada uno de ellos debe considerar que no se halle vulnerando este derecho.

1.1.3. Derecho a la Libertad

Es necesario referirnos al tema de la libertad como un principio base del mismo así como rector del ordenamiento jurídico, pues su importancia es vital, tanto por su antecedente histórico como por su contenido. La teoría de la libertad se viene desarrollando desde el siglo XVIII sobre todo en Francia, gran muestra de ello es la Revolución Francesa de 1789. Evidencia de aquello es el conocido como Código Napoleónico, considerado como la expresión más pura del liberalismo de la época, planteando como pilares del mismo la libertad jurídica y la igualdad jurídica. (De la Puente, 1966, pg. 10)

Como es cotidiano, la doctrina siempre fluctúa en cuanto a la determinación conceptual de ciertos principios o instituciones, la libertad no se aleja de ello, y es común encontrarse varias definiciones de aquella. A pesar de la falta de unicidad en el concepto de libertad, citando a Friedrich Hayek en su obra Los Fundamentos de la Libertad, la libertad constituye: “el estado en el cual un hombre no se halla sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro u otros”. (Hayek, 1960, pg. 30) Siguiendo la misma línea del autor antes citado, es necesario comprender que la libertad como una prerrogativa del ciudadano en general, goza de muchas acepciones, encontramos la libertad de culto, libertad de expresión, libertad de pensamiento, etc. Pues en concreto esto se refiere a una garantía de que las personas no pueden ser coaccionadas por otra persona como tal, sea natural o jurídica, ya que esta coacción constituiría principalmente un atentado al principio de libertad. Agregando a lo anterior, hay que entender que existe también una libertad interior o metafísica, que como lo explica el autor, sería esa facultad de la persona de guiar su actuar por su propia voluntad y no la de un tercero (Hayek, 1960, pg. 34-40), por lo tanto, hay que tener presente que en lo que nos concierne esta acepción de libertad no es la que nos incumbe.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

“Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” (Lo subrayado me corresponde)

Entendido esto, podemos pasar a revisar a qué se refiere la libertad de contratación como una de las acepciones de libertad, para Carlos Alberto Soto en su

obra *La Libertad de Contratación: Ejercicio y Límites* (2008), se refiere a ella como el “poder jurídico o facultad que tienen todas las personas para decidir si contratan o no, para elegir a su contraparte y para determinar libremente el contenido de sus contratos, incorporando las cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus intereses, tengan estos un carácter patrimonial o no” (pg. 104). Agregando al concepto anterior, se suele manifestar además que, dentro de esta libertad se incluye también la facultad de decidir cómo se solucionarán las controversias que sean producto de esa relación (Betancourt, 2012, pg. 4). Sin embargo, este principio además de estar compuesto por las atribuciones indicadas, es posible que también se puedan incluir otras que mejoren la delimitación del mismo, a pesar de ello, como expuse en líneas anteriores, este concepto no tiene una acepción uniforme y sería un error pensar que es la única acepción correcta.

Por lo tanto, entendido a que se refiere la libertad de contratación, es decir, como aquella prerrogativa que gozan las personas de poder decidir si desean celebrar un negocio jurídico o no, esto es, con plena libertad de elegir una u otra posibilidad como base fundamental, y además, con quién contratar y el contenido del contrato como tal; hay que entender que este principio está configurado por dos acepciones, esto es, la libertad contractual y la libertad de configuración interna, estas dos acepciones conforman el concepto de libertad de contratación de forma íntegra.

La libertad contractual se refiere a aquella decisión voluntaria de contratar o no hacerlo, es decir, no es una obligación contratar, salvo el caso de los contratos forzosos (Soto, 2008, pg. 104), a modo de ejemplo, en el caso de nuestro país un contrato forzoso en su momento fue el del contrato del conocido SOAT, esto es, un seguro vehicular contra accidentes de tránsito obligatorio de celebrarlo para poder matricular un vehículo.

Por otro lado, la libertad de configuración interna se refiere al “esquema contractual, las condiciones y cláusulas que regularán la relación jurídica obligatoria” (Soto, 2008, pg. 107). Es por estos dos elementos que se forma el concepto de libertad de contratación de una forma completa.

Luego de haber reflexionado sobre estos conceptos, es necesario relacionarlos con el tema que trata esta investigación, pues al ser una garantía de orden constitucional este derecho a la libertad de contratación, es pertinente indicar que la norma por

excelencia que regula los negocios jurídicos es el Código Civil (2005), en él se contemplan regulaciones que limitan el ejercicio libertino de este derecho, pues, contratar también implicaría el que una persona acuerde con otra el expendio de una sustancia psicotrópica, por lo tanto, este principio no puede ser ejercido de forma absoluta. Además el Código del Trabajo (2005) en su artículo 6 declara como norma supletoria al Código Civil en lo que no esté previsto en el primer cuerpo legal, por lo tanto, las normas generales de los contratos serían aplicables en materia laboral.

El Código Civil ecuatoriano define al contrato en el artículo 1454 como aquel “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (Código Civil, 2005, artículo 1454), confundiéndolo con el concepto de obligación, sin embargo, el concepto más aproximado de contrato es el acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue obligaciones, que claramente abarca un espectro más amplio.

Para que un contrato tenga validez debe contener ciertos elementos mínimos que le otorgan validez al mismo, estos elementos son: capacidad legal, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita (Código Civil, 2005, artículo 1461). Es decir, si falta alguno de estos elementos el contrato no es completamente válido, adolecería por lo tanto de una nulidad sea absoluta o relativa dependiendo el elemento que falte.

Concatenando las ideas, podríamos decir que estos requisitos constituyen el límite del derecho a la libertad de contratación, por ejemplo, si una persona celebra un contrato en el que se compromete ser esclavo de otra, este contrato adolecería de objeto y causa ilícita, por estar prohibida la esclavitud en la Constitución de la República del Ecuador, y en consecuencia no sería válido.

La Constitución de la República (2008) en su artículo 66 numeral 16 reconoce la libertad de contratación como uno de los derechos de libertad garantizados, además en el artículo 327 señala que la relación laboral entre trabajadores y empleadores será bilateral y directa, lo que quiere decir que cada contrato de trabajo debe ser celebrado entre el empleador particularmente con cada trabajador.

Es así que se concreta en alguna manera el contenido de este principio, sin embargo, es pertinente en este momento referirme a otra de las libertades garantizadas en la Constitución de la República como es el derecho a la libertad de trabajo, que necesariamente está vinculado al derecho a la libertad de contratación.

El Art 66 numeral 17 de la Constitución de la República (2008) reconoce el

derecho a la libertad de trabajo y la prohibición de obligar a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley. La pregunta es: ¿Qué implica la libertad de trabajo?

Este derecho opera al inicio del proceso de contratación, puesto que, según Javier Neves Mujica (2001) este derecho reconoce al trabajador las siguientes libertades: “la de trabajar o no hacerlo, establecer en qué actividad se va a ocupar y determinar si va a trabajar para sí o para otro.” (Neves, 2001, pg. 24)

En consecuencia, todo nos lleva al inicio, es decir al fundamento de la libertad como tal, es decir, que la misma radica en el hecho de que nadie puede mediante coacción dirigir los actos de una persona. Por lo tanto, la libertad de trabajo también se ve inmersa en ella, pues, ninguna persona puede decidir por otra y obligarla a trabajar, decidir qué tipo de actividad productiva debe ejercer o decidir para quién debe trabajar, pues el perpetrar este tipo de actos constituiría una violación flagrante a este derecho de libertad de las personas y por ende sería reprochable a toda costa.

Concatenando las dos ideas podríamos concluir entonces que estos derechos están íntimamente vinculados, pues, si yo tengo derecho a la libre contratación podré decidir entonces si celebro o no un contrato de trabajo. La Constitución de la República (2008) en su artículo 33 establece que el Estado ecuatoriano será encargado de garantizar el trabajo libremente escogido y aceptado.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece:

“Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.” (Lo subrayado me corresponde)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), indica:

“Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida

mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.” (Lo subrayado me corresponde)

El Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador" (1988), establece:

“Artículo 6

Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

Artículo 7

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva; (Lo subrayado me corresponde)

La Organización Internacional del Trabajo, a través de convenios internacionales ha intentado reconocer este derecho y limitar cierto tipo de situaciones, mediante los siguientes Convenios:

Convenio C029, Convenio sobre el trabajo forzoso (1930), suscrito en fecha 25 de noviembre de 1954, Registro Oficial No. 675, donde establece en que consiste el trabajo forzoso y que actividades no comprenden trabajos forzosos:

“Artículo 2

1. *1. A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.*
2. *2. Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende:*
 - *(a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;*
 - *(b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;*
 - *(c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;*
 - *(d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;*
 - *(e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.”*

Convenio C122 sobre la política de empleo (1964) ratificado por Ecuador en fecha 19 de julio de 1978, Registro Oficial No. 632, donde complementa la prohibición del trabajo forzoso estableciendo como directriz de la política laboral la garantía de libertad de trabajo, contemplando lo siguiente:

“Artículo 1

2. La política indicada deberá tender a garantizar:

- *(c) que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.”* (Lo subrayado me corresponde)

Relacionado al concepto de libertad de contratación, de una manera extensiva se puede decir que tiene vínculo con el artículo 326 numeral 11 de la Constitución de la República (2008), pues esta norma valida la transacción en materia laboral siempre que no se renuncie a derechos y se celebre ante una autoridad administrativa o juez competente, esto implica que de la misma manera como una persona puede decidir si contratar para trabajar o no, esta norma se refiere a la posibilidad de celebrar acuerdos entre trabajadores y empleadores cuando se haya suscitado un conflicto derivado de la relación laboral, quedando a merced del consentimiento de las partes el llegar a acordar total o parcialmente situaciones relativas al problema, garantizándose paralelamente la libertad de convenir y escoger el contenido interno del acuerdo que en cierto modo pudiese modificar las condiciones del contrato de trabajo o solucionar un conflicto.

1.2. PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

1.2.1. Principio Protectorio

Es necesario iniciar el estudio de los principios con el principio protectorio, esto tiene una razón de ser, y es que este principio constituye la piedra angular del resto de

principios, siendo la madre del resto de principios, irradia tanto el Derecho Individual, Derecho Colectivo e incluso el Derecho Procesal (Orsini, 2010, pg. 499)

En la relación laboral está claro que existen dos partes, una empleadora y otra trabajadora, es necesario que ambas concurren para que pueda nacer este vínculo jurídico. Así como en general las personas podemos tener vínculos de diversa índole, por ejemplo, puede ser de naturaleza civil en el caso de la compra de un bien, sin embargo, la particularidad de la relación laboral radica en la posición en que previamente se encuentran los comparecientes, y su situación económica, social y cultural. En el caso de la relación civil no existe mayor conflicto, la postura de los contratantes es lograr un beneficio material y nada más, siguiendo el mismo ejemplo anterior, las dos partes llegan en igualdad de condiciones y deciden que la una pague una cantidad de dinero y el otro entregará un bien a cambio, lo que ocasionaría un beneficio patrimonial mutuo y equivalente, salvo que una de ellas actúe con mala fe y perjudique a la contraparte.

En el caso de la relación laboral no sucede aquello, las partes se encuentran en desigualdad de condiciones, puesto que, el trabajador prestará sus servicios lícitos y personales bajo las órdenes del empleador para beneficiarse de una remuneración, mientras que el empleador a más de beneficiarse con el trabajo de sus empleados conseguirá un beneficio económico mayor a nivel global de producción, no solo recibirá lo que equivale a un salario o sueldo sino lo que se genere a título de dividendos o utilidades que en su caso son de mayor valor, teniendo en cuenta que también participaría de las pérdidas de la empresa.

Américo Plá Rodríguez señala que este principio está ligado con el mismo propósito del derecho del trabajo, como consecuencia de que la libre contratación devino en una desigualdad de poder y resistencia económica que condujo a variadas formas de explotación. (Plá, 1990, pg. 25)

Es por este motivo que este principio cumple una función de compensar la situación económica, social y cultural del trabajador con la de su empleador, lo que consistiría en una discriminación positiva, que buscaría obtener ese equilibrio jurídico para permitir el imperio de la justicia en esa clase de vínculo (Díez, 2019, pg. 340). En palabras de Couture “el procedimiento lógico de corregir desigualdades es el de crear otras desigualdades” (como se cita en Plá, 1990, pg. 25), de tal manera que se humaniza

las relaciones de trabajo (Gamonal, 2013, pg. 430).

La Constitución de la República en sus artículos 33 y 325 garantiza el derecho al trabajo y reconoce todas las modalidades de trabajo, sea en relación de dependencia o autónomas, lo que ya nos brinda un indicio de que en el Ecuador se protege la relación laboral, sea cual fuera la modalidad de la misma. Sin dejar de lado que también se establece que el trabajo también es un deber, lo que a criterio personal considero que implica incluso un avance mayor en la procura del equilibrio deseado por este principio en cuestión, puesto que, ya no solamente se enuncia que por el hecho de ser trabajador ya se encuentra blindado de toda situación, sino que en el deber ser que establece la Constitución se proyecta a que las personas consideren al trabajo como parte de su diario vivir, como una situación a la que todos deben propender, teniendo en cuenta que no significa que el Estado garantice plazas de trabajo para todos.

A pesar de ello el hecho de que la Constitución de la República reconozca el derecho al trabajo implica ya una activación de todo un sistema de protección a los trabajadores en consideración a todos los antecedentes expuestos.

En el ámbito de los tratados internacionales, también existe reconocimiento del derecho al trabajo, estableciéndolo incluso como un derecho humano.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece:

“Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.” (Lo subrayado me corresponde)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), indica:

“Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.” (Lo subrayado me corresponde)

El Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador" (1988), establece:

“Artículo 6

Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.” (Lo subrayado me corresponde)

De esta manera, podemos encontrar que el derecho al trabajo ha tenido una acogida interesante, por el hecho de que los Estados suscriptores se preocuparían por propender a asegurar esa protección al trabajador y sobre todo la estructura jurídica que se encuentre al servicio de aquellos.

1.2.2. Principio de Irrenunciabilidad

El principio de irrenunciabilidad es un factor común en la doctrina del derecho del trabajo, y también reconocido en el numeral 2 del artículo 326 de la Constitución de la República (2008) lo que necesariamente nos lleva a considerarlo en este trabajo. Para explicar este principio tenemos que referirnos brevemente a lo que establecen las normas civiles, como sabemos aquellas constituyen norma supletoria a lo que establece el Código del Trabajo (2005). El artículo 11 del Código Civil (2005) establece: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”

Esto quiere decir que como norma general las personas que celebren un negocio jurídico podrían renunciar a sus derechos, por ejemplo, en un contrato de préstamo el prestamista podría expresar su voluntad de no querer recibir el pago de la cantidad adeudada por el deudor, lo que cumpliría con la regla que establece el Código Civil de que solo mira al interés del renunciante, en este caso efectivamente la decisión afecta al prestamista únicamente, beneficiándose el deudor por otra parte.

Sin embargo, la ley deja claro que existe la posibilidad de que no se encuentre permitida la renuncia de derechos, cuestión que ocurre en el derecho laboral, pues los trabajadores por disposición constitucional no podrían renunciar a sus derechos, así lo establece el numeral 2 del artículo 326 de la Constitución de la República (2008).

En virtud de lo expuesto corresponde entender en qué consiste este principio. Américo Plá Rodríguez en su obra *Los Principios del Derecho del Trabajo* explica esta situación, refiriéndose a la misma como aquella “imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio” (pg. 67). Quiere decir que cualquier acto ejecutado por el trabajador, sea previo al contrato de trabajo o posterior al mismo, que constituya renuncia de sus derechos laborales, no sería válida, entendiendo que la renuncia como lo explica Antonio Ojeda, se refiere a un negocio jurídico consistente en la manifestación de voluntad dirigida a obtener un resultado, que tiene el carácter de unilateral por no requerir concurrencia de voluntades y que es dispositiva en el sentido de que un derecho deja de formar parte del patrimonio del trabajador renunciante. (Como se cita en Plá, 1978, pg. 68)

Hay que considerar que no se debe confundir este principio con la facultad que se tiene para transigir, pues esta posibilidad se encuentra contemplada en el numeral 11 del artículo 326 de la Constitución de la República, sin embargo establece una condición, que estos acuerdos se celebren ante un juez o autoridad administrativa competente, lo que nos hace pensar que para llegar a conseguir este tipo de negociaciones se debe realizar bajo la vigilancia de autoridades que velen por los derechos de los trabajadores y que ejerzan una actividad de control para que no se vulnere el principio indicado, esto es, que exista renuncia de derechos.

Normalmente se producen este tipo de situaciones cuando se ha producido un conflicto entre empleador y trabajador que ha desembocado en la ventilación de un juicio laboral o un trámite administrativo ante el Inspector del Trabajo. Por lo tanto, lo que se propende conseguir es que los acuerdos no escondan una o más renunciaciones de derechos, puesto que en situaciones de conflicto como la mencionada, existe la posibilidad de que el trabajador por encontrarse en una necesidad económica se vea tentado a hacer efectivo de inmediato un crédito que el empleador llevándolo a aceptar cantidades inferiores a las que tiene derecho, conllevando una expresa renuncia de derechos, que en el fondo es ilegítima. (Pacheco, 2015, pg. 12)

1.2.3. Principio de Intangibilidad

Este principio se encuentra reconocido en el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República de manera literal, considerando que su reconocimiento consta dentro del catálogo de derechos de los trabajadores.

Para comprender de mejor manera a que se refiere este principio es necesario remitirnos al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que lo define como lo “que no debe o no puede tocarse” (2014, definición 1). Lo que nos lleva a pensar que como un principio que rige los derechos de los trabajadores, debe entenderse que los derechos de aquellos no deben o pueden tocarse, conservando su contenido y alcance de protección.

A pesar de ello, es necesario indicar que este principio se encuentra vinculado con el apartado de la prohibición de restricción y regresividad de derechos, en el sentido de que si bien se reconoce esta cualidad de intangibilidad, hay que considerar que no es absoluta en todo el sentido y alcance de la palabra, puesto que, es pertinente considerar que las demás normas del ordenamiento jurídico que se encuentran supeditadas a la Constitución deben desarrollar el contenido de los derechos, y como lo indicábamos en el apartado mencionado, también de manera justificada se puede limitar su ejercicio en la zona de penumbra, considerando que existe una delimitación del contenido esencial de los derechos que si bien no se encuentra expresamente declarada por una autoridad, está conformada por el bloque de constitucionalidad, cuya determinación corresponde al jurista.

Para explicar de mejor manera este principio es pertinente referir que en Ecuador el principio de intangibilidad, da sus primeras muestras en el año 1916 con la emisión de la Ley de Obreros, en el gobierno del presidente Alfredo Baquerizo Moreno, con el objeto de velar por los derechos de los trabajadores, esto es, el pago de bonificaciones, jornada de trabajo de ocho horas, descanso sábados y domingos, etc. Pero lo más relevante de esta Ley, es que prohibía los pactos que contravinieren el contenido de la Ley. (Albán, 2016, pg. 31)

Por lo tanto, parecería ser que el objetivo de este principio consiste en no desmejorar las condiciones, derechos y prestaciones que hayan sido reconocidas en pro de los trabajadores, es decir, todas esas conquistas sociales obtenidas históricamente

(Grisolia, 2010, pg. 65). Esto se ve complementado con la idea que esboza la Corte Nacional de Justicia en su fallo de 21 de diciembre de 2012 en el juicio No. 543-2008 donde indica que la intangibilidad se concentra en los derechos adquiridos, es decir, los derechos preexistentes que nacen una vez que el trabajador se benefició en su goce, los cuales no pueden ser desconocidos aún por norma o ley.

En este contexto, cabe referirnos a una perspectiva doctrinaria de cómo se realiza esta limitación de derechos, esto es, cuál es el proceso que está por detrás de este tipo de acto. A lo largo de todo este trabajo hemos ido refiriendo a lo que se conoce como teoría absoluta de límites a los derechos, esto es, que los derechos se ven conformados por un núcleo esencial que es inalterable y una zona de penumbra o periférica que es perfectamente limitable con cargo de justificar aquello.

Este ejercicio de determinación del contenido esencial algunos consideran que se debe realizar antes del examen de los parámetros a considerar, aunque existen otros criterios que establecen otro punto de vista respecto de la misma situación, como lo es el de Sánchez R., quien indica que el contenido esencial del derecho no existe como tal en sentido estricto, sino que después de que un límite ha pasado por un juicio de razonabilidad, solamente si esa limitación no ha podido ser justificada, implica que esta afecta a la esencia del derecho.(como se cita en Castillo y Tenicela, 2013, pg. 12)

Para proceder con el establecimiento de límites, se debe considerar condiciones formales y materiales, las condiciones formales se refiere a la reserva de ley, precisión de las regulación y el carácter orgánico de la ley. En cuanto a cuestiones materiales se refiere, este análisis se centra en la licitud del fin perseguido, la proporcionalidad, la intangibilidad del contenido esencial del derecho y la compatibilidad con el sistema democrático (Casal, 2008, pg. 314).

El aspecto formal se refiere al aspecto procedimental, para el respeto de las competencias que tienen los órganos estatales con capacidad normativa, el contenido de aquellas regulaciones y también la cualidad de la misma, a efectos prácticos se podría decir, que no es lo mismo una ley emitida por el legislador a un acuerdo ministerial emitido por un Ministro a pesar de que regulen aspectos relacionados a la misma materia, por lo que el análisis que corresponde en este filtro debe considerar la Constitución como a las demás normas que definan quién es competente para hacerlo y en qué alcance.

Por otro lado en el aspecto material, se analiza el fondo del acto de limitación de derechos. Jesús Casal en su obra *Los derechos humanos y su protección* (2008) nos va definiendo cada uno de los parámetros de análisis en este filtro, empezando por la licitud del fin perseguido, se refiere a que se debe analizar si la limitación propuesta es compatible con los preceptos constitucionales, los valores que giran a su alrededor y los tratados internacionales (pg. 75), lo que a la forma de pensar del autor del presente trabajo correspondería al bloque de constitucionalidad.

En cuanto a la proporcionalidad, se debe realizar el análisis pasando por un tamiz de tres fases: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha. La idoneidad se refiere a la aptitud de la medida para cumplir con el acometido de la limitación, esto es, si al menos existen posibilidades de que con aquella se pueda conseguir el fin perseguido por el límite. En cuanto a la necesidad, se refiere a la no existencia de una medida menos gravosa que permita alcanzar el objetivo del límite. Y, la proporcionalidad propiamente dicha que se refiere al examen de razonabilidad en la ponderación entre el límite propuesto y el fin que se quiere alcanzar. (Casal, 2008, pg. 75)

Por otro lado, la intangibilidad del contenido esencial del derecho corresponde a justamente aquella delimitación del contenido esencial del derecho que sería intangible, estableciendo de esta manera cuál es el espectro dentro del cual si se puede establecer un límite. (Casal, 2008, pg. 80)

Por último, lo que se refiere a la compatibilidad con el sistema democrático, consiste en el que el límite propuesto debe encontrarse en consonancia con los principios democráticos del Estado, es decir, que debe apuntar a cumplir el o los mismos objetivos que como Estado se ha propuesto en su carta magna o al suscribir tratados internacionales. (Aular, 2013, pg. 180)

De este modo una parte de la doctrina ha establecido cómo debe realizarse el análisis y los filtros que debe pasar una propuesta de límite a los derechos para que sea implementada, lo que nos lleva a pensar que no es tan sencillo realizar este tipo de actos, pues conlleva un trabajo intelectual arduo que debe considerar varios factores, y que desemboca en una justificación legítima de tal medida.

En el contexto de los tratados internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) indica lo siguiente:

“Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.”

Es interesante la redacción de esta norma, puesto que, es clara en el sentido de que abre la puerta a las limitaciones de derechos, a diferencia del numeral 2 del artículo 326 de la Constitución de la República (2008) que de plano plantea la intangibilidad sin más, haciendo pensar que no se debe admitir limitaciones, cuestión que doctrinariamente ha sido explicada.

1.2.4. Principio de Continuidad de la Relación Laboral

Este principio es de amplio reconocimiento en la doctrina, principalmente por su origen, Américo Plá Rodríguez (1990) manifiesta que en cierta época se veía a este principio como un potencial peligro a la reaparición solapada de la esclavitud o de la servidumbre. Posteriormente se advirtió que el verdadero mal podría encontrarse en la situación contraria, esto es, la inestabilidad del trabajo, y en consecuencia, las siguientes luchas y metas alcanzadas por los trabajadores apuntaban hacia el objetivo de la seguridad y certeza como tal, del cual deriva por ejemplo la seguridad social. (pg. 151)

El objetivo como tal según señala De Ferrari consistiría en darle fin a ese periodo caracterizado por la fragilidad de las relaciones contractuales que ocurren en un trabajo subordinado (como se cita en Plá, 1990, pg. 152). Es por esto que también se suele indicar que este principio tendría el carácter de instrumental, puesto que viabiliza el ejercicio de otros derechos de los trabajadores, por lo que la falta de este implicaría la falta de relevancia de ciertas instituciones del derecho laboral. (Orsini, 2010, pg. 502)

Considerando estos antecedentes, se podría decir que este principio impone imperativamente el contrato de trabajo una duración continua e indeterminada como figura tipo que dé certeza al trabajador de una adecuada protección contra el despido injustificado, de modo tal que éste tiene derecho a conservar el empleo mientras no se verifiquen circunstancias imputables a él que justifiquen su exclusión (Orsini, 2010,

pg. 502).

Al ser un contrato de tracto sucesivo, es decir, que no se agota en un solo acto sino que se va cumpliendo continuamente, se verifica una tendencia del derecho del trabajo de buscar que el contrato de trabajo tenga una duración lo más extendida posible (Plá, 1990, pg. 154), cuestión que a lo largo de los años si se ha venido incluso mejorando para personas que se encuentran en situaciones especiales.

Por otro lado también podría entenderse como lo explica Hernán Sandoval y Gustavo Delacruz en su obra Principios Constitucionales del Derecho Laboral Administrativo en el Ordenamiento Jurídico Colombiano (2019) como una “exigencia esencial para las partes de la relación: cada una de aquellas aporta sus esfuerzos para obtener una labor exitosa, o mejor, un verdadero equilibrio económico y social. ¿Cuál es ese aporte? Por un lado, el empleador debe garantizar la permanencia del empleado en el trabajo, a través de una remuneración digna y actualizable y, por otro, el trabajador debe hacer una labor eficiente, leal y continua.” (pg. 16)

Dentro del desarrollo de este principio se ha verificado el empleo del término estabilidad como sinónimo de este principio, sin embargo Américo Plá Rodríguez (1990) clarifica esta situación al establecer que la estabilidad se refiere exclusivamente a que el empleador “no tiene derecho a despedir sino cuando existe una causa justificada” (pg. 174), de igual manera explica que este concepto tiene dos acepciones, una absoluta y una relativa. La primera se refiere a la garantía de conservación del empleo, con la ineficacia del despido y la garantía de reintegro al puesto de trabajo, mientras que la segunda se refiere a la protección contra el despido pero sin garantía de reintegro al puesto de trabajo, sino a la compensación económica mediante una indemnización. (Plá, 1990, pg. 175)

Américo Plá Rodríguez (1990) explica el alcance y operación de este principio, en el sentido de que el mismo opera a cabalidad en favor del trabajador, puesto que existe la posibilidad de que aquel lo invoque a su criterio o simplemente decida no hacerlo, pues en este caso el empleador no podría invocar este principio para oponerse a la renuncia o abandono del trabajo. De igual manera el beneficio que trae consigo este principio es loable, pues, el trabajador al sentir seguridad podrá rendir mejor en su empleo y además con el transcurso del tiempo perfecciona su trabajo y adquiere más experiencia, lo que paralelamente beneficia al empleador por el hecho de que no tendría

la preocupación de constantemente tener que invertir en preparación de nuevos trabajadores y todos los errores y pérdida de tiempo que eso conlleva. (pg. 154-155)
El mismo autor, indica cual es el alcance del mismo, al establecer que este principio se proyecta hacia:

- “1) preferencia por los contratos de duración indefinida;*
- 2) amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato;*
- 3) facilidades para la mantención del contrato pese a los incumplimientos y nulidades;*
- 4) resistencia a admitir la rescisión del contrato por la sola voluntad personal (se entiende que la del empresario);*
- 5) interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones;*
- 6) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador” (Plá, 1990, pg. 157)*

La Constitución de la República (2008) en su artículo 332 reconoce en el marco del aspecto reproductivo de las personas el derecho a la estabilidad de los trabajadores por número de hijos, embarazo, periodo de lactancia, derecho de maternidad y licencia por paternidad. El artículo 160 del mismo cuerpo garantiza la estabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas, el artículo 229 de los servidores públicos, el artículo 339 lo hace respecto de los docentes y finalmente en las disposiciones de la Transición Institucional, artículo 24, garantiza respecto de los funcionarios judiciales que no son de libre remoción para el periodo de transición a raíz de la implementación de la nuevo sistema constitucional.

Todos los artículos citados en el párrafo anterior establecen la garantía de estabilidad para ciertas personas que tienen ciertas cualidades, de tal manera que hace una diferenciación con el resto de personas, es decir, no se establece como garantía general de los trabajadores la estabilidad a modo de derecho. Sin embargo, el Código del Trabajo (2005) en su artículo 14 describe que el contrato tipo en el Ecuador es el contrato a tiempo indefinido, salvo excepciones taxativas como el contrato de obra cierta que no sea habitual en la actividad de la empresa, contratos eventuales, ocasionales, de temporada, de aprendizaje y los demás que determine la ley, es decir, se propende a la contratación sin límite de tiempo garantizando la estabilidad del

trabajador.

Continuando la idea anterior, los tratados internacionales suscritos por el Estado forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuando reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución de la República (2008), además, prevalecen sobre cualquier otra norma o acto del poder público así lo establece el artículo 424.

Por todo lo expuesto, es evidente que Ecuador adoptó un sistema de estabilidad relativa, lo que significa el empleador se ve facultado a disolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad mediante el pago de una indemnización (De la Cueva, 1978, pg.19), indemnización prevista como de aplicación general en el artículo 188 del Código de Trabajo (2005), considerando que existen otras adicionales para ciertas situaciones especiales.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador" (1988), establece en su artículo 7 numeral d lo siguiente:

“Artículo 7

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;” (Lo subrayado me corresponde)

Lo que hace básicamente este tratado internacional es recoger el principio de estabilidad relativa para los trabajadores de los Estados suscriptores del mismo,

propendiendo justamente a la protección y seguridad del trabajador a la hora de desempeñar su trabajo, si bien a nivel constitucional no existe este reconocimiento que aplica de forma general, el hecho de constar en este instrumento lo hace parte del ordenamiento jurídico.

1.2.5. Principio de Antropía

El principio de antropía es uno de los principios que no ha sido desarrollado a profundidad por la doctrina laboral, su desarrollo como tal es de carácter más general, ya que no solo es aplicable en materia laboral sino que irradia el ordenamiento jurídico en general.

Este principio se remite a lo que se concibe como dignidad humana, entendiendo que dignidad según la Real Academia Española de la Lengua es la cualidad de digno (2014, definición 1), por ende hay que entender que es digno aquel “merecedor de algo” (2014, definición 1) o “correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo” (2014, definición 2). Por lo tanto, podríamos decir que por el goce de cierta condición una persona es digna de algo en especial.

Extrapolando el concepto a un análisis más filosófico, en palabras de Kant de podría decir que “aquellos que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad” (como se cita en Aparisi, 2013, pg. 207). Esto no quiere decir que se coloca al ser humano en posición de superioridad en contra de otro ser humano, sino sobre el resto de seres que carecen de razón, es decir, que por el solo hecho de tener condición humana, ya se es acreedor de dignidad. (Aparisi, 2013, pg. 207)

Regresando nuevamente al pensamiento de Kant, aquel sostuvo que la persona es un fin en sí mismo, de forma que no debe ser tratado como un medio para conseguir ciertos fines (como se cita en Aparisi, 2013, pg. 208), concepción muy acertada, puesto que, el ser humano como tal no merece ser utilizado para ciertos fines, sino que debe ser éste mismo el que dirija su vida en torno a sus fines, sin verse obligado a actuar para la consecución de fines ajenos, lo que no quiere decir que la persona no podría trabajar para alguien más, sino que esta actividad debe ser buscada por la persona misma, por su propia voluntad, y no haber sido víctima de coerción alguna para realizarla.

La Constitución de la República (2008) coincide con estas ideas al reconocer al ser humano como sujeto y fin del sistema económico del Estado, así lo establece el artículo 283.

Una concepción utilitarista del concepto, acoge la idea de que el mismo debe apuntar a la noción de “calidad de vida”, concepto que es muy amplio de definir, puesto que esta cualidad puede ser percibida subjetivamente de diversas maneras, y lo que para uno significa calidad, para otro puede no serlo, por tanto, esta concepción se dirigiría a realizar una nueva forma de discriminación, tomando en cuenta los estándares de calidad fijados por la sociedad y, en consecuencia, podría devenir en la garantía de dignidad para ciertos seres y para otros no, por ejemplo en este debate se encuentra el tema del aborto y de la vida del nasciturus. (Aparisi, 2013, pg. 215)

Regresando al ámbito del derecho laboral, la naturaleza misma de la relación jurídica existente entre empleadores y trabajadores es sui generis. En que el objeto de contratación laboral es la energía humana para realizar actividades varias, a diferencia de la mayoría de contratos, como los de índole civil, en el que su objeto recae sobre las cosas, por lo tanto, cualquier clase de acto que cause detrimento al objeto de contratación civil es más sencillo reponerla, a diferencia de un perjuicio que ocasione efectos en la salud humana.

Es por esto que este principio procura brindar una especial protección al trabajador como ser humano, para evitar que éste sea objeto de un trato injusto y abusivo por parte de su empleador, que en el evento de efectuarse tal actitud, vulneraría su especial dignidad. (Díez, 2019, pg.337)

Este principio además de lo ya indicado, se ve vinculado con el principio del libre desarrollo de la personalidad, entendiendo este como la exigencia de garantizar aquellas condiciones que permiten la realización integral del ser humano, esto es, respeto a la autonomía moral, libertad, protección del desarrollo corporal del ser humano, tendientes a que se lleve a cabo el proyecto de vida del ser humano. (Aparisi, 2013, pg. 218)

El artículo 33 de la Constitución de la República (2008) establece la obligación estatal de garantizar el pleno respeto a la dignidad de los trabajadores, en el artículo 66 numeral 2 se garantiza el derecho a una vida digna y en el artículo 328 del mismo cuerpo normativo se establece el derecho a un salario digno, preceptos que se corresponden con el principio de antropía, es decir, que apuntan al establecimiento de condiciones dignas

para los trabajadores.

Los tratados internacionales se refieren a la dignidad de diferentes maneras, entre ellas las siguientes:

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) es muy enfática hacia la dignidad en su preámbulo, pues indica que:

“... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

... los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;”

De igual manera lo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), que indica:

“... la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros;”

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969) señala lo siguiente:

“Artículo 11.

Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.”

Lo que se puede observar en las citas anteriores es que en los primeros dos tratados citados se señala que la dignidad constituye la base para lograr la libertad, justicia, paz y el goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales; por tanto, es notorio que el principio en cuestión, a pesar de no ser reconocido en forma expresa

como principio de antropía, en el orden constitucional ecuatoriano se direcciona el ejercicio de los derechos hacia la garantía de dignidad de los seres humanos.

1.2.6. Principio Indubio Pro Operario

El principio indubio pro operario constituye uno de los efectos del principio protectorio, junto con los otros principios doctrinarios derivados del mismo como son la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa, entendiendo la primera como en el caso de la existencia de más de una norma aplicable a un caso concreto se debe optar por la más favorable al trabajador, y la segunda, como aquella que en el caso de expedirse una nueva norma, esta no debe mermar las condiciones favorables del trabajador en ese momento. (Plá, 1990, pg. 40)

Varios autores han definido el principio en cuestión, cuyas acepciones son muy similares y casi que coincidentes. Una acepción indica que este principio va dirigido al intérprete de la norma, cuando una norma tiene varias interpretaciones posibles, en la que el “operador jurídico debe escoger la más favorable al trabajador”. (Ballesteros, 2000, pg. 115) Así mismo suele entenderse como aquel “caso en el que una norma pueda entenderse de varias maneras, debe preferirse la interpretación más favorable para el trabajador” (Sandoval y Delacruz, 2019, pg. 27)

Este principio goza de un antecedente interesante, puesto que, como lo explica Deveali, la forma tradicional de entender el mismo en el derecho privado implicaba el reconocimiento de que el deudor era la parte más débil y, por lo tanto, en el caso de duda de interpretación de una norma, se preferiría la que beneficiara a aquel. Sin embargo, en materia laboral se invierte el supuesto, debido a que en este caso el trabajador es el acreedor del empleador, y la protección de este principio busca equiparar esta desigualdad de armas con la que se enfrentan las partes, pues, al trabajador le resulta más difícil obtener medios de prueba que sostengan su argumento, por tanto, se busca que la duda le favorezca al trabajador (como se cita en Plá, 1990, pg. 41). Lorenzutti explica que este principio recoge una tendencia a tomar en cuenta específicamente la posición de debilidad estructural en el mercado. (Como se cita en Podetti, 1997, pg.149)

De igual manera se debate en la doctrina el alcance de este principio, una vez ya establecido su beneficio a favor del trabajador, lo que se discute es que si este principio

logra ser aplicable en materia probatoria. Al respecto, Sandoval y Delacruz indica que no se debe aplicar en la prueba por ser un debate jurídico, y el principio se circunscribe al ámbito normativo, mas no a la valoración probatoria. (Sandoval y Delacruz, 2019, pg. 27)

Sin embargo, existe otra corriente doctrinaria que sostiene que el principio si se extiende hasta esas áreas, a efecto de solventar una auténtica duda para valorar el alcance o significado de una prueba, no para suplir omisiones, sino para apreciar de mejor manera y conjuntamente los elementos probatorios, por el motivo expresado anteriormente, esto es, la dificultad del trabajador de acceder a la prueba. (Plá, 1990, pg. 46)

Teniendo presente lo indicado, es necesario también explicar que para la aplicación de este principio tiene que existir la duda como tal, puesto que en el Código Civil (2005), en el artículo 18 numeral 1 establece que: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. Esto quiere decir que, la aplicación de este principio exige exhaustivamente la presencia de la duda, por lo tanto, debe evitarse a toda costa emplear el mismo para alejarse del significado claro de la norma o para atribuirle otro sentido a la misma. (Plá, 1990, pg. 43)

La Constitución de la República (2008) establece en su artículo 326 numeral 3 que: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.”

Por ende, la norma especifica claramente en que supuestos aplica, extendiendo su alcance incluso a las disposiciones reglamentarias, o contractuales y no solo legales, lo que coincide con el criterio del autor Mario de la Cueva quien indica que puede aplicarse en caso de duda del contrato individual o colectivo, sin embargo, su uso no debe dirigirse a la creación de nuevas instituciones. (Como se cita en Plá, 1990, pg. 42)

1.2.7. Principio de Progresividad

Para entender este principio es necesario remitirnos al concepto de progreso, la Real Academia Española (2014) indica que se refiere a la “acción de ir hacia adelante” (definición 1) o “avance, adelanto, perfeccionamiento” (definición 2).

En este contexto, se debe entender que la progresividad se refiere al “aumento sostenido y unidireccional de los niveles de tutela jurídica existentes” (Orsini, 2010, pg. 500). Según Toselli este principio tendería a mejorar todas las condiciones vitales del hombre, y en materia laboral implicarían las condiciones laborales, salariales y de empleabilidad. (Como se cita en Morales, 2018, pg. 20)

Para Orsini este principio intenta “reducir progresivamente el estado de desposesión en el que se encuentran los trabajadores en el orden socioeconómico” (Orsini, 2010, pg. 500)

Esto nos lleva a pensar que este principio tiene una estrecha relación con el principio de intangibilidad y con el de no regresividad de los derechos de los trabajadores, puesto que, como tal, constituye la antítesis de la regresión de derechos, así como de la invasión al contenido esencial de los mismos.

Por lo que, la consecuencia primordial es que una vez consagrado un derecho, solo en situaciones de excepción o marcada emergencia podrían habilitar un retroceso normativo (Morales, 2018, pg. 21), esto quiere decir que se buscaría proteger aquellas conquistas protectorias logradas a raíz de esos procesos históricos que presentan una mayor magnitud de desposesión (Orsini, 2010, pg. 500)

La Constitución de la República (2008) establece:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

#8 El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.” (Lo subrayado me corresponde)

El principio de progresividad está presente como principio general de aplicación de los derechos constitucionales, no exclusivo de los trabajadores, pues, el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de la República, como primera medida reza que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva mediante normas, jurisprudencia y políticas públicas, por lo tanto, especifica que en esos ámbitos, tanto normas, jurisprudencia y políticas públicas deben propender hacia ese desarrollo unidireccional de los derechos. Así mismo, en el segundo inciso de la norma citada indica cual sería el efecto de la contraposición a esta norma, esto es: la inconstitucionalidad del acto u omisión. De esta forma la progresividad se encuentra

blindada, incluso estableciendo un efecto jurídico a la acción u omisión contraria a aquella.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su preámbulo establece:

“La Asamblea General proclama la presente

Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.” (Lo subrayado me corresponde)

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969) establece:

“Artículo 2.

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” (Lo subrayado me corresponde)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) establece:

“Artículo 2

- 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios*

apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” (Lo subrayado me corresponde)

El Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador" (1988), establece:

“Artículo 1

Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.” (Lo subrayado me corresponde)

De igual manera la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919) indica:

“Artículo 19

8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los las trabajadoras y trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.”

Como se puede apreciar, en cierto modo la redacción que realizan estos instrumentos es muy similar, con sus salvedades, sin embargo, su propósito es el mismo, esto es, lograr que los derechos se desarrollen de manera progresiva, cuestión que ha de realizarse mediante el actuar estatal de los suscriptores, ya sea mediante leyes, reglamentos, y en definitiva, todo que propenda al avance de la tutela jurídica existente.

CAPÍTULO II

2. LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO PARA COMBATIR LA CRISIS SANITARIA DERIVADA DEL COVID-19

El presente capítulo tiene un motivo específico, este es el de desarrollar el contenido de los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, norma que contiene varias implicaciones en relación con normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es por esto que, intentaremos ir desglosando el análisis de cada uno de ellos dividiendo la norma por incisos, de esta manera podremos concatenar de manera más específica cada particularidad de la misma con el ordenamiento jurídico.

2.1. Acuerdos de preservación de fuentes de trabajo

“Art. 16.- De los acuerdos de preservación de fuentes de trabajo.- Los trabajadores y empleadores podrán, de común acuerdo, modificar las condiciones económicas de la relación laboral con la finalidad de preservar las fuentes de trabajo y garantizar estabilidad a los trabajadores. Los acuerdos no podrán afectar el salario básico o los salarios sectoriales determinados para jornada completa o su proporcionalidad en caso de jornadas reducidas.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Como ya hemos indicado en el Capítulo I, el génesis de la relación laboral tiene un antecedente que constituye la libertad de contratación, esto es, esa prerrogativa que tiene el ser humano de elegir si pactar o no, y en caso de hacerlo, decidir con quién hacerlo y determinar el contenido de aquel acuerdo, todo esto derivado del derecho de libertad como piedra angular del ordenamiento jurídico.

El Código Civil (2005), como fuente supletoria del Código del Trabajo, regula lo relativo a las reglas que rigen los contratos de forma general, entre ellas se encuentran las formas de extinguir las obligaciones, esto significa, dejar sin efecto un vínculo jurídico existente. Una de las formas de extinguir las obligaciones es la novación, cuya definición se encuentra presente en el artículo 1644 que indica que: *“Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida.”* Lo que nos lleva a pensar que el presupuesto que plantea el inciso primero

del artículo sujeto a análisis, se refiere a esta forma de extinguir las obligaciones, esto es, que entre empleador y trabajador se deje sin efecto el contrato de trabajo primigenio, sustituyéndolo con uno posterior de diferente contenido.

Este acuerdo celebrado entre trabajadores y empleadores es totalmente lícito, ya que una de las formas de terminar el contrato de trabajo es el acuerdo de las partes, así lo establece el numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo (2005), y en ejercicio del derecho a la libertad de contratación, se pueden celebrar nuevos acuerdos entre trabajador y empleador, sin perjuicio de los límites que la ley establece en este tipo de relaciones jurídicas.

De esta manera, la voluntad del legislador se ve plenamente manifestada, dado que si el empleador y trabajador mantienen un diálogo adecuado, y producto de éste los trabajadores pueden empatizar con su empleador que, por ejemplo, atraviesa una situación económica difícil derivada de la pandemia del COVID-19, podrán modificar las condiciones económicas del contrato de trabajo, a efecto de conservar las fuentes de empleo, esto implica que, por ejemplo, pueda pactarse una reducción de la jornada laboral o eliminar ciertos beneficios no habituales.

El legislador es claro al establecer el objeto de la Ley de Apoyo Humanitario cuando en el artículo 1 indica: *“La presente Ley tiene por objeto establecer medidas de apoyo humanitario, necesarias para enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, a través de medidas tendientes a mitigar sus efectos adversos dentro del territorio ecuatoriano; que permitan fomentar la reactivación económica y productiva del Ecuador, con especial énfasis en el ser humano, la contención y reactivación de las economías familiares, empresariales, la popular y solidaria, y en el mantenimiento de las condiciones de empleo.”* (Lo subrayado me corresponde)

Por lo tanto, a breves rasgos parece ser que la finalidad del legislador es legítima, en el sentido de que, ante la incertidumbre de los efectos dejados por la pandemia del COVID-19 se abre la posibilidad de que, mediante mutuo acuerdo, los trabajadores pacten con sus empleadores la modificación de las condiciones laborales, pudiendo ser mejorados o empeorados. Esto constituye la medida que a nivel de gobierno se le ha calificado como aquella que desarrolla el contenido de los derechos constitucionales,

en virtud de que, la función principal de los legisladores es la del cumplimiento del principio de progresividad al momento de crear leyes, lo que no quiere decir que por provenir de esa autoridad la medida es indefectiblemente legítima, en el fondo la creación de leyes es producto de una labor intelectual humana, que por ser así es susceptible de caer en el error, en este caso, no cumplir el principio de progresividad.

Esto nos lleva a pensar otro tema al que se refiere esta norma, puesto que, señala que a consecuencia de un acuerdo entre trabajador y empleador no se puede afectar al salario básico o salario sectorial, sea jornada completa o reducida, hay que tener presente la diferencia de aquellas, actualmente para el año 2021 el salario básico en Ecuador es de cuatrocientos dólares, así lo fijó el Ministro de Trabajo Andrés Isch Pérez en el artículo 4 del Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-249 de fecha 30 de noviembre de 2020, y que es aplicable al trabajador en general, incluidos los trabajadores de la pequeña industria, trabajadores agrícolas y trabajadores de maquila; trabajador o trabajadora remunerada del hogar, operarios de artesanías y colaboradores de la microempresa. Por otro lado, el salario sectorial se refiere a aquellos fijados por sectores o ramas de actividad, por ejemplo, el salario mínimo de un chofer/conductor de telefonía móvil es diferente al del trabajador en general.

Además de lo indicado hay que considerar el concepto de canasta básica, definida como aquel *“conjunto de bienes y servicios que son imprescindibles para satisfacer las necesidades básicas del hogar tipo compuesto por cuatro miembros con 1,6 perceptores de ingresos, que ganan la remuneración unificada”* (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos [INEC], s.f), según esta institución el valor de la misma asciende a quinientos un dólares con cincuenta y un centavos.

Es evidente que existe una brecha entre el salario básico y la canasta básica, lo que llama más la atención aún es que hasta la fecha la situación no ha mejorado, puesto que, en el año 2020 el salario básico era del mismo valor actual, sin embargo, no ha existido un retroceso.

En este mismo sentido, es necesario tocar el tema de la dignidad en la remuneración, puesto que, la Constitución de la República en su artículo 328 establece:

“Art. 328.- La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos.

El Estado fijará y revisará anualmente el salario básico establecido en la ley, de aplicación general y obligatoria.

El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley.

Lo que el empleador deba a las trabajadoras y trabajadores, por cualquier concepto, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios. (...)" (Lo subrayado me corresponde)

Por lo tanto, a nivel constitucional se garantiza la dignidad en la remuneración, recordemos que la dignidad es un reflejo del principio de antropía, y en consecuencia, constituye aquella cualidad que le hace merecedor de algo a una persona, en este caso, el hecho de tener la cualidad de persona trabajadora le hace a la misma merecedora de una remuneración que pueda solventar las necesidades básicas de ella y su familia, esto concuerda con la definición de canasta básica que revisamos. Lo que nos lleva a pensar que lo digno en este caso es disponer de los bienes y servicios mínimos que permitan cubrir esas necesidades vitales de todos los seres humanos, dentro de las circunstancias del caso.

La cuestión que debemos preguntarnos en esta situación es que si el valor asignado al salario básico actual es digno. Tomando en cuenta el costo de la canasta básica, a primera vista podríamos decir que no es del todo digno, pues existe un saldo de un poco más de cien dólares que no alcanza a cubrir el salario básico, con el presente, ya van a ser dos años que se mantiene este rubro, sin existir progreso alguno.

Sabiendo esto, hay que considerar que al celebrar estos acuerdos entre empleadores y trabajadores existen dos posibilidades, la primera consiste en que se mejoren las condiciones del trabajador en la relación laboral, y la segunda consiste en que se empeoren las condiciones del trabajador en la relación laboral, en ambos casos, tomando como referencia el contrato anterior al acuerdo.

En el primer caso no existiría problema alguno, el problema surge en el segundo caso, puesto que, entran en juego varios aspectos. Si sabemos que a pesar de que el salario básico no alcanza a cubrir el valor de la canasta básica, las personas que trabajan bajo relación de dependencia sujetos a este rubro debieron dentro de este periodo en el que está vigente el salario básico adecuar sus condiciones de vida a la cantidad aportada

por el salario básico, quizás no a cabalidad, pero es un tiempo considerable en el que las personas debieron encontrar la forma de hacerlo. Por lo tanto, una disminución en este valor implicaría provocar un desbalance al costo de vida que una persona estaba acostumbrada, lo que entra en juego con el otro aspecto que es el desempleo, por el hecho de que, a raíz de la pandemia se despidió a mucha gente, lo que quiere decir que las plazas de trabajo han disminuido, por lo tanto, un trabajador que ha celebrado un acuerdo para preservar su empleo a costa de una disminución de la jornada y por ende en la remuneración, es más probable que decida permanecer en esas condiciones que dejar su empleo y buscar suerte con uno mejor, pues, las necesidades básicas no otorgan prórroga. Todo esto teniendo presente que la misma norma establece que estos acuerdos no pueden afectar al salario básico o sectorial, por lo tanto, ante un acuerdo de disminución de jornada, se deberá pagar lo proporcional al salario básico o sectorial.

Esta situación se ve empeorada más aún para aquellos trabajadores que mantienen un contrato de trabajo con jornada parcial, a pesar de ser pagados proporcionalmente con referencia al salario básico, su remuneración no alcanzaría el valor de la canasta básica.

Es en este punto donde también debe ponerse sobre la mesa la capacidad económica del empleador, puesto que, si su empresa se vio seriamente afectada a consecuencia de la pandemia mundial del COVID-19 y la única manera de hacerla sobrevivir es sometiéndola a un régimen de austeridad que implique reducción de costos laborales, se abre el debate de qué pesa más, el conservar un empleo aun en peores condiciones que las iniciales o proteger la no regresividad de los derechos, todo esto circunscribiendo el debate a las circunstancias actuales, es decir, el paso de la humanidad por una pandemia mundial que ha conllevado muertes, distancia social, incluso la prohibición o limitación de ciertas actividades, sabiendo que la otra opción que le queda al empleador que se ve imposibilitado en mantener operante a su empresa es la liquidación de la misma y consecuentemente dejar sin empleo a todos sus trabajadores.

Probablemente en condiciones normales, es decir, sin la presencia de una pandemia mundial, sería descabellado pensar en esta posibilidad por evidentemente encontrarse en contra de un principio constitucional de progresividad de los derechos. Sin embargo, la realidad que nos atañe nos ha mostrado que en cuestión de poco tiempo

una empresa puede quebrar, y dejar sin sustento a muchas familias, lo que nos lleva a pensar que esta medida no es tan desacertada por ser la única propuesta hasta el momento, que si bien implica un detrimento a los derechos de los trabajadores, no se ha planteado otra medida que lo ocasione en grado menor, pues el mantener las reglas anteriores conllevaría la liquidación inmediata de muchas empresas, y el detrimento sería mucho mayor, en ese caso por omisión de actuación del Estado en proteger a los trabajadores. Sin embargo, considero que esta medida necesariamente debe ser controlada, puesto que, es susceptible de ser mal utilizada en perjuicio de los trabajadores, ya que si bien han existido muchas empresas afectadas, también existe un sector de ellas que no ha sufrido aquello, pues, durante el apogeo de la pandemia del COVID-19 varias de ellas continuaron operando e incluso sin haber alterado su rango de ingresos, por ejemplo, las empresas que venden productos de primera necesidad, los hospitales, los servicios financieros, entre otros.

“El acuerdo podrá ser propuesto tanto por trabajadores como por empleadores. Los empleadores deberán presentar, de forma clara y completa, los sustentos de la necesidad de suscribirlos, para que el trabajador pueda tomar una decisión informada. Una vez suscritos los acuerdos, estos deberán ser informados al Ministerio del Trabajo, quien supervisará su cumplimiento.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

La norma busca que el trabajador tome una decisión informada, es por esto que, de manera expresa requiere del empleador de forma clara y completa los sustentos de la necesidad de suscribir estos acuerdos, en definitiva, será el empleador el encargado de proporcionar esa información.

Si bien la intención de la norma es muy buena, quedan flotando en el aire el hecho de que la norma no establece si alguna autoridad verificará la veracidad de la información aportada por el empleador, tampoco indica cuáles serán los documentos que sustenten cabalmente la situación económica de la empresa, esto implica que el empleador puede o bien entregar una carta emitida por el director financiero de la empresa manifestando la mala situación de la empresa o también una carpeta con los balances de la empresa, informes financieros, etc.; es decir, queda al arbitrio del empleador determinar con qué documentos sustenta aquella necesidad. Ello supone un

riesgo de fraude en el que el empleador simule una situación económica desfavorable para lograr estos acuerdos y poder abaratar costos laborales.

A pesar de ese riesgo, la norma establece la obligación del empleador en informar sobre la celebración de estos acuerdos al Ministerio del Trabajo. Este registro se lo deberá realizar en la plataforma del Ministerio del Trabajo a la que se la ha llamado Sistema Único de Trabajadores (en adelante también SUT), lo que supone de cierto modo un control estatal sobre estos acuerdos.

El Sistema Único de Trabajo fue creado el 29 de agosto del año 2017 mediante acuerdo ministerial No. MDT-2017-0135 emitido por el Ab. Raúl Ledesma, Ministro de Trabajo de esa época. Por lo tanto, ya son algunos años de operación de este sistema donde deben registrarse este tipo de eventos que se producen en el ámbito laboral.

En este sentido, es de notar que existe un control posterior a la celebración de los acuerdos que modifican las condiciones laborales entre empleador y trabajador, al momento de registrar los mismos en el sistema web del Ministerio del Trabajo.

¿Cómo opera este servicio? El acuerdo ministerial No. MDT-2017-0135 en su artículo 2 indica que es obligación de los *“empleadores del sector público, privado y de la economía popular y solidaria, informar al Ministerio del Trabajo en los treinta días posteriores al ingreso del trabajador: información de contratos, actas de finiquito por terminación de la relación laboral, cumplimiento del porcentaje de inclusión laboral de personas con discapacidad, registro de información de personas con discapacidad, entre otros”*. En este sentido, a modo de ejemplo, en el caso de no registrar a un trabajador como activo en el tiempo establecido para el efecto, la multa que debe asumir el empleador será impuesta por cada trabajador no registrado, un monto no mayor a veinte salarios básicos unificados del trabajador privado en general, así lo establece el artículo 5 del Acuerdo Ministerial citado.

Todo esto con el objeto de que los mismos sean aprobados por el Ministerio a cargo, coincidiendo con lo establecido en el inciso final del artículo 3 de los acuerdos ministeriales No. MDT-2020-0172 y No. MDT-2020-0132, que indican: *“El Ministerio del Trabajo realizará los controles y verificaciones necesarias para precautelar el cumplimiento de los derechos de las partes de la relación laboral y la ley, observando que los acuerdos cumplan con el ordenamiento jurídico vigente.”*

Cerrando este punto de análisis, el trabajo que cumple el Ministerio en este sentido es

clave al verificar que efectivamente se esté respetando el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y por el momento, no existe inconveniente en ello.

“El acuerdo será bilateral y directo entre cada trabajador y el empleador. El acuerdo alcanzado, durante el tiempo de su vigencia, tendrá preferencia sobre cualquier otro acuerdo o contrato.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Recordemos que el Código Civil (2005) ecuatoriano clasifica a los contratos en bilaterales y en unilaterales, el artículo 1455 del mismo cuerpo legal establece que es unilateral cuando una de las partes no contrae obligación alguna, y bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente, lo que nos quiere decir que, la carga obligacional dependiendo de cada contrato se inclina hacia una parte, hacia otra o se equilibra.

Por ejemplo, en un contrato de donación, el donante es quien soporta la mayoría de la carga obligacional, puesto que se encuentra comprometido a entregar una cosa al donatario, quien a su vez no debe nada al primero.

El contrato laboral por su naturaleza es bilateral, es decir, ambas partes tienen una carga obligacional contrapuesta, en el caso del trabajador su obligación es la de acoger las órdenes de su empleador y ejecutarlas de la mejor manera, mientras que por el otro lado la obligación del empleador será la de pagar la remuneración pactada con el trabajador inicialmente, o en su defecto, si ha sido mejorada será la segunda.

Es por esto que el inciso analizado acierta en lo que establece, el acuerdo necesariamente debe ser bilateral y además agrega otra calificación que es el de “directo”, con aquello entendemos que la norma se refiere a que el acuerdo debe celebrarse entre el empleador y cada trabajador por separado, directamente, de tal manera que no intervengan intermediarios que los actúen por ellos.

En el caso del trabajador por ejemplo, no sería aceptable que comparezca en su nombre a la celebración del acuerdo, su supervisor, su jefe inmediato superior o el dirigente sindical, y en el caso del empleador es diferente, puesto que el Código del Trabajo (2005) en el artículo 36 establece que constituyen representantes del empleador los *“directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración”* por lo tanto, entendería que aquellos serían los únicos facultados para

el efecto, sin embargo, ese sería el límite que debe respetarse para llegar a celebrar los acuerdos.

La Constitución de la República (2008) coincide con lo que hemos analizado y refuerza lo que hemos dicho, pues, establece en su artículo 327 que: *“La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.”*

Por otra parte, la norma hace alusión al tiempo de vigencia del acuerdo, lo que pone sobre la mesa otro tema importante. Como indicábamos al inicio del presente trabajo, la voluntad del legislador al emitir esta norma estuvo dirigida al mejoramiento de la situación económica que está atravesado el Ecuador a consecuencia de la pandemia del COVID-19. Recordemos que el objeto de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19 consiste en adoptar medidas que busquen fomentar la reactivación económica familiar, empresarial, popular y solidaria del Ecuador, y en el mantenimiento de las condiciones de empleo.

Es por esto que es justo y necesario entender el concepto de reactivar, que en palabras del Diccionario de la Real Academia Española significa “volver a activar”, quiere decir que, en cierto punto lo que se propende alcanzar es una economía activa libre de los efectos causados por la pandemia del COVID-19.

En este contexto, entenderíamos que llegado ese punto ya no existe la necesidad de continuar aplicando las medidas previstas a efecto de reactivar la economía, puesto que la misma ya se encontraría “activada”. Sin embargo, lo que llama la atención es que la norma no indica cuál sería el tiempo límite de vigencia de estos acuerdos, ni siquiera establece la posibilidad de que se regrese a condiciones laborales anteriores a la crisis económica en caso de una mejora de la empresa en ese sentido, otorgándole al acuerdo la validez indefinida del contrato tipo en el Ecuador.

Si entendemos que la limitación de derechos no se encuentra prohibida de manera absoluta, es decir, esa puerta que queda abierta a la posibilidad de limitar derechos se le encarga al Estado para que de una manera razonada y considerando las circunstancias actuales sepa cómo jugar con aquellas de modo que se vean garantizados los derechos globalmente de la mejor manera posible. Considerando la pandemia que atravesamos, es razonable que para una empresa que queda inactiva de un día para el otro le resulte difícil continuar con la solvencia anterior a la pandemia, y por ende, la liquidación y

consecuentes despidos sería una de las opciones para evitar reestructurar la empresa, sin embargo, haber dado la posibilidad de acordar nuevas condiciones que se adapten a la realidad económica empresarial conlleva un sacrificio de derechos pero a su vez un beneficio para todos los involucrados, el trabajador percibirá si bien no toda la remuneración al menos no dejará de percibir algo, y el empleador puede continuar con la empresa y con la expectativa de una recuperación económica que a fin de cuentas propende a la estabilidad de los trabajadores.

Pero a pesar de todo lo poético que suena, la ilusión se rompe cuando la medida que limita derechos puede seguirse aplicando aun cuando las circunstancias hayan cambiado, entendiéndose que éstas hayan mejorado, claro está. De esta manera pierde el sentido la medida en cuestión, pues al efectuarse una mejora en las circunstancias se rompe el principio de progresividad de los derechos del que tratamos en el primer capítulo, puesto que, la mejora continua en la tutela jurídica que se brinda a los trabajadores en lugar de aumentar, se mantiene a pesar de que eventualmente se superen aquellas circunstancias que ocasionaron la implementación de estas medidas.

La ley es clara al establecer que estos acuerdos prevalecen sobre cualquier otro contrato o acuerdo, es decir, ratifica el criterio novatorio de las obligaciones, perpetuando así de manera indefinida una regresividad de derechos, injustificada. El presente inciso tiene estrecha relación con el inciso siguiente, en virtud de que, la ley en el intento de proteger al trabajador de un posible despido intempestivo, advierte lo siguiente:

“De producirse el despido del trabajador al que se aplica el acuerdo, dentro del primer año de vigencia de esta Ley, las indemnizaciones correspondientes se calcularán con la última remuneración percibida por el trabajador antes del acuerdo.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Es decir que, para evitar que el empleador aproveche esta figura, en virtud de la aceptación del trabajador en modificar las condiciones laborales, para despedir a aquel e indemnizarlo con valores inferiores a lo que correspondería, se establece esta sanción especial en caso de que aquello suceda. Es necesario recordar que en el Ecuador rige un sistema de estabilidad relativa, es decir, es posible desvincular de una empresa a un trabajador sin causa alguna, con el efecto inmediato de que el trabajador se hace

acreedor de una indemnización.

El cuestionamiento que debemos realizar en este sentido es de que, superado el primer año de vigencia de la ley que analizamos, es decir, al día 366 de vigencia de la misma, los empleadores que hayan aplicado esta figura podrán legalmente despedir a sus trabajadores y hacer el cálculo de indemnizaciones a los mismos tomando como base la remuneración pactada en el acuerdo que modificó sus condiciones laborales, en consecuencia, las indemnizaciones serán evidentemente menores que las que les correspondería.

Tenemos que extender el análisis hacia varios supuestos que pueden presentarse, por el motivo de que, de la redacción de la norma podemos colegir que la protección de la norma únicamente se extiende hasta un año posterior a la entrada en vigencia de la misma, por lo tanto, pensemos que el empleador consigue establecer un acuerdo de esta naturaleza con sus trabajadores faltando un mes para que se cumpla el año de vigencia de la norma, entenderíamos que en consecuencia únicamente tendrían ese último mes hasta que se cumpla el año de vigencia de la ley para que en caso de ser despedidos intempestivamente sean indemnizados considerando su remuneración anterior.

Otros de los supuestos que pueden presentarse en aplicación de la presente norma puede ser el caso de que se celebren estos acuerdos con posterioridad al cumplimiento del año desde que la norma entra en vigencia, pues en este caso los trabajadores no gozarían de protección alguna que evite la aplicación de esta figura a efecto de evitar el uso de esta figura para despedir e indemnizar con rubros inferiores.

Esto refuerza más aún la regresión de derechos de los trabajadores, por el hecho de que la norma en violación al derecho a la igualdad, injustificadamente termina por blindar a los trabajadores que hayan celebrado estos acuerdos antes del cumplimiento del primer año de vigencia de la ley a diferencia de aquellos que lo han realizado cerca del cumplimiento del plazo o incluso después. Recordemos que en el Ecuador a nivel constitucional se garantiza la igualdad de las personas tanto formal como materialmente, en consecuencia, la pregunta que debemos realizarnos es: ¿Los trabajadores que celebren estos acuerdos con sus empleadores cerca o posteriormente al cumplimiento del primer año de vigencia de la Ley, han sido personas que históricamente han sufrido algún tipo de discriminación? ¿Qué distingue a los

trabajadores que lograron el acuerdo con sus empleadores al tiempo de entrada en vigencia de la Ley con aquellos que lo lograron posteriormente?

Estas y otras interrogantes son las que la norma no responde, por una deficiencia en su redacción, pues, quisiera pensar que la verdadera intención del legislador fue blindar a todos los acuerdos con un año de protección posterior a la celebración del acuerdo, lo cual parecería ser mucho más lógico, sin dejar de lado la indeterminación de un tiempo límite de vigencia de aquellos acuerdos.

“Los acuerdos podrán ser impugnados por terceros únicamente en los casos e n que se haya producido cualquier tipo de fraude en perjuicio de uno o varios acreedores. Si el juez presume la existencia de un delito vinculado a la celebración del acuerdo, lo dará a conocer a la Fiscalía General del Estado para las investigaciones y acciones correspondientes.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Para desarrollar este inciso debemos entender que significa fraude, para ello nos remitimos al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, quien nos indica que significa: “Acción contraria a la verdad y a la rectitud que perjudica a la persona contra quien se comete.” (2020, definición1)

En este contexto, entendemos que fraude para efectos de este artículo es faltar a la verdad en perjuicio de uno o varios acreedores del empleador, por lo que, la norma busca de igual manera proteger a quienes se verían afectados económicamente a consecuencia de los acuerdos celebrados con los trabajadores. En este sentido, la norma faculta a aquellas terceras personas que puedan verse involucrados en estos supuestos y que si identifican este tipo de conductas puedan impugnar los acuerdos, entendiendo que por ejemplo, en el caso de que un empleador decida simular su estado financiero y con ese motivo consiga celebrar acuerdos con los trabajadores y simular una mala situación económica de la empresa, pueda a su vez evitar el pago de sus obligaciones para con sus acreedores, entendiendo que los acreedores pueden ser del sector público como del sector privado.

El Código del Trabajo (2005) en el artículo 89 establece una acción especial para el supuesto de la presencia de una colusión en reclamos laborales. Es necesario comprender que es la colusión, la Real Academia Española de la Lengua define a la

colusión como un “pacto ilícito en daño de tercero” (2014, definición 1), lo que en cierto modo se encaja al supuesto normativo, por el hecho de que por ejemplo, se puede dar el caso de que un empleador y sus trabajadores celebren acuerdos modificatorios de las condiciones laborales, una vez modificadas las condiciones laborales pactar el inicio de una acción por reclamo de haberes laborales sea por falta de aquellos o por despidos a efecto de perjudicar a los acreedores, de manera que logren beneficiarse el empleador y los trabajadores. Para ello el Código del Trabajo (2005) establece:

“Art. 89.- Acción por colusión en reclamos laborales.- Los acreedores del empleador por créditos hipotecarios o prendarios inscritos, o de obligaciones constituidas con anterioridad a la fecha de iniciación de las acciones laborales, podrán obtener que no se entregue al trabajador los dineros depositados por el remate cuando hayan iniciado o fueren a iniciar la acción por colusión, de estimar ficticios o simulados los reclamos del trabajador. (...)”

Considerando que el Código contempla esta posibilidad, que personalmente considero de difícil consecución, no se descarta la posibilidad de que aquello ocurra. Sin embargo, hay que tener presente que no es la única manera en la cual se pueden presentar un fraude.

Por otro lado, la norma no señala ante que autoridad deben impugnarse estos acuerdos, sin embargo, por la forma en cómo se encuentra redactada la misma entenderíamos que se debe impugnar ante un juez de lo laboral. A pesar de que la norma no es clara en ello, posteriormente señala que el juez en caso de identificar un presunto delito derivado del acuerdo, debe notificar a Fiscalía General del Estado para que realice las investigaciones necesarias, por lo que, se infiere que la norma se refiere al juez de trabajo.

De la misma forma, podemos colegir que quienes busquen impugnar los acuerdos podrán hacerlo únicamente en los casos de fraude, sin embargo, para que se pueda calificar como fraudulenta una situación ésta debe ser probada como tal y calificada de la misma manera por una autoridad judicial, y, en este caso pensaría que aquella autoridad es la misma ante quien se impugna el o los acuerdos, pues la norma no es totalmente específica en determinar esta situación.

Además, es interesante la remisión que la norma establece debe ser realizada por el juez, cuando identifique un presunto delito derivado de los acuerdos celebrados por

los trabajadores con el empleador, ante ello, el Código Orgánico Integral Penal (2014) establece un catálogo de delitos que podrían ser motivo de inicio de un proceso penal, es decir, la norma deja abiertas las posibilidades de acusar por distintos delitos. Agregando a lo anterior, es pertinente indicar que en el artículo 47 numeral 1 del cuerpo legal indicado, se establece que el actuar con fraude o alevosía constituye un agravante, que por naturaleza, es un hecho específico que forma parte del acontecimiento delictivo, y que por su mera presencia en el mismo, como consecuencia conlleva el aumento de la pena, a diferencia de las atenuantes que al contrario, como su nombre indica, consiguen disminuir la pena. Por lo tanto, en el evento de que se incurriere en un delito a causa de la celebración de los acuerdos en cuestión, y que en aquellos exista la presencia de fraude, el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal (2014) establece que se impondrá la máxima pena prevista en el tipo penal aumentada en un tercio.

2.1.1. Excepciones

A pesar de que el artículo que analizamos abre la posibilidad de celebrar acuerdos entre los trabajadores y su empleador, no queda carta abierta en todos los casos, pues, el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-171 emitido por el Ministerio del Trabajo en fecha 9 de septiembre del año 2020 indica en el artículo 2 cuáles son las excepciones a la celebración de estos acuerdos en el sector privado, en el que indica:

“Art. 2.- De las excepciones al artículo 16 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19.- El empleador no podrá suscribir acuerdos que disminuyan la remuneración que recibe por la jornada laboral ordinaria o parcial, el trabajador que:

a) Tenga la condición de persona con discapacidad, conforme lo establece el artículo 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades, debidamente acreditada por el CONADIS y/o por el Ministerio de Salud Pública, conforme la normativa vigente.

b) Sea calificado como sustituto laboral de persona con discapacidad, conforme lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades, quienes en concordancia con el artículo 15 del Reglamento a la Ley Orgánica

de Discapacidades, debidamente acreditada por el Ministerio del Trabajo.”

Por lo tanto, es necesario indicar que no en todos los casos es posible llegar a celebrar este tipo de acuerdos, para ello este Acuerdo Ministerial también establece una obligación para la persona que quiera beneficiarse de estas excepciones, indicando lo siguiente:

“Art. 4.- Obligación de informar al empleador.- El trabajador que de conformidad con la Ley Orgánica de Discapacidades tenga la condición de persona con discapacidad o sea calificado como sustituto laboral, deberá notificar al empleador en un término de siete días desde que haya sido notificado con el acuerdo o reducción determinados en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, los documentos que avalan su condición.

Si el trabajador no realiza esta notificación, no podrá acogerse a las excepciones aquí establecidas.”

De la misma manera, para el sector público se emitió el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-172, de modo que, mediante el artículo 4 del mismo establece las mismas excepciones, aunque no se redacta el inciso primero de la misma forma que en el acuerdo aplicable para el sector privado, que se encuentra de la siguiente manera:

“Art. 4.- De las excepciones a los acuerdos entre las partes.- Los acuerdos no disminuirán la remuneración que recibe por la jornada laboral ordinaria o parcial del trabajador del sector público que:

Es decir, no se redacta como si fuesen excepciones sino como si fuera una prohibición, sin embargo, los casos en los que no es aplicable el artículo 16 de la Ley de Apoyo Humanitario son los mismos tanto para el sector público como para el sector privado.

2.2. Sanción al incumplimiento de los acuerdos

“Art. 17.- De la sanción al incumplimiento del acuerdo entre las partes.- Cualquiera de las partes de la relación laboral que incumpla con el acuerdo será sancionada de conformidad con lo dispuesto en el Código del Trabajo y demás normativa vigente.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Esta norma se encuentra vinculada con el artículo 16 que fue previamente analizado por referirse a los acuerdos celebrados entre trabajador y empleador, en este sentido, es necesario indicar que la sanción es un castigo que se impone a una de las partes involucradas por haber cometido alguna infracción a la ley.

El término sanción abarca muchas posibilidades, y más aún cuando la norma establece que serán impuestas en caso de incumplimiento del acuerdo, en consecuencia, cualquier falta al cumplimiento de las obligaciones establecidas para las partes constituye un incumplimiento como tal, sin embargo, no todas traen consigo las mismas consecuencias jurídicas, por ejemplo, si hablamos del caso en el que empleador incurra en despedir intempestivamente al trabajador habiéndole pagado todos los beneficios que por ley le corresponden, está incumpliendo el acuerdo, consiguientemente, la consecuencia jurídica es la obligación de indemnizar al trabajador, lo que no necesariamente constituye una sanción.

Para entender mejor la situación, la Real Academia Española de la Lengua define a indemnizar como: “resarcir de un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica.” (2014, definición 1) Por lo tanto, no necesariamente constituye un castigo al empleador, sino una compensación por el perjuicio causado al trabajador, sin embargo, la situación cambia si es que el empleador además de despedir intempestivamente al trabajador, no le ha pagado los beneficios que le corresponden, en ese caso, el Código del Trabajo (2005) en el artículo 94 establece una sanción en el evento de que el trabajador requiera activar el órgano jurisdiccional para cobrar los rubros que por derecho le corresponden, la misma que constituye el pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas en los últimos tres meses adeudados por el empleador, por lo tanto, en este caso si constituye una sanción derivada del incumplimiento. Es necesaria realizar esta precisión porque puede conllevar confusiones.

Por otro lado, en el caso de que un trabajador no justifique la falta de una jornada completa de trabajo en el curso de la semana, estaría incurriendo en un incumplimiento del acuerdo, y en este caso, el Código del Trabajo (2005) en el artículo 54 establece que el trabajador solamente tendrá derecho a la remuneración de cinco jornadas, considerando que por mandato del artículo 93 los trabajadores tendrán derecho a la remuneración íntegra que incluye los días de descanso obligatorio señalados en el

artículo 65.

Así como se señalan a modo de ejemplo tanto en el caso del empleador como en el del trabajador, existen tantos otros que pudieran aplicarse en caso de incumplir con las obligaciones que les son asignadas por el acuerdo o la ley, entendiendo que esta última se ve incorporada implícitamente en aquellos, entre ellos como ejemplo podemos señalar los artículos 107, 190, 194, 195, etc.; del Código del Trabajo (2005).

“En aquellos casos en los que un juez determine que el empleador invocó de manera injustificada la causal de fuerza mayor o caso fortuito para terminar una relación laboral, se aplicará la indemnización por despido intempestivo prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo multiplicada por uno punto cinco (1.5).” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Es necesario partir el análisis del presente inciso considerando que la pandemia del COVID-19 fue un motivo para que los empleadores empiecen a utilizar indiscriminadamente el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo (2005) para dar por terminado legalmente el contrato de trabajo, artículo que establece:

“Art. 169.- Causas para la terminación del contrato individual.- El contrato individual de trabajo termina:

6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;”

En este sentido, de la simple lectura del numeral 6 del artículo 169 puede llegar a concluirse que una pandemia mundial es un acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o evitar, lo cual tiene sentido, pues, esta situación sanitaria encaja dentro de este supuesto de hecho.

A pesar de ello, en vista de que la aplicación del artículo indicado por parte de los empleadores fue ampliamente utilizada, se vio la necesidad de establecer una interpretación de la misma que determine de forma más precisa qué supuesto de hecho debe presentarse para que efectivamente se pueda aplicar esta norma. Esta función la cumple la Disposición Interpretativa Única presente en la Ley Orgánica de Apoyo

Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, que establece:

“Única.- Interpretétese el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, en el siguiente sentido:

En estos casos, la imposibilidad de realizar el trabajo por caso fortuito o fuerzamayor estará ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, sea persona natural o jurídica. Esto quiere decir, que habrá imposibilidad cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo tanto por los medios físicos habituales como por medios alternativos que permitan su ejecución, ni aún por medios telemáticos.” (Lo subrayado me corresponde)

Esto quiere decir que, el empleador que desee aplicar esta norma deberá justificar que existe imposibilidad de realizar el trabajo y que esto conlleva el cese total y definitivo de la actividad económica que ejercía, en consecuencia, esto no aplica en caso de que la situación de cese sea temporal.

Si bien el artículo que nos encontramos analizando en un inicio se encontraba direccionado al tema de los acuerdos celebrados entre trabajadores y empleadores, la norma establece una sanción por el mal uso de esta causa de terminación del contrato de trabajo en cualquier caso, no necesariamente en el de la celebración de un acuerdo, al menos eso se puede colegir de la redacción misma de la norma.

En este sentido, es necesario resaltar que este artículo impone una sanción si es que el empleador utiliza indebidamente este artículo, esto es, sobre el cálculo de la indemnización que le corresponde al trabajador, se le debe sumar el 50% del total a título de sanción, situación que a fin de cuentas beneficia al trabajador que se ha visto afectado por este supuesto.

2.3. Condiciones mínimas para validez de acuerdos

Antes de iniciar el análisis de cada una de las condiciones mínimas para la validez de los acuerdos celebrados entre trabajadores y empleadores, hay que tener presente que al hablar de condiciones mínimas, entenderíamos que la presencia de todas ellas son necesarias para la validez de los acuerdos, esto es, deben concurrir al mismo tiempo para que efectivamente puedan celebrarse los mismos, y, en este sentido, la consecuencia de esta situación sería la validez de aquellos.

Entendido esto, desarrollaré cada una de las condiciones a continuación.

“Art. 18.- Condiciones mínimas para la validez de los acuerdos.- Las condiciones mínimas para la validez de los acuerdos serán las siguientes:

1. Los empleadores deberán haber presentado al trabajador de forma completa, veraz e íntegra los estados financieros de la empresa.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Como primera medida, suena pertinente el hecho de que los empleadores informen sobre la situación económica de la empresa para la que trabajan, de esta manera el empleador estaría argumentando el porqué de su propuesta de celebrar un acuerdo, por el hecho de que, el trabajador podría de una manera informada reflexionar sobre la coyuntura que atraviesa la empresa y tomar una decisión con la seguridad de que no se busca afectar a su persona.

A primera vista suena lógico que se presente esta condición, sin embargo como habíamos indicado, la norma no establece si aquellos estados financieros deben ser revisados por alguna autoridad que certifique que efectivamente la empresa se encuentra atravesando por esa situación, prestándose a que el empleador simule una situación económica desfavorable y en consecuencia logre conmovier y convencer al trabajador para que celebre el acuerdo.

En el mismo sentido, la norma tampoco indica cuál debe ser la fecha de corte del estado financiero, por lo que, se inferiría que la misma debe ser actual, es decir, a la fecha en la que se busca celebrar el acuerdo. A pesar de ello, la norma no detalla de manera clara esta situación, pudiendo darse el caso de que se presente un estado financiero con fecha de corte de meses anteriores que reflejen una mala situación económica de la empresa, ocultando que en los últimos meses la misma ha mejorado.

De igual forma, hay que tener presente que el trabajador en general no goza de las mismas aptitudes, es decir, la destreza de algunos estará enfocada en el trabajo manual mientras que en otros la destreza estaría enfocada en el trabajo intelectual. Partiendo de ese punto, igualmente se debe considerar que las destrezas y conocimientos de aquellos que desempeñan una labor intelectual tampoco son las mismas, por ejemplo, unos estarán capacitados para comprender aspectos ambientales, otros para comprender aspectos legales, otros para comprender aspectos publicitarios, etc. El punto al que quiero llegar es que no todas las personas estamos capacitadas para interpretar el estado financiero de una empresa, solamente una parte de la población

que haya obtenido ese conocimiento académicamente o por experiencia, podrán entender adecuadamente los datos que se le presenten como estados financieros.

Incluso el empleador sin la necesidad de simular una situación desfavorable, puede causar confusión en los trabajadores que no entiendan el lenguaje que utiliza este tipo de documentos, sin dejar de lado que dentro una empresa pueden existir trabajadores cuyas labores sean de índole manual o física, pudiendo ser el caso incluso de personas que sean analfabetas.

En consecuencia, si bien la norma tiene la mejor intención de informar al trabajador para que pueda tomar una decisión consciente, no se considera que no todos los trabajadores se hallan aptos para comprenderlo, es por esto que, considero necesaria la aprobación o control de aquel documento por una autoridad que certifique la validez de esa información. De esta manera, incluso siendo el caso de que el trabajador no sea apto para comprender el documento, por detrás se encuentra la garantía de que el mismo refleja la realidad de la empresa.

En resumen, se vería afectado el derecho a la igualdad, por el motivo de que a nivel constitucional y de tratados internacionales se garantiza este derecho tanto formal como materialmente, situación explicada en el primer capítulo de la presente investigación, que llevándolo al análisis concreto de esta situación, materialmente hablando se estaría excluyendo a aquellos trabajadores que no gozan de las mismas aptitudes que aquellos que si pueden comprender los estados financieros de una empresa, y de igual manera a aquellos que no pudieran costear el precio de un asesor que les ayude a interpretar el mismo por no gozar del poder económico para ello, de tal manera que, la incertidumbre de la situación de la empresa no sería resuelta pudiendo llevarlos a tomar una mala decisión y celebrar acuerdos que les perjudicaren. Es evidente el trato discriminatorio que la norma lleva a cabo, considerando la tutela jurídica brindada a nivel constitucional, nos encontramos ante una regresión del derecho a la igualdad, pues tampoco se estarían adoptando medidas de acción afirmativas que propendan igualar las condiciones entre la clase de trabajadores que hemos señalado.

“2. Los empleadores deberán utilizar recursos de la empresa con eficiencia y transparencia, y no podrán distribuir dividendos correspondientes a los ejercicios

en que los acuerdos estén vigentes, ni reducir el capital de la empresa durante el tiempo de vigencia de los acuerdos.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Es adecuada la condición que la norma establece, debido a que si la empresa se encuentra atravesando una crisis económica derivada de la pandemia del COVID-19, lo lógico es que no tenga la capacidad de repartir dividendos a sus socios, pues si sucediera el caso contrario, quiere decir que la empresa ha obtenido una ganancia en su ejercicio fiscal y por lo tanto no se encontraría atravesando una situación económica que no le permita mantener vigentes los contratos con sus trabajadores, incluso la empresa gozaría de un excedente que podría repartirse como dividendos de la empresa. Recordemos que los trabajadores también tienen derecho a participar de aquellos excedentes a título de utilidades, mismas que corresponden a un 15% del monto total, que será dividido en dos partes, el 10% se repartirá entre los trabajadores sin considerar las remuneraciones percibidas, mientras que el 5% restante se repartirá entre los trabajadores considerando las cargas familiares de cada uno de ellos, entre los que se encuentran: el cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de 18 años y los hijos minusválidos de cualquier edad, así lo establece el artículo 97 del Código del Trabajo (2005).

Por otro lado, la norma indica que los empleadores deben emplear eficiente y transparentemente los recursos, sin embargo, el manejo de los mismos en una empresa corre una suerte de estrategia que cada una sigue a merced de las proyecciones que se haya planteado, es decir, corresponde a un trabajo mancomunado de planificación por parte de quienes se encargan de la parte financiera de la empresa, así como de los propietarios de la misma el definir si la empresa requiere direccionar los recursos hacia ciertas áreas y a que otras no hacerlo, pues el mercado es un ambiente que no opera de manera uniforme sino que se encuentra en constante cambio por el flujo de necesidades que atraviesan los consumidores, en ello se desenvuelve también la competencia con otras empresas que buscarán abarcar la mayor cantidad de consumidores, y en esa dinámica, les corresponde a los empresarios planificar cuál será la mejor estrategia que les permita mantenerse en el mercado y consecuentemente mantener con vida a la empresa.

Por lo tanto, el utilizar el término eficiencia conlleva una amplia gama de

posibilidades dentro de las cuales se puede tomar una decisión, es decir, no existe una manera exclusiva en cómo se deben emplear los recursos para que aquello sea eficiente. Considero que la norma tiene una buena intención al establecer esta condición, sin embargo, se presta a interpretaciones ambiguas, en virtud de que, para algunos será correcto realizarlo de una manera y para otros será correcto utilizarlo de otra manera. Otra parte del problema es que tampoco se identifica que autoridad ejercerá el control de eficiencia en el empleo de los recursos, ni de qué forma se realizará, aparte de que no se debe reducir el capital de la empresa ni tampoco distribuir dividendos, aún se puede caer en un mal manejo de los recursos de la empresa que resulte ineficiente, y en consecuencia, la norma no establece cual es el efecto de que empiece a acontecer aquello en el curso de la vigencia de los acuerdos.

El capital social de una compañía representa aquellos bienes aportados por los socios para el funcionamiento y operación de la compañía al momento de constituirse, además que su función también es limitar el monto de las aportaciones de cada socio, es decir, en el caso de que la compañía se obligue para con otras personas tanto naturales como jurídicas, en caso de no poder cumplir con aquellas, los socios únicamente responderían hasta el monto de aquellas aportaciones. Sin embargo, recordemos que esta regla se rompe al tratarse de las obligaciones laborales, en virtud de que, el artículo 36 y 41 del Código del Trabajo (2005) establece la responsabilidad solidaria de los representantes del empleador, es decir, todos aquellos que ejerzan funciones de dirección y administración, así como de los condueños, socios o copartícipes de la empresa.

Teniendo clara esta situación, la reducción de capital de una empresa se refiere a aquella operación societaria en la que una compañía disminuye aquel monto fijado como capital de la misma, acto que conlleva una reforma de los estatutos sujeto a aprobación mayoritaria de los socios, dependiendo el tipo de compañía de que se trate, así como de un control por parte de la Superintendencia de Compañías, así lo establece el numeral 5 de la Disposición General Cuarta de la Ley de Compañías (1999).

Con esta medida, la norma no estaría buscando proteger al trabajador, debido a que a pesar de existir una reducción de capital en la compañía, las personas determinadas en los artículos 36 y 41 del Código del Trabajo (2005) no estarían exentas de cumplir con las obligaciones pendientes para con los trabajadores, al contrario, la

norma estaría cumpliendo el rol de proteger a los acreedores de la empresa, puesto que, al limitar más el capital social de la empresa, si se llegare a liquidar la misma, existirían al momento menos bienes con los cuales solventar aquellas obligaciones.

De esta manera es evidente notar que esta disposición no se encuentra en consonancia con el objeto de preservar las fuentes de empleo como tal, al contrario, se está camuflando una disposición que beneficia a los acreedores del empleador en una norma que en teoría pretende regular los acuerdos que celebren los trabajadores con su empleador para modificar las condiciones económicas de los contratos de trabajo.

“3. En caso de que se alcancen acuerdos con la mayoría de los trabajadores y el empleador, serán obligatorios incluso para aquellos trabajadores que no los suscriban y oponibles a terceros. En el caso de negociación del contrato colectivo vigente, el acuerdo se suscribirá entre los representantes legítimos de los trabajadores y el empleador.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Hay que empezar recalando que de la forma en cómo se encuentra redactada esta disposición, debido a que, de la simple lectura de la misma, aquella no se encuentra redactada como una condición, pues en este caso se establece una consecuencia jurídica a una situación mas no una condición mínima para que se le dé validez a los acuerdos celebrados entre trabajadores y empleadores.

La norma empieza indicando que en caso de que se alcancen a celebrar acuerdos con la mayoría de los trabajadores, éstos serán obligatorios para el resto de trabajadores que no han aceptado los mismos, situación que evidentemente se opone a uno de los derechos fundamentales del Estado que es la libertad, en específico la libertad de contratación.

Recordemos que la libertad de contratación constituye aquella potestad para elegir si contratar o no contratar, en qué términos contratar y además con quien contratar, por lo tanto al momento de establecer como una obligación de los trabajadores que no se encuentran de acuerdo en celebrar convenios que modifiquen su situación actual de trabajo, estaríamos incurriendo en coaccionar a aquel grupo que se opone a aquellas condiciones. Lo que consecuentemente se deduce de esta situación es que nos encontraríamos ante un nuevo régimen de sometimiento a las personas en

contra de su voluntad a situaciones con las que no se está de acuerdo.

Si nos ponemos a analizar con mayor detalle la situación, entendemos que los trabajadores en el evento de que se presente esta situación, por derecho constitucional de libertad, pudieren oponerse aquello y decidir no celebrar los acuerdos y de esta manera conservar aquellas condiciones anteriores a la crisis de la empresa, situación cuya consecuencia lógica debería ser la desvinculación de los mismos con sus correspondientes indemnizaciones o la liquidación de la empresa, sin embargo, en este caso prácticamente se obliga a que los trabajadores permanezcan en la empresa incluso con condiciones peores que las que se encontraban anteriormente y peor aún sin tener siquiera la facultad de aceptar o refutar las mismas.

Considerando la delicada situación sanitaria que el mundo se encuentra atravesando, es cada vez más difícil encontrar un empleo mientras la economía de los países no se haya estabilizado, en este sentido, es común encontrarse todos los días con la noticia de que varias empresas han quebrado o incluso ver que negocios donde antes frecuentaba mucha gente, ahora vacíos o de igual manera cerrando sus puertas, y por lo tanto, aparentemente es una medida que fomentaría la conservación de empleo, pero la pregunta es: ¿a costa de qué?, en este caso a costa del sacrificio del derecho de libertad de contratación.

Ahora, recordemos que el Estado se encuentra facultado para limitar los derechos de los ciudadanos, siempre y cuando se lo haga a través de los órganos competentes para ello y de manera justificada, en este caso el legislador ha decidido implementar esta medida en virtud de la pandemia mundial que atravesamos. Hay que tener presente que para la limitación de los derechos se debe realizar un análisis exhaustivo de cuál es el alcance esencial de aquel derecho y consecuentemente la limitación debería ejercerse en aquella zona de penumbra que no afecte a que el núcleo esencial del derecho en cuestión, en este caso estamos hablando del derecho a la libertad de contratación, cuyo contenido esencial implicaría el de decidir si contratar o no, con quien contratar, y en qué términos contratar, es decir, el contenido mismo del contrato.

El artículo 66 numeral 16 de la Constitución de la República contempla el derecho a la libertad de contratación dentro de un amplio catálogo de derechos de libertad, y aunque la Constitución no desarrolla el contenido del mismo, como hemos señalado anteriormente, en la doctrina se desarrolla de una mejor manera y se ha llegado

a una especie de consenso en que se ha determinado que este derecho abarca estas posibilidades de elección.

Si bien analizamos el derecho a la libertad de contratación en el capítulo anterior, siento necesario precisar que existe un fuerte indicio de que se está limitando el derecho a la libertad en un sentido amplio, pues, el quitar la potestad de decidir si celebrar o no un acuerdo, se atenta en el fondo la libertad misma, pues ésta se manifiesta en el fuero interno como externo de la persona, en otras palabras este derecho implica esa libertad interna que tiene el ser humano tanto de pensamiento como de obra, en este caso la libertad mental que reina en el fuero interno de poder direccionar su vida a merced de su voluntad se ve también limitada por el hecho de que el trabajador no tendría la oportunidad siquiera de reflexionar si decide o no aceptar los nuevos términos y condiciones que constan en los acuerdos, mientras que en el fuero externo, la libertad se ve limitada porque la celebración de estos acuerdos por parte de los trabajadores que los aceptaron mayoritariamente, ya surtió efectos de pleno derecho en el mundo material.

A pesar de ello la norma conserva la posibilidad de oposición de terceros a estos acuerdos, considerando el contexto, los artículos aplicables para estos acuerdos en la Ley de Apoyo Humanitario, la oposición de terceros se encontraba contemplada para los acreedores del empleador, sin embargo, en el numeral que estamos analizando no especifica quienes son los facultados para ello, de manera que puede pensarse que quedan las puertas abiertas a realizar este tipo de reclamos a cualquier persona, por este motivo pensaría que incluso el Defensor del Pueblo pudiese interponer las acciones pertinentes para que un juez determine si efectivamente estos acuerdos vulneran el derecho a la libertad de contratación.

Por otro lado, la norma también trata el caso de negociación del contrato colectivo e indica que el mismo deberá ser suscrito por los representantes tanto del empleador como del trabajador. Recordemos que el contrato colectivo, en palabras del artículo 220 del Código del Trabajo (2005) es aquel *“convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales*

de trabajo determinados en el pacto.”, en este sentido la norma no hace más que repetir la dinámica que el Código ya establecía, sin embargo, es de notar que la norma mismo plantea una posibilidad que es la de que existan trabajadores que se opongan a la celebración de los acuerdos, por lo tanto, también podemos pensar que puede darse el caso de que el grupo de trabajadores afiliados a la organización colectiva no comparta con aquella voluntad, a pesar de ello, los representantes de la organización colectiva tendrían plena facultad para suscribir el convenio colectivo, legitimando de esta manera una conducta regresiva de derechos de los trabajadores.

“4. En los casos en que la suscripción del acuerdo sea imprescindible para la subsistencia de la empresa y no se logre un consenso entre empleadores y trabajadores, el empleador podrá iniciar de inmediato el proceso de liquidación.”
(Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

De la lectura del presente numeral, es evidente que la norma plantea el proceso lógico que debería seguir el empleador en el evento de no lograr la celebración de acuerdos con sus trabajadores, en virtud de que, la norma no señala si los acuerdos se logran o no con la mayoría de los trabajadores, sino que se limita a señalar que si no se logra un consenso entre empleadores y trabajadores, el empleador tendría carta abierta para iniciar el proceso de liquidación de la empresa.

Es importante señalar que el artículo 198 de la Ley de Compañías establece un supuesto por el cual procede la liquidación de la compañía de la siguiente manera:

“Art. 198.- Cuando las pérdidas alcancen al sesenta por ciento o más del patrimonio de la compañía, se pondrá necesariamente en liquidación, si la junta general no adopta las medidas correctivas para subsanar dicha causal en el término que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, le otorgue a la compañía para tales efectos.”

Teniendo presente esta situación, podríamos asimilarlo al caso de que una empresa que se encuentre atravesando por una situación económica difícil, y que como consecuencia de ello, una parte necesaria para lograr mantener a la misma con vida sea la celebración de acuerdos con los trabajadores, en caso de no lograrlos, la compañía pudiere seguir el procedimiento de disolución voluntaria de la compañía, sin necesidad

de que se incurra en un margen de pérdidas como lo establece el artículo 198 de la Ley de Compañías en el que necesariamente interviene la Superintendencia de Compañías, y en su lugar, mediante resolución de la Junta General acordar aquello, y consecuentemente una vez inscrita la escritura de disolución voluntaria iniciar el proceso de liquidación que seguirá el proceso que siguen aquellas disueltas de pleno derecho, así lo establece el artículo 373 y 374 ibídem.

En este sentido, apegándonos estrictamente a los mandatos legales, la consecuencia lógica de una negativa a la celebración de acuerdos entre empleador y trabajadores es la indemnización por despido intempestivo de los trabajadores que no estén de acuerdo o la que señalamos en los párrafos anteriores, situación que consideramos no se opone a los derechos constitucionales, en virtud de que, en el proceso de liquidación necesariamente se consideran como crédito privilegiado de primera clase lo que el empleador adeude al trabajador por salarios, sueldos, indemnizaciones y pensiones jubilares, así lo determina el artículo 88 del Código del Trabajo (2005), y posteriormente se consideran también todo aquello relativo a deudas con instituciones públicas y acreedores en general.

El Código del Trabajo (2005), en su artículo 193 determina el proceso que los empleadores deben seguir en el evento de que el negocio deba liquidarse, estableciendo lo siguiente:

“Art. 193.- Caso de liquidación del negocio.- Los empleadores que fueren a liquidar definitivamente sus negocios darán aviso a los trabajadores con anticipación de un mes, y este anuncio surtirá los mismos efectos que el desahucio.

Si por efecto de la liquidación de negocios, el empleador da por terminadas las relaciones laborales, deberá pagar a los trabajadores cesantes la bonificación e indemnización previstas en los artículos 185 y 188 de este Código, respectivamente, sin perjuicio de lo que las partes hubieren pactado en negociación colectiva.

Si el empleador reabriere la misma empresa o negocio dentro del plazo de un año, sea directamente o por interpuesta persona, está obligado a admitir a los trabajadores que le servían, en las mismas condiciones que antes o en otras mejores.”

Por lo tanto, esta situación ya se encontraba regulada en el Código del Trabajo (2005), de manera que no existe duda alguna de cómo deben proceder los empleadores en este evento, sin embargo, queda la duda al respecto de la situación jurídica que atravesarían los trabajadores en el supuesto del numeral tercero del artículo 18 de la Ley de Apoyo Humanitario.

“Durante la duración del acuerdo, el uso doloso de recursos de la empresa en favor de sus accionistas o administradores, será considerado causal de quiebra fraudulenta y dará lugar a la anulación del acuerdo y a la sanción establecida por el Código Orgánico Integral Penal.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

En este inciso la norma es mucho más clara al establecer cómo se calificaría a la conducta de un empleador al usar dolosamente los recursos de la empresa para favorecer a sus accionistas o administradores, pues en este caso, este tipo de conductas dice la norma que serán considerados como una causal de quiebra fraudulenta, lo que nos lleva necesariamente a citar el Código Orgánico Integral Penal (2014) que regula este delito de la siguiente manera:

“Art. 205.- Insolvencia fraudulenta.- La persona que a nombre propio o en calidad de representante legal, apoderada, directora, administradora o empleada de entidad o empresa, simule, por cualquier forma, un estado de insolvencia o quiebra para eludir sus obligaciones frente a sus acreedores, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Igual pena tendrá la persona que en calidad de representante legal, apoderada, directora, administradora, conociendo el estado de insolvencia en que se encuentra la persona jurídica que administra, acuerde, decida o permita que esta emita valores de oferta pública o haga oferta pública de los mismos.

Si se determina responsabilidad penal de personas jurídicas, se impondrá la pena de clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.” (Lo subrayado me corresponde)

Si bien el título del artículo señala la insolvencia, más adelante en el desarrollo del artículo señala a la quiebra como otro de los caracteres que conforman la conducta

típica del delito, en este sentido, la norma es de aplicación para el empleador que constituye una empresa o entidad, así como también para quienes lo hacen a nombre propio, además, en el artículo 207 del Código Orgánico Integral Penal (2014) se establecen consecuencias para otras personas aparte de las indicadas en el artículo 205 ibídem, cuando establece:

“Art. 207.- Quiebra fraudulenta de persona jurídica.- Cuando se trate de la quiebra de una sociedad o de una persona jurídica, toda o todo director, administrador o gerente de la sociedad, contador o tenedor de libros que coopere en su ejecución, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”

De esta manera, la situación que plantea la norma se clarifica de mejor manera, puesto que, en los artículos precedentes al 18 de la Ley de Apoyo Humanitario se habla únicamente de un fraude, mas no se establecen qué tipo de conductas constituyen fraude como tal, dejando abierta una amplia gama de posibilidades que puedan imputarse a título de delito.

2.4. Contrato especial emergente

“Art. 19.- Contrato especial emergente.- Es aquel contrato individual de trabajo por tiempo definido que se celebra para la sostenibilidad de la producción y fuentes de ingresos en situaciones emergentes o para nuevas inversiones o líneas de negocio, productos o servicios, ampliaciones o extensiones del negocio, modificación del giro del negocio, incremento en la oferta de bienes y servicios por parte de personas naturales o jurídicas, nuevas o existentes o en el caso de necesidades de mayor demanda de producción o servicios en las actividades del empleador.

El contrato se celebrará por el plazo máximo de un (1) año y podrá ser renovado por una sola vez por el mismo plazo.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Empecemos resaltando que la norma indica que este contrato es de tiempo definido, es decir, tiene un plazo de vigencia, el mismo que la norma indica puede ser de máximo un año, con la posibilidad de ser renovado por una sola vez y por el mismo plazo, lo que supone en este caso que si el contrato tiene un plazo de vigencia de seis meses, solamente podría ser renovado por otro plazo de seis meses.

Por otro lado, este contrato se celebra para varias situaciones taxativamente determinadas, es decir, se entendería que fuera de los supuestos señalados, no podrían celebrarse estos acuerdos, por lo tanto, el empleador debe justificar plenamente que se encuentra en estas situaciones como una condición para la celebración de este contrato, supuestos que constituyen:

1. Sostenibilidad de la producción y fuentes de ingresos en situaciones emergentes o para nuevas inversiones o líneas de negocio, productos o servicios,
2. Ampliaciones o extensiones del negocio,
3. Modificación del giro del negocio,
4. Incremento en la oferta de bienes y servicios por parte de personas naturales o jurídicas, nuevas o existentes o;
5. En el caso de necesidades de mayor demanda de producción o servicios en las actividades del empleador.

Fuera de los supuestos señalados no sería posible llegar a celebrar este tipo de acuerdos, puesto que, la norma es clara en indicar aquello.

Considero pertinente indicar que el Código del Trabajo (2014) ya prevé dos clases de contratos similares a un par de los que plantea la presente norma a analizar. Específicamente me refiero al contrato eventual, regulado en el inciso segundo del artículo 17 ibídem que señala:

“Art. 17.- Contratos eventuales, ocasionales, de temporada.-

(...)

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 o discontinuos, dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días. Si la circunstancia o requerimiento de los servicios del trabajador se repite por más de dos períodos anuales, el contrato se convertirá en contrato de temporada. El sueldo o salario que se pague en los contratos eventuales, tendrá un incremento del 35% del valor hora del salario básico del sector al que corresponda el trabajador.” (Lo subrayado me corresponde)

Este tipo de contrato se asemeja al supuesto en el que existan

necesidades de mayor demanda de producción o servicios en las actividades del empleador establecido en la Ley de Apoyo Humanitario, sin embargo, en el caso de los contratos eventuales se establecen condiciones diferentes, entre ellas, la duración del contrato no mayor a ciento ochenta días dentro del lapso de un año, en caso de hacerlo dos o más veces en ese período se convertirá en un contrato de temporada, que conforme el inciso cuarto del mismo artículo citado corresponde a aquellos que “*en razón de la costumbre o de la contratación colectiva, se han venido celebrando entre una empresa o empleador y un trabajador o grupo de trabajadores, para que realicen trabajos cíclicos o periódicos, en razón de la naturaleza discontinua de sus labores*”, cabe recalcar que el contrato de temporada goza de continuidad, que consiste en ser llamado en cada temporada que se requieran los servicios del trabajador, y en caso de no hacerlo se conformaría un despido intempestivo.

Además de ello, el contrato eventual goza de un incremento en la remuneración del 35% del valor hora del salario básico del sector que trate, por lo tanto, tiene una diferencia sustancial con el contrato especial emergente, en el sentido de que tanto por el tiempo de vigencia, remuneración y jornada de trabajo, tienen aspectos que los separan.

Por otro lado encontramos a los contratos ocasionales, que tomando las palabras de inciso tercero del artículo 17 del Código del Trabajo (2005) indican que la finalidad de este tipo contractual es la “*atención de necesidades emergentes o extraordinarias, no vinculadas con la actividad habitual del empleador, y cuya duración no excederá de treinta días en un año. El sueldo o salario que se pague en los contratos ocasionales, tendrá un incremento del 35% del valor hora del salario básico del sector al que corresponda el trabajador.*” (Lo subrayado me corresponde)

En este sentido es de notar que existen una similitud con aquel supuesto del artículo 19 en el que se justifica el contrato especial emergente para la sostenibilidad de la producción en casos de emergencia, por ser contratos que son aplicables en situaciones emergentes, sin embargo, el contrato ocasional se refiere a situaciones no vinculadas con la actividad habitual del empleador, mientras que el contrato especial emergente serviría para lo relacionado con la actividad económica habitual del empleador. A pesar de la similitud, las diferencias existentes en cuanto al tiempo de vigencia, remuneración y jornada de trabajo, son evidentes.

“La jornada laboral ordinaria objeto de este contrato podrá ser parcial o completa, con un mínimo de veinte (20) y un máximo de cuarenta (40) horas semanales, distribuidas en un máximo de seis (6) días a la semana sin sobrepasar las ocho (8) horas diarias, y su remuneración y beneficios de ley serán proporcionales, de acuerdo con la jornada pactada.

El descanso semanal será al menos de veinticuatro horas consecutivas. Las horas que excedan de la jornada pactada se pagarán con sujeción a lo determinado en el artículo 55 del Código del Trabajo.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Llama la atención la presente modalidad de contratación, al establecer este tipo de regulaciones que recaen sobre ella, puesto que, no existe tipo contractual que plantee esta posibilidad de pactar una jornada laboral que alcance los seis días a la semana, considerando que la única posibilidad de que ello se de en todas las otras modalidades contractuales es en el caso de que el trabajo en un sexto día sea imputable como horas de trabajo extraordinarias.

Recordemos que el artículo 55 del Código del Trabajo (2014) establece las reglas que se deben aplicar en caso de trabajar por un tiempo mayor al máximo establecido por la ley, a efecto de regular el pago de valores que compensen ese trabajo adicional realizado fuera de la jornada ordinaria.

Considerando esta situación, surgen varias dudas al respecto, en el sentido de que, aparentemente existe una contradicción entre lo aplicable al contrato especial emergente y el pago de horas suplementarias y extraordinarias, por lo que, ya no sería aplicable la regla de que el trabajo ejecutado en sábado o domingo debe ser pagado con el cien por ciento de recargo, debido a que para la contratación especial emergente solo quedaría un día de descanso, sea sábado, domingo o el día designado para el efecto.

A pesar de ello se conserva la limitación de no sobrepasar un máximo de 40 horas a la semana, que por supuesto, en esta modalidad pueden ser programadas hasta en seis días a la semana.

Más adelante desarrollaré más a profundidad el tema de la jornada de trabajo y los descansos de los trabajadores, a efecto de comprender de mejor manera la problemática existente en este sentido.

“Al terminar el plazo del contrato o si la terminación se da por decisión unilateral del empleador o trabajador antes del plazo indicado, el trabajador tendrá derecho al pago de remuneraciones pendientes, bonificación por desahucio y demás beneficio de ley calculados de conformidad al Código del Trabajo.

Si finalizado el plazo acordado se continúa con la relación laboral, el contrato se considerará como indefinido, con los efectos legales del mismo.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

En este inciso el artículo establece una consecuencia lógica de lo que involucraría incurrir en este supuesto, debido a que, teniendo en cuenta que en el Ecuador rige un sistema de estabilidad relativa, es decir, los vínculos de trabajo pueden romperse injustificadamente mediante el pago de una indemnización a favor del trabajador, misma que incluye los beneficios detallados en el primero de los dos incisos que estamos analizando.

En primer lugar, el trabajador tiene derecho a que se le pague todo el tiempo efectivamente laborado, incluso si es que el mismo trabajó en su último mes de trabajo solo varios días y no el mes completo, se debe también remunerar este tiempo trabajado.

En segundo lugar se hace mención a la bonificación por desahucio, para ello hay que tener presente que el desahucio es el aviso escrito que realiza el trabajador al empleador con quince días de anticipación para indicar que tiene la voluntad de dejar de trabajar, así lo establece el artículo 184 del Código del Trabajo (2005).

El motivo de este aviso consiste en dar un tiempo prudente al empleador para que busque otra persona que ocupe el lugar que quedará vacante, caso contrario de producirse la salida intempestiva del trabajador se ocasionaría un perjuicio al empleador por quedarse sin una persona que desempeñe sus funciones en el puesto de trabajo que queda vacante, poniendo en riesgo el desarrollo normal de la actividad empresarial. En caso de despido, el trabajador tendría derecho al veinte y cinco por ciento de la última remuneración por cada año trabajo realizado para el mismo empleador, así lo establece el artículo 185 ibídem.

En caso de producirse un abandono intempestivo del trabajador al puesto de trabajo por más de tres días consecutivos, la consecuencia jurídica de este hecho es que el mismo constituye causal de visto bueno que puede solicitar el empleador en contra del trabajador para dar por terminado legalmente el vínculo laboral, así lo establece el

numeral 1 del artículo 172 del Código del Trabajo (2005). Además, como consecuencia de ello recae una sanción sobre el trabajador, que al momento de calcular los valores pendientes que el empleador le adeudare, según el artículo 190 ibídem, deberá el trabajador pagar a su empleador la suma de quince días de la remuneración.

Como tercera medida, la norma se refiere a los demás beneficios de ley, dentro de los cuales deberá considerarse aquellos que se hayan generado, tales como el pago proporcional o completo del decimotercer sueldo, decimocuarto sueldo, vacaciones, fondo de reserva, horas suplementarias, horas extraordinarias, ropa de trabajo, etc. De la misma redacción de la norma entenderíamos que en el supuesto de que se efectúe la terminación unilateral del contrato por parte del empleador o del trabajador, este tipo de actuaciones constituirían tanto un despido como un abandono intempestivo, respectivamente, por lo tanto, en caso de presentarse estos supuestos se debe considerar tanto la sanción al trabajador en caso del abandono intempestivo y las indemnizaciones contempladas en el artículo 188 del Código del Trabajo (2005) en el caso del despido intempestivo, aparte de las demás indemnizaciones especiales que el Código establece para el caso del despido por discriminación, despido a una persona discapacitada, etc.

2.4.1. Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-172

Es necesario acotar que el Acuerdo Ministerial al que hace mención el subtítulo presente también contiene una norma que regula lo relativo a este tipo contractual, el mismo que establece lo siguiente:

“Art. 5.- Del contrato especial emergente.- Además de lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid19, el contrato especial emergente deberá celebrarse por escrito y contener los requisitos establecidos en el Código del Trabajo para la suscripción de un contrato individual de trabajo.

Este contrato deberá celebrarse como “Contrato Especial Emergente a Jornada Completa”; o “Contrato Especial Emergente a Jornada Parcial”.

El contrato especial emergente debidamente suscrito será registrado por el empleador en el Sistema Único de Trabajo (SUT) dentro del plazo de quince (15) días contados a partir de su suscripción. La información registrada en el Sistema Único de Trabajo (SUT), será responsabilidad exclusiva de la Unidad

de Administración del Talento Humano institucional, o quien hiciera sus veces. El pago de la remuneración del contrato especial emergente se realizará diariamente, semanalmente, quincenalmente o mensualmente previo acuerdo de las partes; las horas que excedan de la jornada pactada se pagarán con sujeción a lo determinado en el artículo 55 del Código del Trabajo.”

En este sentido, es de notar que la norma citada establece ciertos requisitos que deben observarse al momento de la celebración de este tipo de contratos, teniendo presente que este Acuerdo Ministerial es aplicable para el sector público, pues el título de aquella indica *“EXPEDIR LAS DIRECTRICES PARA EL REGISTRO DE LAS MODALIDADES Y ACUERDOS LABORALES ESTABLECIDOS EN EL CAPÍTULO III DE LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO PARA COMBATIR LA CRISIS SANITARIA DERIVADA DEL COVID-19 PARA LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO.”* (Lo subrayado me corresponde)

A pesar de ello, la norma no hace nada más que aclarar el trámite de registro que debe seguir este tipo de contratos tanto en el tiempo que debe hacerse como el título que debe llevar, además de establecer su obligatoriedad de celebrarlo por escrito y en cuanto al pago de remuneraciones repite lo establecido en el Código del Trabajo (2005). Sin perjuicio de ello, el Ministerio del Trabajo no ha emitido una regulación que aplique al sector privado, por lo que, entenderíamos que para éste debe seguirse el proceso normal de inscripción que siguen los contratos laborales en general, sin embargo, queda la incertidumbre acerca de si en el ámbito privado debe aplicarse el título que se propone para los contratos del sector público.

2.5. Reducción emergente de la jornada de trabajo

“Art. 20.- De la reducción emergente de la jornada de trabajo.- Por eventos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente justificados, el empleador podrá reducir la jornada laboral, hasta un máximo del 50%. El sueldo o salario del trabajador corresponderá, en proporción, a las horas efectivamente trabajadas, y no será menor al 55% de la fijada previo a la reducción; y el aporte a la seguridad social pagarse con base en la jornada reducida. El empleador deberá notificar a la autoridad de trabajo, indicando el período de aplicación de la jornada reducida y la nómina del personal a quienes aplicará la medida.

Esta reducción podrá aplicarse hasta por un (1) año, renovable por el mismo periodo, por una sola vez..” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Empecemos recordando que como lo hemos explicado en apartados anteriores la fuerza mayor y el caso fortuito como tal constituye una causa para dar por terminado el contrato de trabajo, así lo establece el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo (2005), aparte de ello hemos explicado la trascendencia de que se presente esta situación, puesto que, como inicialmente el Código lo regula es una causa de terminación del contrato de trabajo, es decir, imposibilita el normal desarrollo de la actividad económica del negocio, por ende, indicamos que no es muy lógico pensar que ante esta situación la empresa pueda seguir con vida.

La norma prevé un techo de reducción de hasta el 50% de la jornada, con una remuneración no menor al 55% de la remuneración anterior a la reducción, para ello también establece la obligación del empleador de indicar el período en el cual ha de aplicarse la reducción y con un tiempo límite de vigencia de un año renovable por una sola vez y por el mismo periodo, lo cual nos lleva a pensar en aquella figura establecida en el artículo 47.1 del Código del Trabajo (2005), que establece lo siguiente:

*“Art. 47.1.- (Agregado por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 720-S, 28-III-2016).- En casos excepcionales, previo acuerdo entre empleador y trabajador o trabajadores, y por un período no mayor a seis meses renovables por seis meses más por una sola ocasión, la jornada de trabajo referida en el artículo 47 podrá ser disminuida, previa autorización del Ministerio rector del Trabajo, hasta un límite no menor a treinta horas semanales.
(...)”*

Como podemos observar, el Código del Trabajo (2005) ya prevé una figura perfectamente aplicable al supuesto de que se tenga la intención de reducir la jornada de trabajo, incluso en términos mucho más adecuados, por el motivo de que el artículo 47.1 señala que debe existir un acuerdo previo entre trabajadores y su empleador en casos excepcionales, de manera que, no queda a la voluntad arbitraria del empleador y además deja abierta la posibilidad de calificación de una circunstancia como excepcional, pudiendo ser por ejemplo crisis económicas, sanitarias, etc.

Adicionalmente, la norma del artículo 47.1 hace posteriormente mención a que " *El Ministerio rector del Trabajo podrá exigir que para autorizar la medida se demuestre que la misma resulte necesaria por causas de fuerza mayor o por reducción de ingresos o verificación de pérdidas.*" (Lo subrayado me corresponde) Lo que nos quiere decir que el Ministerio del Trabajo deberá comprobar con los elementos que presente el empleador la presencia de estas situaciones para autorizar la medida, siendo incluso más clara que el artículo 20 de la Ley de Apoyo Humanitario, en el sentido de que la norma del Código limita los supuestos de hecho a la fuerza mayor o a la reducción de ingresos o verificación de pérdidas, situación que se distingue de la Ley de Apoyo Humanitario que contempla la fuerza mayor y el caso fortuito únicamente.

Por otro lado, establece un tiempo menor de duración de esta reducción, esto es 6 meses renovables por una sola ocasión, además de que establece un techo no menor a 30 horas semanales, lo que implicaría el 75% de la jornada de trabajo, a diferencia del artículo 20 de la Ley de Apoyo Humanitario que prevé una reducción de hasta el 50% de la jornada de trabajo.

De igual manera la norma del artículo 47.1 establece la siguiente obligación:

"También deberá el Ministerio rector del Trabajo exigir del empleador un plan de austeridad, entre los cuales podrá incluir que los ingresos de los mandatarios administradores de la empresa se reduzcan para mantener la medida.

(...)"

Lo que nos lleva a pensar que el razonamiento del legislador al emitir el artículo 47.1 fue la más apropiada, por obligar al empleador a también ejecutar ciertas medidas que propendan al mejoramiento de las situaciones que ocasionaron la decisión de una reducción de la jornada de trabajo. Un plan de austeridad que además considere la reducción de los ingresos de los administradores de la empresa constituye una aplicación directa del principio de igualdad, por el motivo de que no deben ser únicamente los trabajadores quienes soporten el peso de la crisis que atraviese la empresa sino también se incluye los administrativos, por lo tanto, no se discrimina a ninguna de las partes involucradas en este supuesto.

De igual manera, en cuanto a las aportaciones que se deben realizar a la seguridad social, el artículo 47.1 es muy claro al establecer que: "*...de igual manera, mientras*

dure la reducción, las aportaciones a la seguridad social que le corresponden al empleador serán pagadas sobre ocho horas diarias de trabajo. (...)” Es decir, la norma de la Ley de Apoyo Humanitario reconoce una tutela jurídica inferior al establecer que el cálculo de las aportaciones debe hacerse con base en la jornada reducida, lo que evidentemente perjudica al historial de aportaciones del trabajador.

El artículo 20 de la Ley de Apoyo Humanitario incorpora una norma al ordenamiento jurídico que colisiona con el artículo 47.1 del Código del Trabajo (2005), pues son dos normas vigentes que son aplicables a una misma situación, lo que causa incertidumbre al respecto. La única diferencia clara que existe es que en la Ley de Apoyo Humanitario es que también es aplicable en situaciones de caso fortuito.

“A partir de la implementación de la jornada reducida y durante el tiempo que e esta dure, las empresas que hayan implementado la reducción de la jornada laboral no podrán reducir capital social de la empresa ni repartir dividendos obtenidos en los ejercicios en que esta jornada esté vigente. Los dividendos serán reinvertidos en la empresa, para lo cual los empleadores efectuarán el correspondiente aumento de capital hasta el treinta y uno (31) de diciembre del ejercicio impositivo posterior a aquel en que se generaron las utilidades y se acogerán al artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

Por el lado de la reducción del capital, recordemos que ya se realizó un análisis al respecto e indicamos que la medida no beneficiaría a los trabajadores en ninguna manera por el hecho de que sus derechos se ven garantizados incluso en el patrimonio personal de las personas señaladas en los artículos 36 y 41 del Código del Trabajo (2005).

De otro lado, al referirnos al tema de los dividendos que se generen en el ejercicio fiscal correspondiente, es pertinente citar lo que dispone el artículo 47.1 del Código del Trabajo (2005) que establece lo siguiente:

“Respecto de los ejercicios económicos en que acordó la modificación de la jornada de trabajo, el empleador sólo podrá repartir dividendos a sus accionistas si previamente cancela a los trabajadores las horas que se redujeron mientras duró la medida.”

Como observamos, la redacción del Código es mucho más coherente al respecto, debido a que, si es que en esta situación se generan dividendos se garantiza a los trabajadores el pago de la remuneración completa durante el tiempo de reducción de la jornada, a diferencia del artículo 20 de la Ley de Apoyo Humanitario que obliga al empleador a realizar reinvertir los mismos en un aumento de capital, lo cual en el fondo no beneficia en lo absoluto a los trabajadores, pues aquellos seguirían bajo las condiciones de la jornada reducida, es decir, percibiendo lo correspondiente al tiempo que efectivamente trabajan, y a pesar de que la empresa nuevamente empiece a ganar dinero no reciben nada a cambio, manteniéndolos en una situación desfavorable.

“De producirse despidos, las indemnizaciones y bonificación por desahucio, se calcularán sobre la última remuneración mensual percibida por el trabajador antes de la reducción de la jornada, además de cualquier otra sanción que establezca la ley por este incumplimiento.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2020)

En este mismo sentido, el artículo 47.1 del Código del Trabajo (2005) también prevé una disposición que regula estas circunstancias, en ella establece:

“De producirse despidos las indemnizaciones y bonificaciones, se calcularán sobre la última remuneración recibida por el trabajador antes del ajuste de la jornada;”

Como observamos, la disposición apunta hacia el mismo objetivo que es el de reconocer los derechos que por ley los corresponden a los trabajadores en caso de ser despedidos intempestivamente, es por ello que, la norma considera que de producirse esta circunstancia el cálculo de las indemnizaciones y bonificaciones debe hacerse con la remuneración fijada anterior de la reducción de la jornada.

En este sentido podríamos decir que la norma acierta en aquello, puesto que, blinda al trabajador en caso de que su empleador quiera aprovechar esta figura para despedir a sus trabajadores con una indemnización menor de la que les correspondería, por lo tanto, esta parte de la norma no yerra en estar presente, sin perjuicio de que sabemos que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encontrarían concurriendo dos normas vigentes aplicables para un mismo supuesto de hecho, y que en el fondo constituye una contradicción que conlleva una regresión que disminuye los derechos

de los trabajadores .

2.5.1. Excepciones

De igual manera, el Ministerio del Trabajo ha establecido excepciones que son aplicables para la reducción emergente de la jornada de trabajo, estableciendo para el sector público en el artículo 8 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-173 lo siguiente:

“Art. 8.- De las excepciones de la reducción emergente de la jornada de trabajo.- No se aplicará la reducción emergente de la jornada de trabajo establecida en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, en los siguientes casos:

a) Trabajadores del sector público que tengan la condición de persona con discapacidad, conforme lo establece el artículo 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades, debidamente acreditada por el CONADIS y/o por el Ministerio de Salud Pública, conforme la normativa vigente.

b) Trabajadores del sector público que sean calificados como sustituto laboral de persona con discapacidad, conforme lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades, quienes en concordancia con el artículo 15 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades debidamente acreditada por el Ministerio del Trabajo.

c) Trabajadores del sector público que se encuentren inmersos dentro de la reducción de la jornada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 del Código del Trabajo; incluyendo aquellos que aplicaron el proceso establecido en el artículo 4 del Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-077 de 15 de marzo de 2020, reformado mediante Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-080 de 28 de marzo de 2020.

Se podrá aplicar la reducción emergente de la jornada de trabajo establecida en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, únicamente a partir del momento en el cual se deje sin efecto y/o culmine la vigencia de la reducción actual en la jornada del trabajador del sector público.

d) Trabajadores del sector público que mantengan jornadas especiales de trabajo aprobadas de conformidad con el Código del Trabajo.”

Por otro lado el Ministerio del Trabajo hace lo propio para el sector privado mediante el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-171, en el que establece lo siguiente:

“Art. 3.- De las excepciones al artículo 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19.- El empleador podrá aplicar la reducción emergente de la jornada de trabajo, siempre que no se disminuya la remuneración que reciben por la jornada laboral ordinaria o parcial, del trabajador que:

a) Tenga la condición de persona con discapacidad, conforme lo establece el artículo 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades, debidamente acreditada por el CONADIS y/o por el Ministerio de Salud Pública, conforme la normativa vigente.

b) Sea calificado como sustituto laboral de persona con discapacidad, conforme lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades, quienes en concordancia con el artículo 15 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, debidamente acreditada por el Ministerio del Trabajo.”

En este sentido, luego de comparar las dos normas, existe una clara diferencia en el régimen aplicable para ambos sectores, estableciéndose una protección mayor para el trabajador del sector público, en virtud de que, para el sector público se exceptúa este régimen para aquellos a quienes se les ha aplicado la reducción de la jornada basada en el artículo 47.1 del Código del Trabajo (2005), además que hace referencia al Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-077 de 15 de marzo de 2020, reformado mediante Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-080 de 28 de marzo de 2020, los cuales regularon la reducción, modificación o suspensión emergente de la jornada laboral, normas que fueron emitidas a efecto de regular la situación laboral que atravesaban los ecuatorianos en la época del apogeo de la pandemia del COVID-19, esto es, mientras duró la declaratoria de emergencia sanitaria. Esto es un grave error por parte del Ministerio del Trabajo, por el hecho de que el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-077 taxativamente en el artículo 2 indica que el ámbito de aplicación de aquel Acuerdo es para el sector privado, y en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-080 no reforma que también sea de aplicación para el sector público.

Adicionalmente, cuando se emitieron las regulaciones para el sector privado se dejó de lado la posibilidad de que también se puedan aplicar las excepciones c) y d) del

Acuerdo Ministerial No. MDT- 2020-173, quedando totalmente desprotegidos aquellos trabajadores que se hallen también sometidos a un régimen de reducción de la jornada basado en el artículo 47.1 del Código del Trabajo (2005) o de la reducción, modificación o suspensión emergente de la jornada establecido en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-077.

2.2. CÓDIGO DEL TRABAJO

2.2.1. Contrato tipo en el Ecuador

Es necesario tratar de concatenar lo analizado en apartados anteriores con las disposiciones del Código del Trabajo (2005), a efecto de determinar la tutela jurídica brindada tanto por esta norma como por la de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid-19, en los aspectos que nos incumben.

Empezando por el contrato tipo que rige en el Ecuador, es pertinente citar al artículo 14 del Código del Trabajo (2005) que establece:

“Art. 14.- Contrato tipo y excepciones.-.- El contrato individual de trabajo a tiempo indefinido es la modalidad típica de la contratación laboral estable o permanente, su extinción se producirá únicamente por las causas y los procedimientos establecidos en este Código.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior:

- a) Los contratos por obra cierta, que no sean habituales en la actividad de la empresa o empleador;*
- b) Los contratos eventuales, ocasionales y de temporada;*
- c) Los de aprendizaje;*
- d) Los demás que determine la ley.” (Lo subrayado me corresponde)*

Nuevamente me permito hacer mención al hecho de que en el Ecuador manejamos un sistema de estabilidad relativa, a pesar de ello, el Código del Trabajo (2005) propende a que en la generalidad de los casos los trabajadores se hallen sometidos a un contrato de trabajo a tiempo indefinido. Esta cuestión se conecta con la Constitución de la República (2008) que en su artículo 33 establece que el trabajo así como es un derecho, también es un deber social, lo que nos lleva a pensar que la finalidad de la norma es que los ecuatorianos trabajemos con el objeto de obtener una

realización personal y económica.

Sin perjuicio de ello, el Código del Trabajo (2005) establece excepciones a esta regla, específicamente al referirse a los contratos por obra cierta que no sean habituales en la actividad económica del empleador, contratos eventuales, ocasionales, de temporada, de aprendizaje y los demás que determine la ley. Esto nos quiere decir, que se deja abierta la puerta a nuevas modalidades de contratación como ha sucedido con el contrato especial emergente, que en efecto contiene un régimen jurídico distinto en varios aspectos a los demás que establece el Código, convirtiéndolo como tal en un nuevo tipo contractual.

Es por este motivo que la Asamblea Nacional se encontró al momento de emitir la Ley de Apoyo Humanitario plenamente facultada para introducir al ordenamiento jurídico nuevas modalidades de contratación laboral.

2.2.2. Descanso obligatorio

Por el lado del descanso al que el trabajador tiene derecho, el Código del Trabajo (2005) indica que en el Ecuador existe un límite de la jornada laboral y en consecuencia descansos forzosos. El inciso segundo del artículo 50 del Código del Trabajo (2005) es claro al establecer que *“Los días sábados y domingos serán de descanso forzoso y, si en razón de las circunstancias, no pudiere interrumpirse el trabajo en tales días, se designará otro tiempo igual de la semana para el descanso, mediante acuerdo entre empleador y trabajadores.”*

De igual manera, la norma del artículo 51 indica lo siguiente:

“Art. 51.- Duración del descanso.- El descanso de que trata el artículo anterior lo gozarán a la vez todos los trabajadores, o por turnos si así lo exigiere la índole de las labores que realicen. Comprenderá un mínimo de cuarenta y ocho horas consecutivas.”

Añadiendo a lo anterior, la Constitución de la República (2008) dentro de su amplio catálogo de derechos establece que el descanso es un derecho de libertad, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 66. Por estos motivos, es importante considerar que las personas requerimos de este espacio para poder recuperar energías que nos permitan continuar prestando nuestros servicios de manera eficiente, incluso el Código del Trabajo (2005) reconoce como derecho de los trabajadores a que se les

pague una remuneración por estos días, así lo establece el artículo 53 que indica:

“Art. 53.- Descanso semanal remunerado.- El descanso semanal forzoso será pagado con la cantidad equivalente a la remuneración íntegra, o sea de dos días, de acuerdo con la naturaleza de la labor o industria.”

Tan importante es este descanso que el artículo 62 del Código del Trabajo (2005) establece una prohibición que consiste en:

“Art. 62.- Trabajo en días y horas de descanso obligatorio.- En los días y horas de descanso obligatorio el empleador no podrá exigir al trabajador labor alguna, ni aun por concepto de trabajo a destajo, exceptuándose los casos contemplados en el artículo 52 de este Código.”

Pese a esta importancia, existen personas que no tienen problema en trabajar en los días de descanso, pues el derecho a la libertad nos permite justamente decidir por nosotros mismos dirigir nuestra vida según los objetivos que nos hayamos planteado, y arbitrariamente tomar decisiones que nos afecten personalmente, es por esto que, la norma también regula el supuesto en el que el trabajador trabaje en estas jornadas de descanso forzoso, para ello, el Ministerio del Trabajo será el encargado de autorizar el trabajo en los días sábados o domingos en dos situaciones que el artículo 52 del Código del Trabajo (2005) indica son:

“1. Necesidad de evitar un grave daño al establecimiento o explotación amenazado por la inminencia de un accidente; y, en general, por caso fortuito o fuerza mayor que demande atención impostergable. Cuando esto ocurra no es necesario que preceda autorización del inspector del trabajo, pero el empleador quedará obligado a comunicárselo dentro de las veinticuatro horas siguientes al peligro o accidente, bajo multa que será impuesta de conformidad con lo previsto en el artículo 628 de este Código, que impondrá el inspector del trabajo.

En estos casos, el trabajo deberá limitarse al tiempo estrictamente necesario para atender al daño o peligro; y,

2. La condición manifiesta de que la industria, explotación o labor no pueda interrumpirse por la naturaleza de las necesidades que satisfacen, por razones de carácter técnico o porque su interrupción irroge perjuicios al interés público.”

Aparte de lo indicado, existe también la posibilidad de que no siendo habitual el hecho de que un negocio tenga que operar en días de descanso, por situaciones varias tenga que hacerlo, en este caso los empleadores que llamen a trabajar a sus trabajadores en aquellos espacios, deben reconocer una remuneración adicional por haberse ejecutado labores en jornadas extraordinarias de trabajo. Al respecto el numeral 4 del artículo 55 del Código del Trabajo (2005) establece:

“Art. 55.- Remuneración por horas suplementarias y extraordinarias.- Por convenio escrito entre las partes, la jornada de trabajo podrá exceder del límite fijado en los artículos 47 y 49 de este Código, siempre que se proceda con autorización del inspector de trabajo y se observen las siguientes prescripciones:

4. El trabajo que se ejecutare el sábado o el domingo deberá ser pagado con el ciento por ciento de recargo.”

Para explicar esta regla, es necesario saber que la norma se refiere a sábados o domingos, sin embargo, la regla también es aplicable en los casos en los que los días de descanso recaigan en otros días de la semana que no sean sábado o domingo. En este sentido, como se indicó, el recargo para esos días es del ciento por ciento por cada hora de trabajo, lo que equivale a que cada hora cueste el doble de lo normal.

Teniendo esto claro, considero pertinente desarrollar más a profundidad lo que mencionamos al analizar el contrato especial emergente que establece la posibilidad de distribuir la jornada de trabajo en seis días a la semana, y consecuentemente como expresamente indica el artículo 19 de la Ley de Apoyo Humanitario: *“El descanso semanal será al menos de veinticuatro horas consecutivas. Las horas que excedan de la jornada pactada se pagarán con sujeción a lo determinado en el artículo 55 del Código del Trabajo.”*

Evidentemente, el artículo 19 *ibídem* se contrapone a las reglas que se encuentran presentes en el Código del Trabajo (2005), pues, desconoce el derecho de los trabajadores a tener al menos cuarenta y ocho horas de descanso, brindándoles solamente veinticuatro horas de descanso, situación que preocupa en el sentido de que las personas que se sometan a esa modalidad de contratación no tendrán derecho a que su trabajo realizado en los días de descanso sean pagados con el recargo correspondiente, lo que conlleva una violación expresa al derecho a la igualdad entre

aquellos sometidos a la contratación especial emergente y cualquier otro trabajador no sujeto a ese contrato.

Recordemos que el Código del Trabajo (2005) prevé el trabajo en días de descanso obligatorio como una situación excepcional que incluso debe ser autorizada por el Inspector del Trabajo, que a criterio personal consideraría es necesario para que se controle la posible existencia de abusos por parte del empleador a sus trabajadores, sin embargo, en el caso de la contratación especial emergente, la misma se convierte en una herramienta para brindar un trato desigual a los trabajadores sometidos a esta tipología en comparación con el trabajador en general sujeto a cualquiera de los otros tipos contractuales.

2.2.3. Jornada de trabajo

La jornada de trabajo va muy ligada al apartado anterior de los descansos forzosos, en el sentido de que el Código del Trabajo (2005) establece en el inciso primero del artículo 47 que *“La jornada máxima de trabajo será de ocho horas diarias, de manera que no exceda de cuarenta horas semanales, salvo disposición de la ley en contrario.”* (Lo subrayado me corresponde)

De esta manera, entendemos que queda abierta la puerta a que mediante ley se pueda modificar la jornada de trabajo, pudiendo aumentar o disminuirse, lo cual es razonable considerando que la Asamblea Nacional que ejerce la función legislativa del Estado, es decir, las personas que desempeñan esa función traducirían la voluntad popular en ley, de modo que sus decisiones serían un reflejo del pensar social y por ello se encontraría legitimado.

Sin embargo, en este sentido el Código del Trabajo (2005) ha limitado la jornada de trabajo de la siguiente manera:

“Art. 50.- Límite de jornada y descanso forzosos.- Las jornadas de trabajo obligatorio no pueden exceder de cinco en la semana, o sea de cuarenta horas hebdomadarias.”

Lo que nos lleva a pensar que la voluntad popular justamente es esa, la de que las jornadas de trabajo no pueden exceder de cinco en la semana, empero, tomando las ideas anteriormente desarrolladas existe la posibilidad de que se puedan pactar jornadas de trabajo adicionales, que apegándonos al estricto sentido de la ley, tendrían un recargo

por ser labores ejecutadas fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

En caso de incurrir en el supuesto de superar el tiempo de la jornada de trabajo se debe reconocer un recargo que se encuentra regulado en el artículo 55 ibídem de la siguiente manera:

“1. Las horas suplementarias no podrán exceder de cuatro en un día, ni de doce en la semana;

2. Si tuvieran lugar durante el día o hasta las 24H00, el empleador pagará la remuneración correspondiente a cada una de las horas suplementarias con más un cincuenta por ciento de recargo. Si dichas horas estuvieren comprendidas entre las 24H00 y las 06H00, el trabajador tendrá derecho a un ciento por ciento de recargo.

Para calcularlo se tomará como base la remuneración que corresponda a la hora de trabajo diurno;”

El artículo 19 de la Ley de Apoyo Humanitario, de cierto modo reconoce el derecho de que los trabajadores sean pagados con forme la regla del artículo 55 del Código del Trabajo (2005), cuando indica que *“Las horas que excedan de la jornada pactada se pagarán con sujeción a lo determinado en el artículo 55 del Código del Trabajo.”*

A pesar de ello, esta norma no se cumpliría a cabalidad por el hecho de que las reglas aplicables a la contratación emergente desconocen implícitamente las disposiciones del Código del Trabajo como lo habíamos indicado. En principio, si dentro del régimen de contratación emergente en la jornada de los cinco días normales de trabajo se excede de la jornada pactada, estaría bien aplicar la norma del artículo 55 del Código, sin embargo, al ser posible que se pacte un trabajo en un sexto día de trabajo, no se pagan esas horas de trabajo como jornada extraordinaria sino como jornada normal, y aparte de ello, si en ese día se ejecutan labores adicionales a la jornada pactada, se pagarían como horas suplementarias, mas no como horas extraordinarias como legalmente correspondería.

Todo lo anteriormente indicado se sustenta en el principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales, puesto que, la ley al estar facultada para modificar la jornada de trabajo, no puede disminuir el nivel de tutela jurídica que ya se encuentra vigente al momento de querer implementar nuevas medidas legales, sino al

contrario, la norma debe propender a mejorar aquellas condiciones.

2.2.4. Visto bueno

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe la figura del visto bueno, la cual permite mediante la subsunción de ciertos hechos, sean de parte del empleador o del trabajador, a los supuestos de hecho establecidos en los artículos 172 y 173 del Código del Trabajo (2005), terminar de forma legal con el contrato de trabajo. El mismo constituye un trámite administrativo que se sustancia ante el Inspector del Trabajo.

Es importante considerar este tema debido a que cuando hablamos de los acuerdos para la preservación de las fuentes de empleo, nos hemos referido a aquella circunstancia que faculta al empleador a obligar a los trabajadores que no han aceptado suscribir aquellos convenios a someterse a las condiciones pactadas en los acuerdos celebrados con la mayoría de los trabajadores que sí lo aceptaron.

En este sentido, el artículo 173 *ibídem* establece lo siguiente:

“Art. 173.- Causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato. El trabajador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, y previo visto bueno, en los casos siguientes:

2. Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada;” (Lo subrayado me corresponde)

Es decir, en el supuesto de obligar a los trabajadores que no han aceptado los acuerdos, siempre que la mayoría de trabajadores lo haga, se estaría incurriendo en esta causal de visto bueno que facultaría técnicamente a dar por terminado el contrato de trabajo por parte del trabajador.

Legalmente los trabajadores tienen varias obligaciones, las mismas que están contempladas en el artículo 45 del Código del Trabajo (2005), en este sentido me referiré a la primera de las obligaciones que constituye: *“a) Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos;”*, por lo que, técnicamente aquellos trabajadores que no acepten las nuevas condiciones deberían continuar cumpliendo el contrato de trabajo vigente, caso contrario debería procederse con la liquidación de la empresa.

Hay que considerar que el visto bueno tiene un efecto señalado en el artículo 191 *ibídem*, el mismo que constituye:

“Art. 191.- Indemnizaciones y bonificaciones al trabajador.- Tendrá derecho a las indemnizaciones fijadas en los artículos 187 y 188 de este Código y a las bonificaciones establecidas en este capítulo, el trabajador que se separe a consecuencia de una de las causas determinadas en el artículo 173 de este Código.”

Es decir, la Ley de Apoyo Humanitario estaría legitimando a los empleadores que incurran en estos supuestos a ejecutar un despido intempestivo en contra de los trabajadores que se opongan a celebrar los acuerdos para la preservación de las fuentes de empleo, que irónicamente como su nombre indica no cumpliría su cometido por vulnerar los derechos de los trabajadores a costa de “preservar el empleo”, considerando el análisis realizado en los apartados anteriores con el paso del tiempo se perpetraría una regresión de derechos que estaría totalmente en contra de los principios y derechos constitucionales que amparan a los trabajadores.

CAPÍTULO III

3.1. Conclusiones

3.1.1. Acuerdos para la conservación de las fuentes de trabajo

Habiendo analizado el contexto dogmático constitucional de los trabajadores y el contexto legal involucrado en este tipo de situaciones, todo esto a la luz del artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República (2008), considero existe una evidente regresión de derechos de los trabajadores materializada en una disminución de los mismos, debido a que el legislador al redactar la norma no consideró principalmente el principio de antropía, que si bien no se encuentra taxativamente reconocido, sí lo está al momento de que la Constitución garantiza un salario digno al trabajador, concurriendo a la par en la trasgresión a la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores por facultar a aquellos a que voluntariamente modifiquen en perjuicio de ellos las condiciones económicas del contrato de trabajo vigente, de manera que, se materializa una brecha económica entre los ingresos del trabajador y el costo de sus necesidades básicas y las de su familia, en caso de que la tenga.

Por otro lado, se ha anulado el derecho a la libertad de contratación, en el sentido de que a los trabajadores que constituyen una minoría que no ha aceptado celebrar este tipo de acuerdos, se los puede obligar a que se sometan a estas condiciones sin que ellos brinden su aquiescencia libremente. En consecuencia, el derecho a la igualdad se ve seriamente comprometido, pues haciendo la comparación, los trabajadores que libremente hayan aceptado las condiciones de los acuerdos tuvieron la suerte de actuar voluntariamente, mientras que aquellos trabajadores que no aceptaron las condiciones planteadas, tuvieron la suerte de hacer uso de esa voluntad para negarse a los acuerdos, sin embargo, esa voluntad se ve corrompida al poder obligárseles a someterse a aquellas, es decir, su negativa no tiene valor alguno.

Incluso puede darse el caso de que incluso después de celebrar un acuerdo, el trabajador siga trabajando lo mismo, pero cobrando una remuneración menor (Storini y Cisneros; 2021, pg. 65), lo que evidentemente no contradice el principio de irrenunciabilidad, puesto que el artículo 328 de la Constitución de la República (2008) faculta la disminución de la remuneración previo acuerdo entre trabajador y empleador, sin embargo, no considera la dignidad de la misma.

La forma en cómo se encuentra redactada la norma nos lleva a pensar que la

misma fue meditada para brindar protección a los acreedores de los empleadores, mas no para la plena conservación de las fuentes de trabajo, pues la intangibilidad de los derechos laborales no ha sido tomada en cuenta para esta situación, y en lugar de propender al desarrollo progresivo de los mismos, se legitima la regresión de aquellos mediante la anulación de aquellos, volviéndola claramente inconstitucional.

3.1.2. Contrato especial emergente

En cuanto a esta figura existen varias observaciones, la primera de ellas es que habiendo explicado en el primer capítulo de la presente investigación el principio de progresividad, todo el actuar estatal debe procurar su consecución mediante la acción u omisión. Sin embargo, introducir tipologías contractuales que camuflan una regresión de los derechos de los trabajadores no hace más que llevarnos a concluir que el propósito de estas normas es desmejorar las condiciones laborales en el país en lugar de desarrollarlas en avance de las mismas.

Evidenciamos una vulneración al derecho a la igualdad, en virtud de que, las personas que se hallen sometidas a esta modalidad contractual, comparando con cualquier otro trabajador sujeto a las otras modalidades contractuales, tienen un trato muy diferente en cuanto al pago de remuneraciones, jornada de trabajo y descansos, trato que evidentemente ha sido producto de una disminución injustificada de los derechos de los trabajadores, por no existir un sustento técnico o científico que demuestre apropiadamente que en esas condiciones no se estaría vulnerando al trabajador, en concreto, no existe justificación del desmedro a un salario digno en iguales condiciones al resto de trabajadores, así como de los descansos forzosos históricamente logrados.

La introducción de este tipo contractual, legitima la renuncia de los derechos que constitucionalmente son irrenunciables, y que además de ello son intangibles, sin perjuicio de que como hemos explicado pudieran ser trastocados siempre y cuando exista una justificación que no invada el contenido esencial de los derechos, situación que como hemos desarrollado en apartados anteriores, no ocurre.

Preocupa saber que las instituciones del Estado no consideran el contexto dogmático constitucional que ampara a los trabajadores para emitir normas que evidentemente se oponen a ellas, de manera que, se convierte en una tarea fácil la

legitimación de la regresión de los derechos en cualquiera de sus modalidades, en este caso, un menoscabo injustificado de aquellos, que consecuentemente se vuelve inconstitucional.

3.1.3. Reducción emergente de la jornada de trabajo

Finalmente, a criterio personal esta norma es la que más preocupación causa, por el hecho de que previamente el Código del Trabajo (2005) ya contemplaba una figura perfectamente aplicable a esta situación en el artículo 47.1, incluso en mejores términos que la norma introducida por la Ley de Apoyo Humanitario.

Principalmente lo que llama la atención es la vulneración al derecho a la libertad de contratación, puesto que, el Código del Trabajo (2005) concuerda perfectamente con la Constitución de la República (2008) al garantizar el acuerdo de voluntades entre trabajador y empleador para reducir la jornada de trabajo, y consecuentemente su remuneración, cuestión que la norma del artículo 20 de la Ley de Apoyo Humanitario ni siquiera hace mención, al facultar al empleador a que unilateralmente pueda tomar esta decisión en perjuicio de sus trabajadores.

Por otro lado, y no menos importante es pertinente recalcar que el principio de antropía también se ve seriamente afectado, pues el techo que plantea la norma es inferior al que establece el Código del Trabajo, pudiendo reducirse hasta el 45% de la remuneración, lo que nos lleva a pensar que si una familia dependiente de la persona trabajadora ya se ha acostumbrado a un costo de vida, la reducción intempestiva de su fuente de ingresos hace que la dignidad del trabajador y su familia se vea seriamente comprometida, poniendo en riesgo incluso su integridad y vida por una posible deficiencia en la cobertura de las necesidades básicas. En otras palabras, existe una vulneración al derecho a una remuneración justa del trabajador que ya tenía un sueldo bajo, pues al adoptarse esta medida, puede menguar a un valor insignificante. (Storini y Cisneros, 2021, pg. 67)

En conclusión, la norma trasgrede la intangibilidad de los derechos de los trabajadores de una manera injustificada, que a fin de cuentas disminuye y menoscaba el ejercicio de aquellos, perpetrando una regresión de derechos que constituye a esta norma en inconstitucional.

3.2. Recomendaciones

La pandemia mundial del COVID-19 ha sido una circunstancia extraordinaria que ha colocado a la sociedad en una coyuntura muy difícil, esto ha causado mucha incertidumbre a nivel individual como colectivo, incluso nos ha hecho llegar a tomar medidas que en su momento por el pánico de la enfermedad a la fecha de hoy sabemos que son absurdas.

El trabajo de redactar una norma no es una tarea fácil, pues además de requerir conocimiento técnico, es una labor humana que está sujeta a ser errada como cualquier otra decisión que los ciudadanos en general pudimos haber tomado en pleno apogeo de la pandemia, sin embargo, no se justifica de ninguna manera que por encontrarnos en esa situación se adopten medidas que puedan perjudicar a las personas que nos rodean.

Personalmente considero que la Asamblea Nacional al cargar en sus hombros una tarea tan importante como es la de legislar, debería apoyarse en la academia, para que las medidas que pretenda adoptar incluso en estas situaciones delicadas y emergentes, no trasgredan aquellos preceptos tan fundamentales que históricamente se han venido logrando con luchas sociales y que se encuentran reconocidos a nivel constitucional como es la libertad, la igualdad, etc.; por el hecho de que, su supremacía debe ser reflejada en todo el ordenamiento jurídico, y con el tiempo cada vez ir puliendo aquellas deficiencias lógico-jurídicas que puedan producirse por el trabajo intelectual humano que existe por detrás.

Muchas de las veces se terminan adoptando decisiones que aparentemente solucionarían un problema latente, y por la urgencia del caso, sin premeditación alguna se piensa que podrían funcionar, sin embargo, la recomendación global que quiero manifestar es la de que a todas las instituciones estatales que se encuentran facultadas para normar, deberían realizar un ejercicio de análisis constitucional y legal antes de emitir cualquier disposición que pueda limitar los derechos de los ciudadanos para evitar caer en contradicciones o en regresiones de derechos, todo esto de la mano de la academia que podría aportar conocimientos e ideas frescas sobre las tensiones existentes en ese tipo de situaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Literatura digital

- Alarcón, C. (1987). *Reflexiones sobre la igualdad material*. Anuario de filosofía del derecho N° 4. <https://acortar.link/342LPh>
- Albán, J. (2016). *El Principio De Intangibilidad En Los Contratos Colectivos De Los Trabajadores Del Sector Público En El Ecuador*. Ambato, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. <https://acortar.link/Br8P5q>
- Añón, M. (2016). *¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?* Valencia, España: Universidad de Valencia. <https://acortar.link/ZyDYaR>
- Aparisi, A. (2013). *El Principio De La Dignidad Humana Como Fundamento De Un Bioderecho Global*. Pamplona, España: Cuadernos de Bioética. <https://acortar.link/Qvu4cj>
- Aular, L. (2013). *Los Derechos Laborales En El Constitucionalismo Venezolano; Su Relación Con Los Demás Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Universidad Nacional de Estudios a Distancia. <https://acortar.link/UWCmoP>
- Ballesteros, C. (2000). *Vigencia de los principios del derecho laboral en un mundo globalizado. Aplicación al caso colombiano*. Revista Opinión Jurídica pg. 109-130. <https://acortar.link/DON2i0>
- Betancourt, J. (2012). *Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad*. Barcelona, España: InDret Revista Para el Análisis del Derecho. <https://acortar.link/Z1R1jy>
- Bolaños, E. (2016). *Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general*. Bogotá, Colombia: Revista Pensamiento Jurídico. <https://acortar.link/y329ju>
- Caicedo, D. (2009). *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución*. Quito, Ecuador: FORO Revista de Derecho. <https://acortar.link/gaWuIe>
- Carmona, E. (1994). *El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ecuador: Revista de Estudios Políticos. <https://acortar.link/sU5leM>

- Castillo J. y Tenicela C. (2016). *Análisis Del Principio De Intangibilidad Constitucional En Derechos Laborales Aplicados En La Ley Para Reducción De Sueldos Del Sector Público*. Machala, Ecuador: Universidad Técnica de Machala. <https://acortar.link/YvIDOp>
- Díez S., M. (2019). *Los Principios del Derecho Laboral*. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México. <https://acortar.link/IVd4HM>
- Gamonal, S. (2013). *El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena*. Talca, Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. <https://acortar.link/I21gSM>
- Storini, C., Cisneros, C. (2021). *Justicia Social en Época de Pandemia: Reflexiones Desde lo Andino*. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay. <https://acortar.link/jTm3EZ>
- Morales, V. (2018). *EL principio de Progresividad en el Derecho Laboral*. Córdoba, Argentina: Universidad Siglo 21. <https://acortar.link/8mEInK>
- Neves, J. (2002). *Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo*. Lima, Perú: Pontifica Universidad Católica del Perú. <https://acortar.link/dYULJJ>
- Orsini, J. I. (2010). *Los principios del derecho del trabajo*. La Plata, Argentina: Universidad Nacional de la Plata. <https://acortar.link/0iYR2X>
- Pacheco, L. (2015). *Los principios del derecho del trabajo*. Lima, Perú: Universidad de Piura. <https://acortar.link/QZpFaN>
- Pérez, P. (2019). *El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://acortar.link/0uAnZv>
- Podetti, H. (1997). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México. <https://acortar.link/08QS6j>
- Sandoval H. y Delacruz G. (2019). *Principios constitucionales del derecho laboral administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial Neogranadina. <https://acortar.link/FKL2Uu>
- Seco, J. (2015). *De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y*

problemas a revisar. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. <https://acortar.link/6M1Aqt>

Soto, C. (2008). *La Libertad de Contratación: Ejercicio y Límites*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. <https://acortar.link/TN9N3P>

Libros

Casal, J. (2008). *Los derechos humanos y su protección (Estudio sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello

De la Cueva, M. (1978). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa

De la Puente, M. (1966). *La libertad de contratar*. Lima, Perú: THEMIS Revista de Derecho

Grisolia, J. (2010). *Manual de Derecho Laboral*. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot

Hayek, F. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago Press

Pla Rodríguez, A. (1990). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma

Diccionarios

Real Academia Española de la Lengua. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23^a ed.). <https://www.rae.es/>

Real Academia Española de la Lengua. (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (edición digital). <https://dpej.rae.es/>

Normativa

Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0135. Artículos 2, 5 de 29 de agosto de 2017. (Ecuador)

Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-0132. Artículo 3 de 15 de julio de 2020. (Ecuador)

Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-0171. Artículos 2, 3, 4 de 9 de septiembre de 2020. (Ecuador)

Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-0172. Artículos 3, 4, 5 de 9 de septiembre de 2020. (Ecuador)

Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-0173. Artículo 8 de 9 de septiembre de 2020.
(Ecuador)

Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-077. Artículo 2 de 15 de marzo de 2020.
(Ecuador)

Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-249. Artículo 4 de 30 de noviembre de 2020.
(Ecuador)

Código Civil. Artículos 1, 11, 18, 1454, 1455, 1461, 1644 de 24 de junio de 2005.
(Ecuador)

Código del Trabajo. Artículos 6, 14, 17, 36, 41, 45, 47, 47.1, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 62,
65, 88, 89, 93, 94, 97, 169, 172, 173, 184, 185, 188, 190, 191, 193, 220 de 16
de diciembre de 2005. (Ecuador)

Código Orgánico Integral Penal. Artículos 44, 47, 205, 2017 de 10 de febrero de 2014.
(Ecuador)

Constitución de la República del Ecuador. Artículos 11, 33, 66, 160, 185, 229, 283,
325, 326, 327, 328, 332, 339, 424, 425, 426, 436, 24 de la Transición
Institucional de 20 de octubre de 2008. (Ecuador)

Ley de Compañías. Artículos 198, 373, 374 disposición general cuarta de 5 de
noviembre de 1999. (Ecuador)

Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del
COVID-19. Artículos 1, 16, 17, 18, 19, 20, disposición interpretativa única de
22 de junio de 2020. (Ecuador)

Tratados Internacionales

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Artículo 19. 11 de abril de
1919

Convención Americana de Derechos Humanos. Artículos 2, 11, 24. 7 de noviembre de
1969

Convenio C029 sobre el trabajo forzoso. Artículo 2. 28 de junio de 1930

Convenio C122 sobre la política de empleo. Artículo 1. 9 de julio de 1964

Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículos 1, 3, 7, 23.10 de diciembre de
1948

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículos 2, 3, 4,

5, 6. 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador" relativo a derechos de los trabajadores. Artículo 1, 4, 6, 7. 17 de noviembre de 1988

Páginas Web

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (s.f). *Canasta Básica*.
<https://www.ecuadorencifras.gob.ec/canasta/>

Sentencias

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 037-16-SIN-CC. 15 de junio de 2016

Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 543-2008. 21 de diciembre de 2012