

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Económico

Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral
en el Ecuador

Dr. Santiago Guerrón Ayala

2001

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención grado de magister de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar los derechos de publicación de esta tesis, o de partes de ella, manteniendo mis derechos de autor hasta por un periodo de 30 meses después de su aprobación.

Dr. Santiago Guerrón Ayala

Mayo del 2001

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Económico

Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral
en el Ecuador

Dr. Santiago Guerrón Ayala

Tutor: Dr. Julio César Trujillo

Quito

2001

Resumen:

El presente trabajo tiene por finalidad evidenciar la ruptura existente entre los principios, derechos y garantías relativos al trabajo que consagra tanto la Constitución Política de la República, como acuerdos y convenios internacionales, por una parte; y, por otra, la legislación secundaria que ha sido expedida en el Ecuador desde inicios de los años 90, a espaldas de la Constitución y, que en la práctica restringen derechos y garantías laborales, por lo cual, en muchos casos han sido declaradas inconstitucionales.

Este proceso de reducción de derechos y garantías laborales se justifica, según sus defensores, en el supuesto de que el trabajo es un bien escaso que debe ser distribuido mejor manera; y, que es necesario reformar el rígido esquema laboral para poder agilizar la contratación y despido de la mano de obra, dejando que operen las fuerzas del mercado, pues, según ellos, los principios de tutela y continuidad de la relación laboral son un óbice en la generación de empleo y para atraer inversión extranjera; pretendiendo, de esta forma, volver más competitiva a la producción nacional, para que el País se inserte en la economía mundial globalizada.

Sin embargo, se ha podido evidenciar que la reducción de derechos y garantías laborales no genera estos efectos, por el contrario, agudiza la brecha entre pobres y ricos, pudiendo generar estallidos sociales.

Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador.

INDICE

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y FLEXIBILIDAD LABORAL EN EL ECUADOR.	5
1. INTRODUCCIÓN:	6
2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO	9
2.1. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO.	9
2.2. ORÍGENES DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.	11
2.2.1. <i>La Constitución mexicana de 1917.</i>	13
2.2.2. <i>La Constitución alemana de 1919.</i>	14
2.3. EN EL ECUADOR.	16
3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO LABORAL	27
3.1. LOS PRINCIPIOS EXPRESAMENTE CONSAGRADOS.	29
3.1.1. <i>El principio protector.</i>	30
3.1.2. <i>Principio de irrenunciabilidad de derechos.</i>	36
3.3.3. <i>Estabilidad o Continuidad de la Relación Laboral.</i>	40
3.2. LOS PRINCIPIOS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.	44
3.3. LOS PRINCIPIOS EN LA DOCTRINA.	51
4. EL NUEVO MODELO ECONÓMICO APERTURISTA Y EL MANEJO DE LAS RELACIONES LABORALES.	56
4.1. INCIDENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA EN LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES.	57
4.2. LA FLEXIBILIZACIÓN Y DESREGULACIÓN LABORALES.	68
5. NORMAS QUE FLEXIBILIZAN LAS RELACIONES LABORALES EN EL ECUADOR Y TRANSGREDEN SUS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL TRABAJO.	78
5.1. LEY DE RÉGIMEN DE MAQUILA Y DE CONTRATACIÓN LABORAL A TIEMPO PARCIAL	78
5.2. LEY DE ZONAS FRANCAS	83
5.3. LEY N° 133 REFORMATORIA AL CÓDIGO DE TRABAJO	85
5.4. DECRETO EJECUTIVO 2260	86
5.5. LA LEY PARA LA REFORMA DE LAS FINANZAS PÚBLICAS	87
5.6. LA LEY FUNDAMENTAL PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA DEL ECUADOR	93
5.7. LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA	98
CONCLUSIONES:	108
RECOMENDACIONES:	113
ANEXOS:	115
BIBLIOGRAFÍA:	117

Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador.

1. Introducción:

El Derecho Laboral tiene características propias y diferentes a las demás ramas del Derecho; ya que no parte del principio de igualdad de las personas ante la ley -como ocurre en el derecho civil-, sino que, por el contrario, el Estado tutela a la parte más débil de la relación laboral; es decir, concede un trato diferenciado a los trabajadores para que no sean atropellados por el poder económico de sus empleadores; diferenciación que es una de las principales características del Estado social de derecho y, legitima la intervención estatal en las relaciones entre particulares.

Tales peculiaridades del Derecho Laboral, que responden a las exigencias del modelo de industrialización sustitutiva de importaciones, alcanzan su mayor dimensión cuando son recogidas por la Constitución Política de la República, acuerdos y convenios internacionales, elevándose a la categoría de principios rectores que orientan la aplicación, expedición e interpretación de las normas relativas al trabajo.

En razón de la crisis del estado de bienestar y de la globalización de la economía mundial, que obligaron a adoptar un nuevo modelo económico, mismo que se caracteriza por la apertura al comercio internacional y por la escasa intervención del Estado en la economía, surgen nuevas

tendencias en el Derecho Laboral que propugnan la disminución de garantías y derechos de los trabajadores con el objeto de volver más flexible al sistema que regula las relaciones laborales, fomentar el empleo y dinamizar la economía; alterando la actual concepción tuitiva de esta rama del Derecho y colocando a las partes de una relación laboral en un plano de igualdad inexistente; a tal punto que, hay quienes sostienen que estamos frente a la extinción del Derecho del Trabajo para dar paso a un nuevo Derecho de la Empresa.

Las denominadas flexibilidad y desregulación laborales, tienen por sus principales objetivos, permitir la libre contratación y despido de trabajadores, rompiendo, de esta forma, los principios de tutela y de continuidad de la relación laboral y, dejando las condiciones del trabajo sometidas a las *fuerzas del mercado*, como si se tratase de una mercancía o insumo más; y, en general, dejar en libertad a los empleadores para disponer libremente de la forma como se desarrolla el trabajo en los centros productivos.

En el presente trabajo se procurará establecer que varias de las normas con contenido laboral, que en la década de los noventa se han expedido en el Ecuador, contravienen la Constitución, que restringen derechos y garantías laborales y, que no han cumplido sus objetivos; pues la justificación para expedirlas era que generarían más empleo, volverían más competitiva a la producción nacional y atraerían inversión extranjera; por el contrario, luego de la expedición de dichas normas, la tasa de

desempleo ha continuado incrementándose, la inversión extranjera no ha crecido significativamente, lo que demostraría que la supuesta rigidez que se le imputa al sistema laboral no constituía el verdadero óbice para la inversión y la productividad, pues los costes laborales representan un bajo porcentaje de los costos de producción de bienes.

2. Constitucionalización del Derecho del trabajo

2.1. La Constitución como fuente del Derecho del trabajo.

El Derecho laboral posee características especiales que le distinguen de las otras ramas del Derecho. Una de aquellas características es la de nutrirse, a más de las fuentes de origen estatal o heterónomas, de aquellas de origen no estatal, como son: los contratos individuales y colectivos de trabajo, los reglamentos internos de trabajo —en cuanto potestad del empleador—, los usos y costumbres; los cuales crean un régimen específico que regula las relaciones laborales en un determinado sector, consagrando derechos y beneficios no previstos en las normas generales, rebasando el mínimo legal, pero no transgrediéndolo.

Esta particularidad puede eventualmente generar conflictos en cuanto a la jerarquía en la aplicación de las normas, pues, al Derecho del trabajo, por ser eminentemente tutelar no le es aplicable la jerarquía de las fuentes del Derecho en general, sino que prevalecen aquellas normas que más favorezcan al trabajador; tema que será abordado con mayor profundidad más adelante.

Otra de las peculiaridades del Derecho del trabajo es que las partes de una relación laboral no actúan en igualdad de condiciones, esto constituye una excepción al principio de igualdad ante la ley; pues, la ley protege a los trabajadores por considerarse que, individualmente

considerados y dada su menor capacidad económica, tienen poca o quizás ninguna posibilidad de negociar las condiciones de trabajo con su empleador, razón por la cual la legislación laboral está orientada hacia la protección del trabajador y en la misma se han ido desarrollando ciertos principios tales como: de protección o tutela, de irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos; que informan sobre la adecuada aplicación de sus normas y alteran la jerarquía de sus fuentes.

Partiendo de elementales normas se fue estructurando el Derecho Laboral o Derecho del Trabajo, ha ido evolucionando, generando nuevas respuestas a los cambiantes procesos sociales, alcanzando su cúspide mediante la incorporación de sus axiomas fundamentales o principios en las constituciones de los Estados, dentro del período denominado constitucionalismo social; dotándolos de la mayor firmeza y estabilidad, y proyectándolos al más alto abolengo jurídico.

La principal fuente del Derecho del Trabajo de origen estatal es la Constitución Política del Estado, misma que contiene un conjunto de principios derechos y garantías relativos al trabajo que deben ser desarrollados tanto por las otras fuentes de origen estatal como no estatal, sin contravenirlos en forma alguna, so pena de ser declarados inconstitucionales y perder toda de eficacia jurídica.

La característica fundamental de las normas constitucionales del Derecho del trabajo y por consiguiente de toda la legislación que de ellas nace, es la de tutelar a los trabajadores y, lo hace estableciendo un marco mínimo

de derechos y garantías, dentro de los cuales deberán desarrollarse las relaciones laborales. Esta intervención del Estado en la relaciones entre particulares se fundamenta en la necesidad de equilibrar la desigualdad existente en entre empleadores y trabajadores, que debe ser morigerada para evitar abusos y que constituya una fuente de conflicto social.

2.2. Orígenes del Proceso de Constitucionalización del Derecho del trabajo.

Los textos constitucionales promulgados durante el siglo XIX, proclamaban básicamente derechos y deberes individuales, siguiendo la pauta marcada por la Revolución Francesa y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En lo que al trabajo respecta, dichos cuerpos constitucionales, únicamente hacían referencia a la libertad de trabajar y a la posibilidad de elegir libremente cualquier oficio, profesión o industria, lo cual era consecuencia del espíritu individualista y liberal que en ellas primó.

Posteriormente y, al decir de Rafael Caldera citado por Francisco de Ferrari,

si la constitucionalización es una tendencia aparecida en los últimos años, no deben olvidarse —entre otras cosas porque honra a América— la Constitución de Barcelona (Venezuela) de 1812, que es seguramente la primera de las del mundo contemporáneo que contiene cláusulas sociales.¹

¹Francisco de Ferrari, *Derecho del trabajo*, 2da. Ed, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 379.

Dicha Constitución disponía que el Parlamento dicte normas que regulen con equidad los jornales de los operarios libres, y limite las horas de trabajo diario. Si bien este cuerpo constitucional tiene el privilegio de ser el primero en contener disposiciones relativas al trabajo, adelantándose a su época, su tratamiento, como era de esperarse, no fue muy desarrollado.

Por otro lado, debe recordarse que en esa época y aún avanzado el siglo diecinueve, al trabajo se lo tenía como una actividad indigna para las clases pudientes de la sociedad, reservada para siervos y esclavos.

Posteriormente, con la dignificación del trabajo, proceso en el cual tuvo importante papel la Iglesia Católica, en especial con la encíclica *Rerum Novarum*, de 1891 se reafirmó "...La función social... del trabajo... —que trasciende de la pura libertad de trabajar, para incidir de lleno en la estimación del trabajo como derecho y como deber— y el reconocimiento de su valor moral, que engendra una necesaria protección" ², que se logra a través de la incorporación de sus postulados fundamentales en los textos constitucionales, proceso denominado constitucionalización del Derecho Laboral, coadyuvando en el perfeccionamiento de sus instituciones, llegando a constituir uno de los principales pilares de los denominados derechos económicos, sociales y culturales³.

²Manuel Alonso García, *Curso de derecho del trabajo*, 7ma. ed., Madrid, Ariel, 1980, p. 101.

³Los derechos económicos, sociales y culturales son aquel conjunto de derechos-prestación, que consisten en especificar aquellas pretensiones de las personas y de los pueblos consistentes en la obtención de prestaciones

Esta forma de valorar al ser humano empieza a perder fuerza a mediados de la década de los ochenta, trastocándose la concepción tuitiva de esta rama del Derecho y se pretende situar en un mismo plano de igualdad a trabajadores y empleadores, dejando que en el ámbito laboral operen las fuerzas del mercado, sin que los principios del Derecho del trabajo contenidos en los textos constitucionales, acuerdos y convenios internacionales sobre la materia, hayan sido modificados o suprimidos.

2.2.1. La Constitución mexicana de 1917.

La mayoría de autores coinciden en señalar que la Constitución mexicana de 1917, fue la primera en incorporar un conjunto de normas de orden social y laboral, amplio y orgánico. Según Mario de la Cueva, citado por Guillermo Cabanellas,

en esta Constitución, el Derecho del Trabajo, en sus lineamientos generales, se elevó a la categoría de estatuto constitucional del trabajo, con el mismo rango, idéntica fuerza y análogo fundamento de los que tuvo la Declaración individualista de los Derechos del Hombre.⁴

de cosas o de actividades, dentro del ámbito económico-social, frente a las personas y grupos que detentan el poder del Estado y frente a los grupos sociales dominantes. Definición tomada del Curso de Derechos Humanos del Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África.

<http://www.iepala.es/DDHH/ddhh1404.htm>

⁴ Mario de la Cueva, Instituciones y principios esenciales del Derecho mexicano de Trabajo, en Revista del Instituto de Derecho del Trabajo Dr. Juan B. Alberdi, cuad. 4, pp.14 y 15, citado por Guillermo Cabanellas de Torres y Luis Alcalá-Zamora y Castillo, *Tratado de política laboral y social*, 3ra. ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1982, T. II, p. 614.

Añade, Mario de la Cueva que:

en la Constitución mexicana de 1917, el derecho del trabajo se eleva a la categoría de derechos sociales protegidos por la Constitución, esto se deviene un haz de garantías sociales, que el orden jurídico asegura a toda persona que presta a otra un servicio personal.⁵

La Constitución mexicana de 1917 desarrolla, en su Art. 123 un conjunto bastante detallado de normas relativas la trabajo, mismo que cuenta con una extensión y detalle quizás excesivo, si se considera que la norma suprema del Estado debe contener únicamente los grandes lineamientos que la legislación debe desarrollar; siguiendo las pautas trazadas, sin contrariarlas ni divorciarse de ellas; sin embargo, ese desarrollo abundante y prolijo, cimentó las bases de principios y derechos que aún tienen vigencia en los actuales textos constitucionales.

La influencia ejercida por la Constitución mexicana se fue diseminando por todo el globo y la gran mayoría de países, en especial de Latinoamérica y, entre ellos el Ecuador, en cierta forma fueron acogiendo en el seno de sus cuerpos constitucionales preceptos relativos al trabajo, unos haciéndolos referencia en forma general, y, otros desarrollándolos ampliamente.

2.2.2. La Constitución alemana de 1919.

⁵Mario de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, 8va. ed., México, Porrúa, 1964, p. 179.

La Constitución de Weimar de 1919, también incorporó “un conjunto coherente de formulaciones laborales, de preponderante repercusión en los países europeos. Las más importantes disposiciones de tipo laboral que contenía esta Constitución, eran las siguientes: “...el trabajo está colocado bajo la protección particular del Estado” y éste creará un Derecho unitario del Trabajo; se propugnará una reglamentación internacional del trabajo; se reconoce la libertad de coalición y por ende el derecho de huelga; la inserción de los principios laborales como: la libertad de trabajo, derecho y obligación de trabajar y, subsidios por paro forzoso⁶.

La Constitución de Weimar de 1919, , fue promulgada después de la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial. En su artículo 153 señalaba:

La vida económica debe ser organizada conforme a los principios de la justicia y de modo que asegure a todos una existencia digna del hombre; y en el caso de que no pueda ser dada al hombre una ocupación conveniente, se le asegure los medios necesarios para su subsistencia.⁷

El artículo 156 de la Constitución de Weimar establecía una serie de normas generales para el establecimiento de toda clase de seguros y, para que obreros y empleados colaborasen en la determinación de las condiciones de trabajo y salario y, el artículo 157 pone el derecho al trabajo bajo la protección del Estado.⁸

⁶Guillermo Cabanellas, *op. cit.*, T. II. p. 615.

⁷ Curso de Derechos Humanos del Instituto de Estudios Políticos para América Latina y Africa. <http://www.iepala.es/DDHH/ddhh841.htm>

⁸ Curso de Derechos Humanos del Instituto de Estudios Políticos para América Latina y Africa. <http://www.iepala.es/DDHH/ddhh841.htm>

2.3. En el Ecuador.

En el Ecuador, “históricamente, una Constitución ha servido más como símbolo de legitimidad política para el poder, que como norma fundante de las demás en el ordenamiento jurídico”⁹. Esto, en la práctica, ha ocasionado la abundancia de constituciones que se han sucedido en la historia nacional (diecinueve, incluyendo una no promulgada), las que en muchos casos, poco difieren unas de otras, en especial en el siglo pasado. A pesar de lo señalado, resulta relevante para el presente estudio, el destacar cuales han sido los principales hitos laborales contenidos en las constituciones ecuatorianas, como mecanismo de ayuda para intentar un ensayo de periodización de los mismos.

En lo que a preceptos constitucionales del trabajo, a lo largo de la historia republicana del Ecuador, se pueden identificar claramente dos períodos.

El primero se inicia con la fundación de la República en 1830 y concluye en 1929, que a su vez, es el punto de inicio del segundo período que llega hasta nuestros días.

Dentro del primer período marcado, que abarca casi cien años de vida republicana, que se inicia con la convulsionada etapa de consolidación nacional y decurre dentro del intento de instauración del estado liberal en

⁹Alberto Wray Espinosa, "El Sistema Jurídico Ecuatoriano", en *Nueva Historia del Ecuador*, Enrique Ayala Mora, Editor, vol. XIII, Quito, Corporación Editora Nacional, 1995, p. 186.

nuestro país, podemos destacar que las disposiciones constitucionales relativas al trabajo son sumamente escasas en los primeros años de la República y no mantienen su continuidad en el tiempo. Una Constitución suprime las elementales disposiciones laborales de las que le precedieron, sin que exista una razón aparente para ello, a no ser la poca importancia que se le asignaba al tema del trabajo, que de paso era considerado por las clases dominantes como algo indigno y denigrante, como ya fuera señalado.

Las primeras constituciones ecuatorianas contuvieron muy escasas disposiciones relativas al trabajo. El trabajo en relación de dependencia era un óbice para ser ciudadano, a más de que, el goce de los derechos de ciudadanía se suspendían, entre otras cosas, por no ejercer alguna profesión o industria útil, sin relación de dependencia laboral. Por esta misma razón, se perdía la posibilidad de ser designado como elector, lo cual constituye otra prueba del concepto peyorativo del trabajo en relación de dependencia que existía en esa época. Se estableció el sufragio restringido y limitado a poseer cierta cantidad de bienes, que se conoce como voto censitario. Adicionalmente, se señalaba que los servicios personales no podrán ser impuestos a ninguna persona, salvo que lo prescriba una ley; debiéndose entender que esta disposición sólo era aplicable a las personas libres y no a los esclavos.

La prohibición de la esclavitud se da en la Constitución ecuatoriana de 1845, pero tal disposición que también fue incorporada por las

constituciones de 1850 y 1852, no fue puesta en práctica por razones económicas, sino años después.

La abolición de la esclavitud, trajo consigo modificaciones en las relaciones de producción. Apenas los negros liberados ingresaron al mundo del trabajo *libre*, éstos empezaron a ser sujetos de otras formas de explotación cuando sus antiguos dueños, que fueron indemnizados por el gobierno, les obligaban a suscribir contratos de trabajo por varios años, en condiciones que poco o nada les favorecía, que degenerarían a poco en la figura del concertaje.

La Constitución de 1850 tiene la particularidad de incorporar la garantía de la libertad de trabajo, esto es, que nadie está obligado a prestar servicios personales en contra de su voluntad; y, por otro lado, reconoce la facultad de escoger cualquier trabajo o actividad productiva, que no se oponga a la ley, buenas costumbres y a la seguridad o salubridad colectivas, disposiciones que en la práctica no pasaron de ser buenas intenciones.

La Constitución de 1861 elimina varios de los requisitos para ser ciudadano, entre ellos, el de capacidad económica y el que marginaba a las personas que laboraban en relación de dependencia, de la posibilidad de acceder a tal condición y, se van dejando de lado conceptos por los cuales se estigmatizaba al trabajo; y más bien mantiene el precepto que suspende los derechos de ciudadanía al vago declarado. Además se

elimina el voto censitario, pero se mantiene el requisito de capacidad económica para ser elegido, que se suprimirá en la Constitución de 1884.

Adicionalmente, la Constitución de 1878 garantiza, en forma expresa, la libertad de industria, que se verá complementada con aquella garantía consagrada por la Constitución de 1883, que admite al contrato de trabajo como único elemento vinculante para que los jornaleros y artesanos estén obligados a prestar sus servicios.

Uno de los hechos más destacables dentro de este período, es sin lugar a dudas, la eliminación de la prisión por deudas, que ocurre con la Constitución de 1906. Con tal eliminación se pudo dar paso a la supresión del concertaje, procedimiento por el cual los indígenas y negros eran sometidos y explotados. Éstos, al no poder cumplir con las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo que habían sido obligados a suscribir, ni pagar las deudas que habían acumulado con su patrono, eran encarcelados, permitiéndoseles salir a trabajar durante el día, para que con el producto de su trabajo pueda pagar sus deudas; hecho que no ocurría con facilidad, ya que debía seguir endeudándose para mantener a su familia.

El segundo período se inicia con la Constitución de 1929, que marca el comienzo de la nueva orientación que regirá el constitucionalismo ecuatoriano hasta nuestros días.

En efecto, y bajo la inspiración de la Constitución mexicana de 1917, la Constitución ecuatoriana de 1929, inicia en el Ecuador el denominado constitucionalismo social. Esta Constitución es la primera en el Ecuador en tratar el tema laboral en forma sistemática y efectiva, al incorporar disposiciones que abarcan múltiples aspectos, tales como: eliminar el apremio personal a título de servidumbre o concertaje; disponer la protección al trabajo, en especial de las mujeres y menores; regula lo relativo a los salarios mínimos, jornadas máximas de trabajo, descanso semanal obligatorio, establecimiento de seguros sociales, salubridad y seguridad de los establecimientos industriales, indemnizaciones por accidentes de trabajo, inembargabilidad de la remuneración, imposibilidad de descuento o compensación de los salarios, libertad de asociación y agremiación de obreros y patronos, prevé creación de Tribunales de Conciliación para la solución de conflictos laborales; dispone que la ley regule lo referente al paro y la huelga.

A raíz de la expedición de la Constitución de 1929, se llegó a dictar en 1938, el Código del Trabajo, cuerpo legal que desarrollará en forma efectiva las disposiciones constitucionales del trabajo.

Continuando con la corriente del constitucionalismo social, la Constitución de 1945, desarrolla e incorpora nuevos preceptos tales como: especial protección a los contratos colectivos de trabajo; principios de irrenunciabilidad, disminución o alteración de los derechos de los trabajadores; se desarrolla el concepto del salario familiar que se lo hace

efectivo mediante el sistema de subsidios infantiles; se establece que el salario es irreductible y que debe ser pagado con moneda de curso legal y por períodos no mayores a un mes; se señala expresamente el límite máximo de la jornada ordinaria y de las jornadas reducidas tanto en el subsuelo como la nocturna; se instituye el descanso semanal mínimo ininterrumpido y pagado de 42 horas; se reconoce el derecho de los servidores públicos a organizarse; el despido arbitrario debe ser indemnizado; la privación del huasipungo se interpreta como despido intempestivo; se prevé el aprendizaje; se reconoce el derecho a participar en las utilidades de la empresa; el salario se considera crédito privilegiado; se establecen las inspectorías del trabajo urbanas y rurales; se establece la absoluta gratuidad —para el trabajador— en la administración de la justicia del trabajo; se incorporan a la legislación nacional los convenios internacionales legalmente ratificados; se organiza y estructura el sistema de seguridad social, entre otros.

A pesar del escaso tiempo transcurrido entre las constituciones de 1945 y 1946, ésta última introduce nuevos elementos relativos al trabajo, demostrando la veloz transformación de esta rama del Derecho, tales elementos son: el deber del Estado de procurar trabajo a los desocupados; el establecimiento de los salarios mínimos por ramas del trabajo; prohibición a los empleados públicos para formar sindicatos; nadie puede ser obligado a sindicalizarse; los trabajadores de empresas e instituciones del servicio público no pueden declarar la huelga, sino en base a una reglamentación especial; se fija el porcentaje mínimo del 5% de utilidades

que deben repartirse entre los trabajadores de las empresas; se consagra el principio de que a igual trabajo igual remuneración, considerando únicamente la preparación y especialización en el trabajo; el principio de libertad de contratación siempre que no contravenga disposiciones legales.

La Constitución Política del Ecuador de 1967 incorpora las siguientes normas con contenido laboral: punibilidad de los llamados paros y de las huelgas de los servidores públicos en contravención a la ley; las acciones para reclamaciones derivadas del trabajo prescriben en el plazo fijado por la ley, contado desde la fecha de la terminación del trabajo; se ratifica que las vacaciones anuales son pagadas; se incrementa al 10% el porcentaje de pago de las utilidades de los trabajadores; los conflictos individuales del trabajo serán resueltos en juicios orales.

La Constitución Política del Ecuador de 1978, que luego de varias reformas, ha introducido nuevos elementos en las normas relativas al trabajo, como son: que la legislación del trabajo se sujetará a los principios del Derecho social; se garantiza la intangibilidad de los derechos de los trabajadores; solidaridad de la persona en cuyo beneficio se realice la obra o se ejecute el servicio, aunque el contrato se realice por intermediario, para el cumplimiento de las leyes sociales; señala cuales son los componentes de la remuneración para el pago de las indemnizaciones de los trabajadores.

Las reformas constitucionales efectuadas a lo largo de 1995, que se encuentran incorporadas en la codificación de la Constitución Política, publicada en el Registro Oficial N° 969 de 18 de junio de 1996, introducen: la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se la celebre ante autoridad competente; establece que en el sector público, el sector laboral estará representado por una sola organización laboral para todos los efectos de las relaciones laborales; hace la diferenciación de los organismos del sector público que regulan sus relaciones laborales por el Código del Trabajo y cuales no; se garantiza la contratación colectiva; y, el mejoramiento de las condiciones del trabajo de la mujer, en especial de la gestante, del sector informal, de la jefe de hogar y en estado de viudez.

Un hecho curioso que ocurrió en la reforma constitucional publicada en el Registro Oficial N° 863 de 16 de enero de 1996, pues no se modificó el texto del literal h) del Art. 31 de la Constitución, que decía: "Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y de los empleadores al paro, de conformidad con la ley". Pero, luego de la codificación de la Constitución Política de la República, efectuada por la Comisión Especial de Asuntos Constitucionales del Congreso Nacional, y que fuera publicada en el Registro Oficial N° 969, de 18 de junio de 1996, aquel texto decía: Art. 49.- literal j) "Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga **en sus respectivas empresas** y el de los empleadores al paro, de conformidad con la ley" (original sin negrilla, ni subrayado). La Comisión Especial de Asuntos Constitucionales del Congreso Nacional,

excediendo sus atribuciones al incluir la frase "**en sus respectivas empresas**", prácticamente extinguió a la huelga solidaria, "yerro" que debió ser enmendado.

Una nueva reforma a la Constitución de 1978, se introduce mediante Ley N° 38, publicada en el Registro Oficial N°199 de 21 de noviembre de 1997.

Esta reforma

prohíbe a cualquier título, la paralización de los servicios de energía eléctrica, agua potable, salud, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, educación, transportación pública y telecomunicaciones.

El Código Penal contemplará las sanciones pertinentes.

Esta reforma constitucional se produjo para procurar limitar una serie de paralizaciones que se venían produciendo en los servicios fundamentales y, que a más de convulsionar al país, generaban enorme malestar entre la población, de manera especial en la de bajos recursos, que no podía acceder a servicios privados de salud y educación. Pero, esta situación sirvió de pantalla para introducir otra reforma constitucional de mayor trascendencia, referente a los sectores de la economía, en la cual se suprimió las denominadas *áreas estratégicas de la economía*, viabilizando la privatización de las Empresas Públicas; proceso que junto al de "modernización del Estado" han ocasionado que miles de empleados públicos queden desempleados, con todas las consecuencias sociales negativas que ello implica.

Por su parte, la Asamblea Nacional Constituyente encargada de redactar la Constitución Política de la República que actualmente está en vigencia, no introdujo ningún cambio sustancial al tema laboral, manteniéndose los mismos preceptos de la Constitución de 1978, con sus correspondientes reformas.

Como se puede apreciar, las normas constitucionales relativas al trabajo, durante este segundo período, consagran una clara intervención del Estado en el manejo de las relaciones laborales, las cuales responden al modelo de sustitución de importaciones, mismo que ha sido reemplazado por el actual modelo económico aperturista.

Sin embargo de que las disposiciones constitucionales relativas al trabajo no han sido modificadas, algunos sectores muestran su preocupación porque en el Ecuador, desde 1990 se han expedido a espaldas de las normas constitucionales, leyes que de hecho flexibilizan las relaciones laborales, mediante la reducción de derechos y garantías de los trabajadores; tema que será analizado más adelante.

En suma, se puede señalar que las disposiciones constitucionales relativas al trabajo, a lo largo de la historia republicana, han ido desarrollándose de simples enunciados sin mayor trascendencia práctica, que era la tónica del primer período identificado; hasta llegar a conjuntos bastante elaborados de derechos, principios y garantías, característicos del Estado de Bienestar, que en el Ecuador no llegó a consolidarse como

tal, sino únicamente como un Estado asistencialista. Estos derechos y garantías, a través del denominado proceso de flexibilización de las relaciones laborales, están siendo restringidos en la práctica, siguiendo la tónica marcada por los Organismos Financieros Internacionales.

3. Principios Constitucionales del Derecho Laboral

Las ocho primeras décadas del siglo pasado se caracterizaron, en lo que al modelo de producción se refiere, por el dominio casi absoluto del Taylor-Fordista. El primero de ellos, mediante la denominada Organización Científica del Trabajo (OCT), que consistía

fundamentalmente en separar las funciones de planificación de tareas y ejecución de las mismas, a la par que se desintegraba al máximo el proceso de trabajo. La primera medida lograba racionalizar científicamente la producción, al hacer que la planificación fuera externa a quien la ejecutaba; logrando así el mayor rendimiento; con la segunda se lograba la incorporación de la fuerza de trabajo descalificada.¹⁰

De su lado el Fordismo, se caracterizó por la automatización del proceso productivo a través de la cadena de montaje y la cinta transportadora, lo que llevó a una forma de *producción en masa, que requería de un consumo en masa*. La pregunta lógica surgida en los años 20 fue: “¿quiénes serían los consumidores en masa? A los cual Ford respondió los asalariados”¹¹. Su famosa frase resume adecuadamente ese hecho: El obrero que fabricara automóviles debía ganar lo bastante como para poderlos comprar. De esta forma se genera el denominado círculo virtuoso —mayor producción, mayores ganancias, mayor capacidad de compra de los asalariados—.

¹⁰ Elías Jaua Milano. *Del fordismo a la flexibilidad laboral: supuestos, crisis y realidades de la regulación social*. Foro de Economía Política. 1997. <http://www.red-vertice.com.fep/texto04.htm>

¹¹ Elías Jaua Milano. *op. cit.*

Para el adecuado funcionamiento del círculo virtuoso debía existir un sustento político que asegure su vigencia, mismo que estuvo dado por el Estado de Bienestar, cuyas reglas a nivel social se pueden resumir en:

- i. Un salario monopólico caracterizado por una contractualización a largo plazo de la relación salarial y por un sincronismo marcado entre el salario nominal y el costo de la vida; estos dos elementos permiten la extensión y permanencia del consumo de los asalariados;
- ii. La instauración del salario indirecto a través de las prestaciones sociales e instituciones de bienestar (educación, Seguro Social, recreación; subsidio a los bienes, etc.) para garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo y acrecentar la capacidad de consumo.
- iii. La estructuración de la asistencia social o políticas sociales destinadas a preservar las reservas de mano de obra (desocupados).¹²

Si bien es cierto, en la mayoría de países de Latinoamérica no llegó a consolidarse el Estado de Bienestar, de manera especial en lo que a sus beneficios se refiere, muchos de sus efectos normativos si fueron recogidos por la legislación, prueba de ello es lo ocurrido por las normas constitucionales del trabajo.

El sistema tradicional de relaciones laborales fue desarrollándose a la luz de los principios que orientaban al Estado de Bienestar, por lo que en él se nota la fuerte intervención del Estado, tanto por haberse convertido en el principal generador de empleo, como mediante la expedición de normas heterónomas tendientes a proteger a la parte más débil de la relación laboral, por su limitada o ninguna capacidad de negociación frente a su empleador. Tales normas, además propendían a que el trabajador se vincule con su empleador en forma permanente y estable, para desarrollar una tarea determinada, definida, a cambio de una remuneración fija, que debía ser dotada de una serie de garantías especialmente por

¹² Antonio Negri. *Jhon M. Keynes y la teoría capitalista del estado de bienestar*, citado por Elías Jaua Milano, *op. cit.*

representar la principal o única fuente ingresos de la familia del trabajador.¹³

Es en consideración a la menor o ninguna capacidad de negociación de los trabajadores, que el Estado interviene en las relaciones entre particulares, efectuando una discriminación positiva, y regulando las relaciones laborales; intervención que cobra mayor fuerza al incorporarse un conjunto de principios, derechos y garantías en los textos constitucionales, los cuales deben ser desarrollados por la legislación laboral y demás fuentes de origen no estatal, pero siempre procurando tutelar a la parte más débil de la relación jurídico laboral.

A continuación se analizarán los más importantes principios recogidos en forma expresa por la Constitución Política del Ecuador y que se ven afectados por la flexibilización y desregulación laborales. Adicionalmente, se abordaran aquellos principios consagrados por las Declaraciones y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, y los principios que, proviniendo de la doctrina, son acogidos por la jurisprudencia.

3.1. Los principios expresamente consagrados.

¹³ Oscar Emida Uriarte. *Globalización y relaciones laborales*. Ponencia presentada en el III Congreso de Relaciones Laborales. Lima. 1999.
<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sala/er mida/globaliz/index.htm>

3.1.1. El principio protector

“Históricamente el derecho del trabajo surgió como consecuencia de que la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Inclusive las más abusivas e inicuas.”¹⁴ Es por esto que ante la limitada o inexistente capacidad de negociación del trabajador frente a su empleador, como ya fuera indicado, y de que por cada puesto de trabajo que se ofrezca hay un sin número de aspirantes que lo aceptarían incluso en condiciones inferiores a las previstas por la ley, con tal de procurarse un ingreso. El Derecho del trabajo debe efectuar una discriminación positiva, para lograr un equilibrio material; en oposición a lo que ocurre en el derecho común, en donde la característica es la igualdad ante la ley.

Queda evidenciado que el principio protector se constituye en la columna vertebral de toda la legislación laboral y su propósito fundamental es “compensar la desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador”¹⁵

Por lo anteriormente señalado es que, el Art. 35 de la Constitución Política del Estado, señala que: “El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia”.

¹⁴ Américo Plá Rodríguez, *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 25.

El principio protector está además recogido por el numeral 6) del Art. 35 de la Constitución, que dice: "En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores". Lo cual se ve acogido y desarrollado por el Art. 7 del Código del Trabajo.

En la aplicación práctica del principio de protector, se presentan tres posibles situaciones:

- a) La regla *in dubio pro operario*. Criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.
- b) La regla de la norma más favorable. Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.
- c) La regla de condición más beneficiosa. Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.¹⁶

A continuación se revisarán cada una de estas posibles situaciones:

A. Queda claro, que según la regla del "in dubio pro operario", en caso de duda se deben interpretar las normas laborales en el sentido que más favorezca al trabajador, pero, tal interpretación no puede estar divorciada del bien común que debe perseguir toda sociedad y, so pretexto de interpretación, una persona o un pequeño grupo se beneficien excesivamente, en desmedro de todo el conglomerado social. Igualmente, la aplicación de este principio no significa que las autoridades

¹⁵ Américo Plá Rodríguez, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶ Américo Plá Rodríguez, *op. cit.*, p. 40.

administrativas o judiciales encargadas de realizarlo, estén facultadas a crear nuevas normas.

En este punto, resulta de especial interés el conocer cuales son los criterios que deben primar en la interpretación de las normas laborales:

a) el tuitivo, por el que debe prevalecer la interpretación más favorable al trabajador, en caso de duda; b) el de la permanencia en el empleo, por el cual la interpretación debe hacerse a favor de la subsistencia del contrato de trabajo, y no por su disolución; c) el de la irrenunciabilidad de los derechos laborales; d) el de respeto a las condiciones más beneficiosas al trabajador; e) el de responsabilidad de empresarios y trabajadores respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales.¹⁷

Quizás debería considerarse un criterio adicional, por el cual, la interpretación no ocasione la extinción de la fuente de trabajo.

Para ubicarnos en la primera situación, hay que considerar que exista una norma ambigua, que puede ser interpretada de varias maneras¹⁸, todas ajustadas a derecho; y que el intérprete efectivamente dude del sentido en que debe aplicarla; en tal caso deberá hacerlo en el más

¹⁷Guillermo Cabanellas, *Compendio de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Omeba, 1968, T. I, p. 235.

¹⁸Antes de interpretar la norma, el interprete deberá considerar: a) si la norma es clara, no hay que desnaturalizarla en búsqueda de su espíritu; b) las palabras se entenderán según su sentido natural, salvo que, quien dictó la norma las use con otro sentido; c) en caso de ser evidente la voluntad de creador se estará a ella; d) no deberán hacerse distinciones o excepciones si la norma es generales y absolutas; e) la excepción confirma la regla en los casos no exceptuados; f) la ley anterior se entiende reformada o derogada cuando la posterior lo expresa; g) en materia favorable, las palabras deben entenderse con la mayor amplitud; h) la ley

favorable al trabajador; por considerarse —como se ha insistido tantas veces— la parte económicamente débil de la relación laboral.

De otro lado, en la interpretación de la norma ambigua en el sentido más favorable al trabajador, el intérprete debe procurar el beneficio no sólo de un trabajador individualmente considerado, sino por el contrario, el beneficio de un grupo de trabajadores más o menos numeroso, o de la clase trabajadora en general.

El interprete, sea este judicial o administrativo, no debe abusar del principio *in dubio pro operario* y convertirlo en un mecanismo de creación de normas.

B. En la segunda situación, es decir en aquella que existen dos o más normas aplicables al caso en particular, le corresponde a la autoridad administrativa o judicial, que conoce del asunto, el decidir cual es la norma que se debe aplicar; lo cual reviste mayor complejidad por las particularidades del Derecho del Trabajo, pues se ve alterada la jerarquía de las fuentes del Derecho del Trabajo, que según Mario de la Cueva, tienen una función distinta a las del Derecho Civil, en el cual su objeto es llenar lagunas de la ley, pero en lo laboral es mejorarla en beneficio de los trabajadores¹⁹.

que concede o permite lo más, concede o permite lo menos; i) si la ley prohíbe lo menos, también prohíbe lo más.

¹⁹Mario de la Cueva, *op. cit.*, p. 392.

La Corte Suprema de Justicia, en varios fallos a recogido este precepto, como por ejemplo en el de 2 de octubre de 1980, que dice:

El principio de interpretación de las leyes, en el sentido más favorable para los trabajadores, alcanza una novísima dimensión en la Carta Política aprobada en 1978 y publicada en el Registro Oficial No. 800, pues, no sólo las leyes laborales sino el contrato mismo de trabajo individual o colectivo, si adolecieren de obscuridad, se aplicarán en cuanto pueden favorecer de mejor modo al trabajador, lo cual constituye inequívoca decisión del Legislador en orden a procurar un margen más amplio de defensa y una tuición jurídica más firme para el trabajador en el contrato de prestación de sus servicios personales. Si en estos términos el texto constitucional propicia un sistema de más amplia seguridad en las relaciones obrero-patronales, es incuestionable que los juzgadores llamados a aplicar los preceptos del derechos social deben considerar la irrevocable intención legislativa que se deja descrita, para expedir los fallos en las controversias sometidas a su decisión y estudio conforme a ese inequívoco criterio.²⁰

C. La tercera situación, esto es, de la condición más beneficiosa está recogido por el numeral 3) del Art. 35 de la Constitución ecuatoriana, que señala: “El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento.”

Al designarse a los derechos de los trabajadores como intangibles, se pone de manifiesto que el legislador deberá inhibirse de expedir normas que restrinjan, limiten o disminuyan derechos laborales originados en fuente estatal; tampoco podrán disminuirse las condiciones más beneficiosas cuyo origen sea un fuente no estatal; obviamente, en todo aquello que

²⁰Gaceta Judicial, Serie XII, No. 10, p. 2184.

perjudique a los trabajadores; ya que, resultaría un contrasentido que la propia Carta Fundamental admítase que existan disposiciones normativas que no pueden ser sujetas a modificación o reforma en beneficio de los trabajadores, o que ciertos derechos no puedan ser sustituidos por otros que brinden mejores beneficios a los trabajadores. Cualquier otra interpretación contrariaría el principio protector y la naturaleza dinámica del relaciones laborales.

La citada norma constitucional señala que el Estado debe tomar medidas para la ampliación y mejoramiento de los derechos de los trabajadores, lo cual es coherente con la auto definición del Ecuador como estado social de derecho que realiza el Art.1 de la Constitución; definición que, en lo referente al trabajo, es desarrollada ampliamente por los Arts. 35 y 36 ibídem. Pero que a lo largo de todo el texto constitucional es complementada por otras disposiciones, como por ejemplo la del numeral 20 del Art. 23, que consagra el derecho de la población a una calidad de vida, que entre otras cosas se logra mediante el acceso a fuentes de trabajo, que permitan la obtención de bienes materiales para la satisfacción de las necesidades fundamentales de sus habitantes.

De su parte, el Art. 242, al determinar cuales son los principios fundamentales que rigen al sistema económico y establece que el mismo deberá “asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios, y a la propiedad de los medios de producción”; mediante la consecución de los

objetivos permanentes de la economía que establece el Art. 243 de la Carta fundamental, en cuyo numeral 4, se dice: “la eliminación de la indigencia, la superación de la pobreza, la reducción del desempleo y subempleo; el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, y la distribución equitativa de la riqueza”; para lo cual; y dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: “Incentivar el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar subsidios específicos a quienes los necesiten” (Art. 244 #10).

El principio de intangibilidad derechos de los trabajadores como parte del principio protector, es quizás la más clara muestra de la intervención del Estado en las relaciones laborales entre particulares, en procura de beneficio para la parte más débil de la relación jurídico laboral; pero que en la práctica no se plasma en acciones concretas; es más, en el Ecuador desde principios de los años noventa, se han expedido varias leyes que flexibilizan las relaciones laborales, disminuyen derechos y garantías laborales, contrariando la intangibilidad aquí analizada; tema que será abordado en el capítulo quinto de este trabajo.

3.1.2. Principio de irrenunciabilidad de derechos.

La Constitución Política de la República en el numeral 4 del Art. 35, recoge el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, en los siguientes términos:

Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración. Las acciones para reclamarlos prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contado desde la terminación de la relación laboral.

Norma constitucional que es desarrollada por el Art. 4 del Código del Trabajo.

Por irrenunciabilidad se debe entender a aquella limitación de la autonomía de la voluntad, de orden público, tendiente a evitar que un trabajador se desprenda de uno o más de sus derechos, en especial los nacidos de la protección mínima legal, en favor o beneficio de su empleador o futuro empleador.

La irrenunciabilidad de derechos es propia del Derecho del Trabajo, ya que, en el Derecho Civil, ocurre precisamente lo contrario, por cuanto existe la posibilidad de renunciar a ciertos derechos que atañen al interés particular del renunciante, siempre que se lo consienta en forma libre y voluntaria, y no perjudique a un tercero; así lo señala el Código Civil, en su Art. 11 que en forma expresa dice: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia."

La irrenunciabilidad de derechos tiene íntima relación con la transacción y con la intangibilidad de los derechos laborales. Por transacción se ha de entender el proceso en el cual, cada una de las partes de un conflicto,

hacen concesiones mutuas con miras a encontrar una fórmula de concluirlo.

El numeral 5 del Art. 35 de la Constitución señala: “Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”.

La transacción laboral debe ser entendida como la posibilidad de que trabajadores y empleadores lleguen a un avenimiento dentro de un proceso judicial, a base de concesiones mutuas, las cuales podrán versar únicamente sobre derechos en litigio o cuestionados, es decir, meras expectativas hasta que exista un pronunciamiento de última instancia debidamente ejecutoriado; y, donde reconociéndolos se los pueda valorar en dinero. El juez deberá velar que no se transija ni se renuncien derechos ciertos, por cuanto tal transacción estaría viciada.

El juez que conozca de un conflicto individual de trabajo tiene la obligación de convocar a las partes en conflicto a una audiencia de conciliación, y en ésta, usando todos los medios aconsejados por la prudencia y equidad, debe procurar la conciliación, en los términos del Art. 1065 del Código de Procedimiento Civil, conciliación que se viabilizará a través de una transacción.

El fallo de casación emitido por la Tercera Sala de lo Laboral y Social, el día 04 de septiembre de 1996, señala:

... En lo laboral cualquier transacción no es para renunciar derechos, sino para reconociéndolos determinar su valor en dinero. No puede ser el acta de finiquito un medio para perjudicar a la parte débil en la contienda o sea al trabajador, y por ello el juzgador dentro de un proceso debe analizar en forma severa inequívoca y precisa si el acta refleja o no situaciones de perjuicio al trabajador.²¹

Finalmente, es plenamente comprensible y de hecho necesario que no exista la posibilidad de que el trabajador renuncie en forma general y anticipada a sus derechos, en especial al iniciar la relación laboral y mientras decurra ésta; en primer lugar, por contrariar a la esencia misma del Derecho del Trabajo, social y tuitivo. En segundo lugar, de admitirse la posibilidad de renuncia, muchas personas ante la necesidad de procurarse ingresos económicos estarían sujetos a fuertes presiones para admitir salarios inferiores a los mínimos legales, jornadas mayores a las máximas permitidas, renuncia a la afiliación al Seguro Social, estabilidad, en fin, todos los abusos imaginables; es más, de admitirse tal despropósito, muchos empleadores condicionarían la concesión de un trabajo a la renuncia general y anticipada de todos los derechos del trabajador, o simplemente incluirían cláusulas al respecto en los correspondientes contratos de trabajo.

²¹Registro Oficial N°36, 30 de Septiembre de 1996.

3.3.3. Estabilidad o Continuidad de la Relación Laboral.

El principio de la continuidad de la relación laboral también denominado estabilidad laboral, se podría definir como

el derecho que tiene el trabajador para conservar su puesto hasta cuando adquiriera el derecho a la jubilación o a la pensión de invalidez, sin que antes sea lícito declararle cesante, a menos que concurran las causas taxativamente determinadas en la ley. La legislación positiva de los pueblos ha optado por dos caminos para garantizar a los trabajadores la estabilidad: en el uno se prohíbe simple y llanamente el despido del trabajador sin causa, y en el otro se trata de evitarlo mediante la condena al pago de indemnizaciones de parte del empleador que despide ilegalmente a sus trabajadores.²²

Este principio debe ser entendido partiendo de la premisa de que el contrato de trabajo es uno de aquellos denominados de tracto sucesivo, por el cual sus efectos se prolongan en el tiempo, aun cuando, ciertas condiciones como la remuneración pueden variar, siempre en beneficio del trabajador, e inclusive, en algunos casos, para la modificación de las condiciones de trabajo se requiere de autorización del trabajador, como por ejemplo para el cambio de ocupación —garantía duramente combatida por la flexibilidad laboral, misma que será analizada más adelante—.

El principio de continuidad de la relación laboral tiene claras manifestaciones en el Código del Trabajo, tales como aquella contenida en el Art. 186, que señala: “Prohibición de desahucio.- Prohíbese el

²²Julio César Trujillo, *Derecho del trabajo*, T. I, 2da. ed., Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1986, p. 207.

desahucio dentro del lapso de treinta días, a más de dos trabajadores en los establecimientos en que hubiere veinte o menos, y a más de cinco en los que hubiere mayor número”. Igualmente, el 2do inciso del Art. 184 manifiesta: “En los contratos a plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables, su terminación deberá notificarse cuando menos con treinta días de anticipación, y de no hacerlo así, se convertirá en contrato por tiempo indefinido”.

Otra de las concreciones del principio de continuidad de la relación laboral en el Código del Trabajo, son las relaciones laborales tácitas, que al no tener un plazo determinado, son consideradas como indefinidas. Igualmente, la omisión del requisito de otorgar por escrito un contrato de trabajo de los que la ley exige que cumplan esta formalidad, generaría una relación laboral indefinida, misma que para darla por terminada por voluntad unilateral del empleador, genera la obligación de pagar indemnizaciones laborales. En idéntica forma, la falta de desahucio por parte del empleador a un contrato de trabajo a plazo fijo, ocasiona que la relación laboral se convierta a tiempo indefinido. Finalmente, se debe tener presente que el empleador solo puede dar por terminadas las relaciones laborales por las causales taxativamente especificadas por el Art. 172 Código del Trabajo y, previo visto bueno de la autoridad del trabajo; fuera de ellas, cualquier terminación es arbitraria y considerada como despido intempestivo; por tanto, sujeto al pago de indemnizaciones laborales.

Los contratos por tiempo fijo no pueden celebrarse por menos de un año ni renovarse más de una vez, desafortunadamente, el Código del Trabajo no especifica cuales serán los efectos de los contratos suscritos con violación de estas disposiciones, es decir por menos de un año o que han sido renovados más de una vez; pero, se ha de entender que tales cláusulas son nulas, por cuanto todo acto prohibido por la ley es nulo; nulidad que por cierto, sólo podría ser invocada por el trabajador de conformidad con lo señalado por el Art. 40 del Código del Trabajo; por lo cual la relación laboral subsistiría en forma indefinida; así lo sostiene el Dr. Julio César Trujillo, cuando menciona:

Las cláusulas nulas de un contrato de trabajo no anulan el contrato, sino que éste es válido pero ya no con las cláusulas nulas, sino con lo que, al respecto, dispone la ley, que, en este caso, dice que los contratos en los que no se estipula el tiempo de duración, son por tiempo indefinido.²³

En caso de haberse violado la estabilidad, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización, calculada en la forma establecida por el Art. 35 numeral 14 de la Constitución Política y Art. 95 del Código del Trabajo; garantía laboral que en la práctica es burlada permanentemente, toda vez que, para exigir su pago el trabajador debe recurrir a un proceso judicial, trámite de por sí muy dilatado; y, que al no establecerse en el Código del Trabajo el pago de intereses sobre las indemnizaciones, constituyendo un buen negocio para ciertos empleadores despedir intempestivamente a sus trabajadores, y esperar que concluya el juicio

²³Julio César Trujillo, *Ley No. 133*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1992, p. 19.

laboral, para recién pagar tales indemnizaciones, las cuales se ven reducidas por la inflación.

Es necesario aclarar que el ejercicio del principio de la continuidad de la relación laboral es potestativo del trabajador, pues cualquier interpretación diferente reviviría la figura del concertaje, que era una forma disfrazada de esclavitud. De igual manera, todo intento por parte de empleador para obligar a un trabajador, para que contra su voluntad continúe a su servicio, atenta contra disposición del numeral 17 del Art. 23 de la Constitución Política del Estado, que consagra: “La libertad de trabajo. Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso”. Sin embargo cabe señalar que, el Código del Trabajo, en su Art. 190 establece una indemnización por parte del trabajador a favor de su empleador, cuando el primero abandona el trabajo sin notificarle con la debida anticipación; disposición que se justifica en el hecho de que el empleador requiere de cierto tiempo para encontrar un reemplazo.

Finalmente, como se puede apreciar, la estabilidad constituye una de las más clara intervenciones del Estado en el manejo de las relaciones laborales y, como se había mencionado anteriormente, era uno de los requisitos fundamentales para que funcione el círculo virtuoso del modelo de producción fordista; hoy atacada apasionadamente por las corrientes flexibilizadoras, que ve en ella el origen de la falta de competitividad y productividad, en la nueva economía aperturista; tema que será analizado a detalle en el próximo capítulo.

3.2. Los principios en los instrumentos internacionales.

Los principios y derechos relativos al trabajo que consagran los convenios y tratados internacionales son admitidos como una fuente del Derecho del trabajo en el Ecuador; por cuanto, la Constitución Política de Ecuador expresamente manifiesta:

Art. 17.- El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes.

Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 1 del Código del Trabajo desarrolla los preceptos constitucionales, cuando señala: "las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicables en los casos específicos a los que ellos se refieren".

A continuación se señalarán los principales instrumentos internacionales, ratificados por el Ecuador, que hacen referencia al trabajo.

A. Los derechos relativos al trabajo, consagrados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos son:

Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 23. 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... Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a toda su familia, un existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otro medio de protección social.

Artículo 25. Toda persona tiene derecho ... a los seguros... en caso de desempleo, por falta de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.²⁴

B. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, adoptado por la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966, consagra los siguientes derechos laborales:

El derecho a trabajar; a una remuneración mínima; un salario igual por igual trabajo, sin discriminación por razones de sexo, raza, nacionalidad, etc.; seguridad e higiene en el trabajo; igualdad de oportunidades para ser promovido en el centro de trabajo; el descanso, vacaciones y la libertad de usufructuarlos; y, a condiciones de existencia digna. Además garantiza el derecho a la huelga y a la sindicalización y, el derecho de toda persona a la seguridad social²⁵.

C. De su lado, la Carta de la Organización de Estados Americanos, en su capítulo VIII referente a las normas sociales dice:

²⁴Organización de las Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas*, 3era. ed., Nueva York, Naciones Unidas, 1969, p. 653.

Artículo 43. Los Estados Miembros convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

- b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel de vida decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en sus años de vejez o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.
- h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social.

Artículo 44. Los Estados Miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad.²⁶

D. La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, fue adoptada el 22 de noviembre de 1969. Los derechos de tipo laboral que consagra no son muy numerosos: prohíbe la esclavitud y la servidumbre; el trabajo forzoso u obligatorio; y, admite la libertad de asociación con fines laborales. Pero, deja abierta a posibilidad de que se incorporen otros derechos y libertades.

E. El Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, adoptado el 17 de noviembre de 1988 y que entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999, en materia laboral señala:

Art. 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

²⁵ Máximo Pacheco, *Los derechos humanos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 147 -157.

²⁶José Caicedo Castilla, *El Derecho Internacional en el Sistema Interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1970, p p. 557-559.

y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o acepta.

2. Los Estados Partes se comprometen adaptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Art.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 Estado 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.
- c. El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- 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 cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

Art. 9.- Derecho a la seguridad social.

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependencias.²⁷

F. La IX Conferencia Internacional Americana, dictó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dentro de la cual se consagran los siguiente derechos de los trabajadores:

²⁷ Máximo Pacheco, *op. cit.*, pp. 271 -283.

Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí y su familia.

Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Artículo XXXVII. Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.²⁸

G. La Organización Internacional del Trabajo, cuya vigencia data de 1919, se encarga de fijar normas internacionales del trabajo, en forma de convenciones y recomendaciones, y ofrece una tribuna mundial para dilucidar cuestiones sociales y laborales.

La creación de la OIT fue producto de la convicción de que la justicia social es el requisito fundamental para garantizar la paz universal; por lo que, en los momentos actuales,

la OIT debería prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo.²⁹

²⁸Casa de la Cultura Ecuatoriana, *Principales Instrumentos Internacionales*. Quito. Casa de la Cultura Ecuatoriana. 1960, p. 123-128.

²⁹Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org>.

Como una respuesta a las exigencias de la economía mundial globalizada, que tiene a redistribuir el empleo, generando graves problemas en los países pobres,

La misión de la OIT es mejorar la situación de los seres humanos en el mundo del trabajo... [y]...promover oportunidades para que los hombres y mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad y seguridad y dignidad humana.³⁰

Para lograr la misión referida, la OIT ha visto la necesidad de contar con un instrumento que constituya el reconocimiento universal de por lo menos un mínimo de derechos y garantías para los trabajadores, es así como

la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, [que fue] adoptada en la 86 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 18 de junio de 1998, reafirmó el compromiso universal de los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, de respetar, promover y aplicar los principios de la libertad sindical, el reconocimiento real del derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la erradicación del trabajo infantil y la supresión de toda discriminación en el empleo y la ocupación³¹.

La Declaración pone de relieve que todos los Estados Miembros están obligados a respetar los derechos fundamentales que son objeto de los correspondientes convenios, ratificados o no, toda vez que los Estados han decidido

³⁰ Memoria del Director General de la OIT: Trabajo Decente. Conferencia Internacional de Trabajo, 87ª reunión, Ginebra, junio de 1999.

<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

³¹ Organización Internacional del Trabajo.

<http://www.ilo.org/public/spanish>

incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas³²

H. En el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones, el Convenio Simón Rodríguez de integración Socio - Laboral, fue suscrito por los Ministros de Trabajo del Área Andina, en Caracas, el 26 de octubre de 1972, el mismo que tiene por objeto adoptar estrategias y planes de acción que orienten la actividad de los organismos subregionales y nacionales, de modo que las medidas tendientes a alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena, conduzcan al mejoramiento integral de las condiciones de vida y de trabajo de los países de la Comunidad Andina de Naciones.

Algunos de los aspectos sobre los cuales los Gobiernos deben conceder atención prioritaria para el tratamiento de los problemas socio-laborales de la integración subregional señalados en el Art. 3 del Convenio, son:

la armonización de las normas jurídicas laborales y de seguridad social; la coordinación de políticas y acciones, tanto en el campo de la seguridad social, como conducentes de una adecuada utilización de los recursos humanos y a la solución de los problemas del desempleo y subempleo; el establecimiento de un régimen que facilite la movilidad de la mano de obra Subregión; la participación de los trabajadores y empleadores en los procesos de desarrollo y la integración subregional³³.

³² Organización Internacional del Trabajo.

<http://www.ilo.org/public/spanish>

³³ Julio César Trujillo, *op. cit.*, 1986. p. 65.

3.3 Los principios en la doctrina.

La doctrina tiene como función informar a los operadores jurídicos sobre el correcto alcance e interpretación que se debe dar a determinada institución jurídica; aclarando puntos oscuros o ambiguos del Derecho, interpretándolo y contribuyendo al desarrollo de la ciencia jurídica; así como también, procurando llenar sus lagunas.

En el caso particular del Derecho del Trabajo, existen varios principios que los laboristas han ido construyendo, muchos de los cuales son una derivación de los principios generales del Derecho, que sin embargo, por las peculiaridades de esta rama jurídica, han adquirido características propias, por lo que son dignos de considerarse.

Entre los más importantes principios del Derecho Laboral están:

A. El principio de la primacía de la realidad "significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos"³⁴. Este principio adquiere especial importancia en materia laboral, ya que tiende a evitar que el empleador eluda sus obligaciones como tal, al disfrazar la relación laboral, simulando una realidad de diversa naturaleza, con la intención de perjudicar a su trabajador o incluso a terceros.

³⁴Américo Plá Rodríguez, *op. cit.*, p. 243.

El inciso segundo del artículo 12 del Código del Trabajo señala: "A falta de estipulación expresa, se considera contrato tácito toda relación de trabajo entre empleador y trabajador".

El Art. 21 *ibídem*, añade:

Condiciones del contrato tácito.- En los contratos que se consideren tácitamente celebrados, se tendrán por condiciones las determinadas en las leyes, los pactos colectivos y los usos y costumbres del lugar, en la industria o trabajo de que se trate. En general, se aplicarán a estos contratos las mismas normas que rigen los expresos y producirán los mismos efectos".

Como se puede apreciar este principio está directamente relacionado con el principio protector, ya analizado, pues, el legislador, en su afán de tutelar los derechos de los trabajadores, supone la existencia una relación laboral tácita; en cuyo caso y de suscitarse un conflicto individual de trabajo, se invierte la carga de prueba, correspondiéndole al supuesto empleador desvirtuar la existencia de dicha relación laboral.

B. Otro de los principios que menciona la doctrina es el de razonabilidad o racionalidad, por el cual tanto trabajadores como empleadores deben proceder conforme la razón. Lo dicho, cobra particular importancia, si se considera que la parte empleadora, se encuentra en una situación de ventaja frente a sus trabajadores por ser quien decide la forma, tiempo y lugar en que se ha de desarrollar el trabajo, así como también, le corresponde arbitrar la imposición de medias disciplinarias y correctivas; decisión que no debe ser confundida con discrecionalidad absoluta ni con legitimación de procedimientos arbitrarios.

Este principio viene a convertirse en un freno de ciertas facultades cuya amplitud pueden prestarse a arbitrariedades; o en una especie de banda elástica aplicable en aquellas situaciones particulares que no pueden ser

normadas, por cuanto responden a las características propias y especialísimas de cada relación laboral.

C. Otro de los principios que menciona la doctrina es el de buena fe y, en materia laboral ésta debe ser observada tanto por el empleador como por el trabajador, desde el inicio de la relación laboral y durante todo el decurrir de aquella.

El trabajador que para obtener el puesto de trabajo presentare a sabiendas información o certificaciones falsas o alteradas con el ánimo de sorprender a su empleador, incurre en falta de probidad, ya que el empleador posiblemente celebró el contrato considerando la experiencia y preparación del individuo, o al menos, esta información pudo influir notablemente al momento de estipular la remuneración.

En esta situación el Código del Trabajo hace una distinción entre la falta de buena fe del empleado privado y del obrero; en el primer caso, el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo y despedirlo sin que medie ninguna formalidad previa; y, en el caso de los obreros, puede dar por terminado el contrato de trabajo previa la concesión de visto bueno por parte de la Autoridad del Trabajo, invocando la causal tercera del Art. 172 del Código del Trabajo; pero, en ninguno de los dos casos el empleador podría solicitar la declaratoria de nulidad del contrato, ya que este hecho está reservado únicamente para el trabajador, de conformidad con lo prescrito por el Art. 40 del citado cuerpo legal.

Otra posible falta de buena fe por parte del trabajador, se presenta cuando éste no cumple la obligación señalada en el Art. 45 literal h) del Código del Trabajo y revela deliberadamente secretos técnicos, comerciales, de propiedad industrial o intelectual de su empleador y le ocasiona perjuicios; en este caso, también puede solicitar la terminación de la relación laboral, previo visto bueno, independientemente de las acciones de tipo penal por haber incurrido en el delito tipificado en el Art. 361 del Código Penal.

D. El principio de no discriminación arbitraria, que nace de la igualdad de todas las personas ante la ley y, de la prohibición de discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, filiación política o de cualquier otra índole, origen social o posición económica o nacimiento.

En materia laboral únicamente consta recogido, en forma expresa, el principio de igualdad de la remuneración, por el cual se establece que a igual trabajo igual remuneración, sin distinción de sexo, raza, nacionalidad o religión; debiendo tenerse en cuenta la especialización y práctica en la ejecución del mismo, al momento de fijarla.

La no discriminación arbitraria no debe limitarse a la remuneración sino que debe ser considerada en todos los aspectos de la relación laboral, e incluso desde la etapa anterior a su nacimiento, por cuanto, ciertos

empleadores no contratan a personas discapacitadas, o personas de otra religión, filiación política, etnia, etc.

E. Gratuidad de la administración de justicia en asuntos laborales, es otro de los importantes principios, pues, a través de él se pueden viabilizar los principios de protección y tutela a los trabajadores. Este principio alcanza tanto a los procesos judiciales como a los trámites administrativos laborales, especialmente en lo que a los trabajadores se refiere.

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 207 de la Constitución Política, que señala: “En los casos penales, laborales, de alimentos y de menores, la administración de justicia será gratuita”. De la disposición transcrita, queda evidenciado que la administración de justicia en materia laboral es gratuita; pero, tal disposición constitucional se encuentra ubicada dentro del título correspondiente de la Función Judicial, quedando la duda latente, si es que la gratuidad también se extiende a los trámites administrativos laborales que se ventilan ante el Ministerio del Trabajo.

4. El nuevo modelo económico aperturista y el manejo de las relaciones laborales

Como ya fuera indicado,

un reconocimiento prácticamente unánime establece que la ley laboral tiene como un verdadero principio general la protección del trabajador, [y] justifica por sí solo la intervención estatal en la emisión de las normas, en la vigilancia de su cumplimiento efectivo, y en la aplicación específica. Sin embargo, un objetivo adicional también importante, y no expresamente declarado parece ser ...el mantenimiento de un modelo de desarrollo [de sustitución de importaciones] que presuponía un mercado de trabajo cautivo y estrictamente regulado.³⁵

Considerando que el Ecuador ha dejado de lado el modelo económico de sustitución de importaciones —a pesar de que nunca llegó a consolidarse del todo— y, se ha emprendido en un modelo de apertura al comercio exterior y al capital extranjero³⁶; la generalidad de principios que sustentaban el anterior modelo económico aparentemente habrían dejado de tener vigencia; pero, en lo que a la regulación de las relaciones laborales se refiere, al haber sido recogidos dichos principios y derechos fundamentales en la Constitución Política del Estado y en acuerdos y convenios internacionales de los cuales el País es signatario, tales

³⁵ *Mario A. Blanco Vado*, Las relaciones laborales en el marco de la globalización económica: los principios del derecho laboral, su regulación y sus tendencias. Revista Jurídica Electrónica de Costa Rica <http://www.nexos.co.cr/cesdepu/revelec/relaclab.htm>

³⁶ El Art. 243 de la Constitución Política ecuatoriana, señala como objetivos permanentes de la Economía: 5. La participación competitiva y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional.

principios continúan en vigencia y chocan con los nuevos esquemas económicos que se tratan de implantar.

De hecho, se han expedido algunas leyes que pretendiendo flexibilizar las relaciones laborales, desconocen y vulneran los principios constitucionales del trabajo que se encuentran vigentes; tema que será analizado en el próximo capítulo.

4.1. Incidencia de la globalización económica en la regulación de las relaciones laborales.

El modelo productivo anterior, se caracterizaba por:

La dominación de grandes empresas organizadas jerárquicamente y la producción masiva de productos homogéneos, utilizando máquinas - herramientas de propósitos únicos. Eran productos de baja complejidad, poco sensibles al progreso tecnológico. La división del trabajo estaba condicionada por la dimensión del mercado; los procesos de trabajo tayloristas y fordistas implicaron una simplificación del trabajo, pocos requerimientos en materia de calificaciones y competencias profesionales, menor autonomía de los trabajadores, con lo cual se permitió el reemplazo de los trabajadores por máquinas, y los empresarios manifestaron poco interés para invertir en la capacitación. La educación pública masiva proporcionaba a las empresas trabajadores que sabían leer y escribir, y que habían sido disciplinados para el trabajo. Para hacer frente a la magnitud de los costos de transacción, las empresas se integraban verticalmente, generándose una inercia estructural; entonces los tiempos de respuesta a los cambios en la demanda fueron largos y los costos unitarios de producción elevados. Esas formas de coordinación son eficaces cuando los mercados son estables, la demanda es grande, los gustos de los consumidores son homogéneos, éstos tienen pocas exigencias de calidad, y la tecnología utilizada es simple y progresa lentamente ³⁷

³⁷ Julio César Neffa, *Crisis y emergencia de nuevos modelos productivos*.
<http://www.clacso.org>

Este modelo económico ha sido sustituido en muchos de países –alguno, sin embargo todavía hacen grandes esfuerzos para hacerlo - de manera especial a raíz de la constitución de la Organización Mundial de Comercio, quizás la más clara expresión actual de la globalización económica.

La globalización económica, puede ser entendida:

Como fenómeno de mercado, [que] tiene su impulso básico en el progreso técnico y, particularmente, en la capacidad de éste para reducir el costo de mover bienes, servicios, dinero, personas e información. ...el proceso de "globalización" se caracteriza, además, por un notable incremento en la capacidad de las firmas para fragmentar geográficamente los procesos productivos, lo que ha tenido como contrapartida un crecimiento sostenido del comercio... y la inversión internacionales. ...En el marco de la globalización se ha producido ... el agravamiento de la brecha entre los países subdesarrollados y desarrollados. Implica, de hecho, la exclusión de vastos sectores de la población mundial del proceso de producción, cuya consecuencia más obvia es el aumento en muchos países del desempleo, la pobreza y los flujos migratorios a través de las fronteras hacia las áreas donde hay más riqueza. La reacción frente a este proceso ha sido más bien levantar nuevos muros.³⁸

La globalización económica ocasiona que “las empresas pueden producir en un país, pagar impuestos en otro y exigir gastos estatales en forma de creación de infraestructuras en un tercer país...”³⁹; lo cual tiene enorme incidencia en sobre la inversión extranjera y en el empleo, de manera especial en aquellos países emergentes, que se afanan en volverse atractivos para receptar capitales, aún a costa de disminuir el nivel de

³⁸ SELA, Secretaría Permanente. *Cambio y continuidad en el proceso de globalización internacional: Escenarios de fin de siglo.*

³⁹ Fernando Urréa Giraldo, *Un modelo de flexibilización laboral bajo el terror del mercado*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO. <http://www.clacso.org>

vida de la mayoría de su población y la depredación de sus recursos naturales no renovables.

Ulrich Beck afirma que:

la tesis de que el comercio mundial agudiza la competencia y conduce a reducir costes, situación de la cual todos finalmente extraen ventajas, es claramente cínica. Se silencia que existen dos maneras de reducir costes, a saber, elevando rendimientos (mejor tecnología, organización, etc.) o bien disminuyendo el nivel de gastos en la aportación humana al trabajo y a la producción [disminuyendo salarios y precarizando las relaciones laborales]. También en este caso aumenta la rentabilidad, pero debido a que se recae en una variante tardía de piratería transnacional.⁴⁰

Esta nueva forma de producir, a nivel global, genera efectos indeseables para los países periféricos, situación que ya fuera advertida por la Consulta Mundial sobre la Realización del Derecho al Desarrollo, realizada en Ginebra en enero de 1990, en la cual se manifestó que:

La estrategia ...en materia de desarrollo tenía un alcance transnacional y consistía generalmente en la formación de enclaves industriales modernos y zonas de exclusión en los países en desarrollo. Estos (enclaves)... solo producen efectos negativos en las economías de esos países (en desarrollo) y obedecen a una estrategia de las empresas transnacionales consistente en dispersar sus actividades en distintos países para escapar a los controles del derecho interno y de las normas internacionales. Esos tipos de implantación resultan habitualmente inestables porque la empresa matriz puede decidir por razones comerciales, económicas o políticas trasladar sus filiales a otros países con el objeto de eludir las leyes económicas de los países interesados y constituyen por ello violaciones del derecho al desarrollo de las poblaciones de uno o más países⁴¹

En esta puja por volverse atractivos a la inversión, los países no tienen otra alternativa, que ingresar en esta vorágine que es la globalización: los

⁴⁰ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998, p.166.

⁴¹ Citado por Hadji Guissé, Relator Especial del Consejo Económico y Social de la ONU, *El Problema de la Impunidad*, Ginebra, 1997.

países centrales para no perder sus posiciones hegemónicas en la economía mundial; y, los países periféricos para procurar salir del subdesarrollo; para ello, estos últimos deben ofrecer al capital transnacional las mejores ventajas comparativas, abriendo sus economías, disponiendo de buena infraestructura para la producción, inspirando seguridad jurídica y eliminando todo tipo de restricciones a la inversión extranjera, en particular, para la repatriación de las utilidades.

En el caso de los países periféricos, al carecer de infraestructura física y de conocimientos avanzados que añadan valor a los procesos productivos, su única alternativa para no quedar al margen de la inversión y por ende de la globalización económica, es ofrecer en venta sus recursos naturales, sus empresas estatales y las de prestación de servicios públicos; pero, sobretodo, mano de obra barata, para lo cual deben adoptar regímenes laborales flexibles, o aún mejor, desregular las relaciones laborales, de modo tal que, el Estado abandona su papel de regulador de la economía y de las relaciones laborales; y, se convierte en “espectador”, pero, con ciertas atribuciones mínimas, toda ellas encaminadas a crear las condiciones para la mejor reproducción del capital.

Recuérdense las enseñanzas del Banco Mundial: “los países en los que la capacidad es limitada [como es el caso de los países subdesarrollados] tienen que centrarse ante todo en las funciones básicas: suministro de bienes públicos puros como los derechos de propiedad, estabilidad

macroeconómica...”⁴² Es decir, ante su limitada capacidad estos países no deben administrar sus bienes públicos, por lo que es conveniente que se deshaga de ellos. Igualmente, no cabe que intervenga en forma directa en su economía y se limite su acción a brindar las condiciones necesarias para que opere el libre mercado, sin que quepa su intervención en forma alguna, ni siquiera en las relaciones laborales entre particulares, para mitigar la inequidad que en ellas pueda presentarse.

De lo señalado en líneas anteriores, queda evidenciado una realidad poco promisorio, ya que,

en las nuevas relaciones económica internacionales, nuestros países están encadenados a los procesos de fabricación, a verdaderas redes de producción supranacionales, esquema en el cual aportamos como ventaja comparativa una mano de obra de menor costo⁴³.

Esta ventaja comparativa bastarda, difícilmente podrá mantenerse en el tiempo; pues, el enorme desarrollo tecnológico requerirá cada vez menos de mano de obra.

El desempleo abierto y el desempleo disfrazado en los países industrializados tienen altas probabilidades de continuar ascendiendo, de acuerdo con los expertos en el tema, puesto que a medida que las nuevas tecnologías aumentan la productividad, se necesitarán cada vez menos trabajadores, en condiciones que actualmente ya existiría un excedente de 850 millones de trabajadores en todo el mundo.⁴⁴

⁴² Banco Mundial, Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997, *El Estado en un mundo en transformación*, Washington D. C., 1997, p. 29.

⁴³ Rolando Murgas Torrazza. Globalización, Flexibilización y Cláusulas Sociales.

⁴⁴ Wilma Salgado, *Productos primarios, mano de obra y calificación en la producción*, en Ecuador Debate, N° 39, Centro Andino de Promoción Popular CAAP, Quito, Diciembre de 1996, p. 60.

La poca mano de obra que sea requerida deberá estar cada vez más calificada, para lo cual es necesario que la inversión en educación y capacitación de los recursos humanos se incremente considerablemente, lo cual no ocurre y, por el contrario se ve mermada constantemente, en los cada vez más debilitados y empobrecidos estados nacionales de los países en desarrollo, que año a año deben destinar mayores recursos para cubrir el servicio de la deuda externa, y por tanto disminuir el gasto social, deteriorando el nivel de vida de su población; lo que se convierte en una suerte de círculo vicioso que los aleja cada vez más de las posibilidades de desarrollo.

Añade Wilma Salgado que,

los países y regiones que continúan basando sus exportaciones en productos primarios y/o que consideran a los bajos salarios de la mano de obra no calificada de que disponen, como una ventaja para atraer inversiones, corren el riesgo de ser cada vez más excluidos de las corrientes internacionales de comercio y de inversiones, con el consecuente deterioro de sus ingresos por exportaciones y pérdida de participación como receptoras de inversiones productivas, dada la importancia cada vez menor de los productos primarios y de la mano de obra no calificada en los costos de producción.⁴⁵

Esta situación ya fue mencionada por la CEPAL en su informe: *Transformación Productiva con Equidad* del año 1990, en donde manifiesta:

...los países en desarrollo harían bien en no jugar todas su cartas a la ventaja competitiva espúrea de su bajo costo laboral. Esta opción no es socialmente sustentable a largo plazo y, además, será inexorablemente superada por la aplicación de nuevas formas

⁴⁵ Wilma Salgado, op. cit., p. 54.

organizacionales y nuevos procesos, especialmente los vinculados a la informática y biotecnología.⁴⁶

Con la globalización de la economía, se abre un nuevo escenario de disputa en el cual entran en juego conflictos de intereses de diferentes actores tanto nacionales como transnacionales, y sobre los cuales los Estados nacionales —de los países periféricos— han perdido su condición arbitral —situación impulsada por los Organismos Financieros Internacionales— y, les ha sido implantado un carácter instrumental al servicio de determinados intereses, no del bienestar colectivo de sus nacionales.

Entre los principales intereses en juego que en este punto se pueden identificar, son los siguientes:

A Las demandas del capital transnacional para que se efectúen reformas legales que disminuyan garantías y derechos de los trabajadores, las cuales riñen con los principios, derecho y garantías a los trabajadores, consagrados en los textos constitucionales e instrumentos internacionales, alterando la concepción tuitiva de esta rama del Derecho; a tal punto que, hay quienes sostienen que estamos frente a la extinción del Derecho del Trabajo, para dar paso a un nuevo Derecho de la empresa o Derecho del mercado de trabajo.

B Los sectores productivos nacionales que únicamente tienen posibilidad de vender en el mercado local, no evidencian los alcances de este proceso de reformas laborales, por cuanto, si bien en principio se pueden beneficiar con la disminución de sus costos operativos, pero, a la larga les afecta, pues, la capacidad de demanda de los consumidores nacionales

⁴⁶ Citado por Armando Di Filippo, en *Consecuencias sociales y laborales de la integración latinoamericana*. http://www.cefir.org.uy/D_index.htm

sería mucho menor o casi inexistente, lo que, sumado al ingreso de productos importados muchas veces con precios inferiores, les ocasionaría la quiebra.

C Los trabajadores de los países periféricos, que son los que van a ver disminuidos sus ingresos, garantías y derechos. Igualmente las Organizaciones Sindicales que se verían debilitadas y mermada su capacidad organizativa y de respuesta.

D Los trabajadores de los países centrales, debido a que las menores condiciones salariales y prestaciones sociales, hacen que ciertas segmentos de los proceso productivo sean trasladados a los países periféricos, lo que incrementará el desempleo; genera resistencia a las migraciones laborales y el endurecimiento de las leyes que la regulan. Sin embargo, por la repatriación de utilidades, sus economías no se verían afectadas.

E Los gobiernos de los países centrales, en el evento de que aumente el desempleo deberán destinar mayores recursos económicos para que la seguridad social cubra las prestaciones por desempleo, lo que podría ser compensado con el aumento de las exportaciones a nivel global y repatriación de capitales de sus empresas transnacionales.

Como puede evidenciarse,

en la economía "global", en esa puja distributiva de la ganancia participan ahora actores externos, además de los trabajadores y empresarios del propio país, porque al internacionalizarse el mercado de trabajo todos los empresarios y trabajadores (de todos los países) participan de esa competencia. De esta manera, tanto el empleo como el salario se pueden ver afectados por una carrera que fije los precios y el volumen de la fuerza de trabajo de acuerdo a las ofertas

más bajas y desprovistas de beneficios sociales: es lo que se ha dado en denominar el *dumping social*⁴⁷.

Esta lucha, que ha cobrado grandes dimensiones ha llegado a ser parte de las discusiones en la Organización Mundial de Comercio, la cual manifiesta que:

Los Acuerdos de la OMC no se refieren a ninguna norma fundamental del trabajo. No obstante, algunos países industrializados consideran que la Organización debería estudiar esta cuestión como primera medida para ocuparse de las normas fundamentales del trabajo. Estos países afirman que las normas y disciplinas de la OMC constituirían un importante incentivo para que los países miembros mejoraran las condiciones de trabajo. Muchos países en desarrollo y algunos países desarrollados consideran que este tema no tiene cabida en el marco de la OMC. Dichos países sostienen que los esfuerzos por incluir las normas del trabajo en el ámbito de las negociaciones comerciales multilaterales esconden poco más que un velado afán de proteccionismo. Muchos funcionarios de los países en desarrollo consideran que la campaña para incorporar en la OMC las cuestiones laborales representa de hecho un intento por parte de los países industrializados de debilitar la ventaja comparativa de los interlocutores sociales con salarios inferiores.⁴⁸

Ante la falta de oportunidades de empleo en los países periféricos, la fuerza laboral se ve obligada a desplazarse hacia los países centrales, inmigrando ilegalmente, lo que ha ocasionado que tales países endurezcan sus leyes migratorias, sin embargo de que se benefician de esta fuerza de trabajo barata, y casi explotada por las condiciones adversas en que desarrolla su trabajo, así como también por los bajos salarios que perciben por su condición de ilegales. Lo que ocasiona que quienes se embarquen en esta aventura, en muchos casos perezcan en su intento,

⁴⁷ Sistema Económico Latinoamericano, Secretaría Permanente. *Políticas de empleo en América Latina y el Caribe*. Junio. 1998.

⁴⁸ Organización Mundial de Comercio. <http://www.wto.org>

pues el viaje se halla plagado de peligros, o sea deportados y regresen a sus países de origen cargados de deudas contraídas para financiar el viaje.

Las normas internacionales que protegen a los migrantes, esto es Convención de la Migración para el Empleo de la OIT (Revisada) del 1949 (No. 97) y/o la Convención sobre (Provisiones Suplementarias) Trabajadores Migrantes, 1975 (No. 143), no son observadas, principalmente por que el desempleo obliga a los Gobiernos a dar preferencia a los trabajadores nacionales por encima de los extranjeros, siendo estos empleados en labores humildes y que no desean ser realizadas por sus nacionales, y en las precarias condiciones que quedan señaladas.

Este es uno de los temas que se ha visto agravado por la globalización de la economía, que en el caso ecuatoriano está produciendo un éxodo de compatriotas, que según información de prensa, salieron en el año 2000 una cantidad similar a la población de la ciudad de Cuenca, y que en este mismo periodo, ingresaron 900 millones de dólares por concepto de envíos de dinero de los migrantes a sus familiares en el Ecuador. Esto significa que es el segundo rubro de ingresos para el País luego de las exportaciones de petróleo, y que esta cifra es similar a la alcanzada por la reserva monetaria internacional en algunos meses de ese año.

La extensión del tema migratorio impide que sea abordado con profundidad, en el presente trabajo.

Por otro lado, hay quienes sostienen que, en el pasado, la intervención del Estado fue motivada por los ciertos grupos de poder económico, para precautelar la capacidad de compra de sus trabajadores, pues su mercado

era únicamente el nacional de cada país, dentro del modelo de sustitución de importaciones, pero, al globalizarse el mercado, la intervención estatal ya no es necesaria, por el contrario, ahora constituye un obstáculo para la productividad de la empresas y competitividad de los productos de exportación.

Independientemente de cual haya sido la razón de la intervención, pero, debido a la crisis económica de los años ochenta, originada entre otras cosas por el incremento en los precios del petróleo,

obliga al abandono del modelo de sustitución de importaciones pese a que éste no llegó a consolidarse plenamente en todo el área; ...[a partir de ese momento, lo más importante es]... la ubicación que obtenga la producción de cada país en el mercado internacional, en función de un nuevo modelo basado en las exportaciones y la apertura comercial ...El nuevo orden económico propuesto parte de la regulación de todas las actividades de la sociedad mediante las leyes del mercado, y ello incluye también a las relaciones laborales.⁴⁹

Esta nueva corriente se expande por casi todos los rincones del planeta, y, la misma se concentra en los siguientes frentes:

- **Una política de promoción de las exportaciones.** Esta se evidencia en un incremento de las exoneraciones, (contratos de exportación y similares), el establecimiento de Zonas Francas de Exportación, la instalación de un conjunto de empresas bajo el sistema de maquila, y la reducción y la uniformación de los aranceles de importación.
- **La reducción y afectación del mercado interno.** Lo que se logra a través de salarios decrecientes, la eliminación de subsidios a la producción nacional de granos básicos y a la pequeña empresa, así como mediante la desregulación del mercado de trabajo, la flexibilización laboral.

⁴⁹ Mario A. Blanco, *op. cit.*

- **Una política de apertura comercial.** La cual se manifiesta no sólo en un innegable proceso de reducción y uniformación de aranceles, sino también en la conformación de diversos bloques comerciales, destinados a la liberalización del comercio internacional.⁵⁰

En resumen, se puede señalar que en la actualidad se consolida

el surgimiento de un nuevo "orden emergente"; en el cual no sólo resulta evidente un abandono del papel interventor tradicional del Estado en los mercados, sino que ...estaría caracterizado además por una prevalencia de las formas no típicas de contratación, la flexibilidad en las funciones y en el horario, la diversificación de las formas de remuneración, la extensión de la subcontratación y del salario individualizado, entre otras... [evidenciándose] un claro cuestionamiento de la función tutelar asignada en la teoría y en la ley laboral tradicional como un contenido central de los principios generales del derecho del trabajo.⁵¹

Este tema será abordado detenidamente, a continuación.

4.2. La flexibilización y desregulación laborales.

La flexibilidad y desregulación laborales son dos nuevas tendencias que surgen a nivel mundial, a raíz de la crisis del Estado de Bienestar, originada entre otras cosas por la crisis económica provocada por el incremento en los precios del petróleo a finales de los años setenta; lo que generó inflación, desempleo y el crecimiento de la economía informal.⁵²

La flexibilidad laboral, en un primer momento respondió a la estrategia de las empresa transnacionales para reducir sus costos operativos y a recuperar su ganancias que se habían visto afectadas a raíz de la crisis económica de los años ochenta, que contrajo la demanda de bienes y

⁵⁰ Mario A. Blanco, *op. cit.*

⁵¹ Mario A. Blanco Vado, *op. cit.*

servicios. Pero, posteriormente, los países periféricos, a consecuencia del proceso de globalización económica, han debido emprender a más de reformas laborales, una serie de cambios tendientes a dejar de lado el modelo económico de sustitución de importaciones e implementar un nuevo modelo económico aperturista, orientado hacia el comercio internacional; para lo cual, se ha debido reducir el tamaño del aparato estatal, mediante la privatización de empresas públicas; disminuir los aranceles; eliminar las trabas al comercio y a la inversión extranjera, de manera especial en lo referente a la repatriación de utilidades; y, participar en la conformación de bloques económicos, siguiendo las directrices de los Organismos Financieros Internacionales.

Quizás el principal objetivo de la flexibilidad laboral es disminuir o eliminar el principio de la continuidad de la relación laboral también denominado estabilidad laboral, a través de la posibilidad de suscribir contratos individuales de trabajo por periodos cortos de tiempo, renovables; hecho que se denomina flexibilidad externa, y que indudablemente debilita la capacidad organizativa de los sindicatos y aún compromete su existencia.

La flexibilidad laboral es un proceso que no afecta por igual a todos los países, ni a todas las ramas de trabajo, generalmente suele iniciarse con

⁵²Néstor De Buen Lozano, *El Futuro del Derecho del Trabajo*; en *Tendencias actuales del Derecho*, José Luis Soberanes, Compilador, México, UNAM, 1994, p. p. 88-89.

las actividades destinadas a la exportación, para luego extenderse a todas las demás.

...En los casos de países que pretenden su inserción en el mercado internacional a partir del fomento de las exportaciones y la atracción de la inversión extranjera hacia las actividades productivas destinadas a la exportación, la tendencia será mucho mayor hacia la flexibilización de la legislación laboral en esas actividades. Esa necesidad explicaría en parte las reformas iniciales en la legislación laboral aplicable en las Zonas Procesadoras de Exportación o Zonas Francas, y parcialmente las medidas emprendidas por algunos países, tendientes a permitir la incorporación de mano de obra no tradicional en sus mercados de trabajo.⁵³

El gran pretexto para flexibilizar las relaciones de trabajo es combatir el desempleo; pues, el empleo es un bien escaso, razón por la cual hay que distribuirlo de mejor manera; y,

en la lectura de empresarios [transnacionales] y tecnócratas [que representan a las empresas transnacionales], la flexibilidad laboral se asume como la mayor disposición posible del trabajador, en tiempo, lugar e intensidad del esfuerzo acometido, para llevar a cabo un conjunto de tareas bajo un contrato [generalmente de naturaleza precaria] por el cual se retribuye el producto del trabajo (bien o servicio) realizado, según unos requerimientos de calidad de éste⁵⁴.

Sin embargo, Hans-Ulrich Büniger, señala que

los países con salarios y prestaciones sociales más bajos son los países con las mayores tasas de desempleo, los países con salarios más elevados y las prestaciones más desarrolladas sostienen las más altas tasas de productividad y las tasas de desempleo más bajas⁵⁵

⁵³ Mario A. Blanco Vado, *op. cit.*

⁵⁴ Fernando Urréa Giraldo. *op. cit.*

⁵⁵ Hans Ulrich Büniger, *Nuevos puestos de trabajo por medio de desregulación y flexibilización del mercado laboral, en Ecuador Debate, N° 39, Centro Andino de Promoción Popular CAAP, Quito, Diciembre de 1996, p. 135.*

La afirmación de que la flexibilidad laboral disminuye la tasa de desempleo, se aleja de la verdad, pues según se observa en el cuadro N° 2, en el Ecuador, la tasa de desempleo se incrementa luego de la expedición normas que flexibilizaron las leyes labores y se incorporaron nuevas formas de contratación, hecho que ocurrió en los años 1990 y 1991; lo que pone en evidencia, que la falta de productividad y competitividad de empresas ecuatorianas no tiene su origen en la supuesta rigidez del sistema laboral, por tanto, se vuelve innecesario reducir derechos y garantías laborales.

Frente a la flexibilidad externa, esto es, mayor facilidad para la contratación y despido de los trabajadores, surge la denominada flexibilidad interna, que otorga al empleador las más amplias facultades para disponer la forma, el momento y intensidad en que se desarrollen las actividades productivas; pudiendo modificar horarios de trabajo, cambiar el tipo de actividades que van a desarrollar sus trabajadores, —sin que ello signifique despido intempestivo por cambio de ocupación— el lugar de trabajo, entre otros. Tales prerrogativas permitirían al empleador alcanzar la añorada reconversión industrial y obtener la anhela productividad, para satisfacer los exigente requerimientos de los mercados internacionales.

Las formas específicas que asume la flexibilidad dependen en lo fundamental de la concepción que se tenga sobre la productividad. En el primer caso, la flexibilidad se comprende como un dejar hacer a las gerencias, lo que implica sobre todo la búsqueda del incremento del producto, combinado con la disminución del número de trabajadores y/o la reducción en los salarios reales. La segunda concepción es diferente, en la medida que considera elementos como

el convencimiento, el involucramiento o la promoción de las iniciativas de los trabajadores como factores capaces de favorecer el incremento de la productividad (flexibilidad toyotista).⁵⁶

Como se mencionó anteriormente, la intervención estatal en las relaciones entre particulares se fundamente en la poca o ninguna capacidad de negociación de los trabajadores frente a sus empleadores, razón por la que se hace necesaria esta discriminación positiva, para obtener igualdad material; pero, con la flexibilización laboral se pretende colocar a las partes de una relación laboral en un plano de igualdad inexistente, en donde,

la lógica del modelo es que si se deja actuar el mercado en las relaciones laborales, es decir, se desregula su funcionamiento, como se entiende la flexibilidad en cuanto libre disposición del trabajador sin que medien controles, el propio mercado va a retribuir mejor —asignación de recursos— a los actores sociales implicados. Curiosamente la libre disposición de la fuerza de trabajo sin reglamentación o con la mínima indispensable es una forma eufemística de encubrir la violencia entre los sujetos sociales por competir a cualquier precio para obtener cualquier trabajo, no importa las condiciones en que éste se lleva a cabo,⁵⁷

con lo que se repetirían episodios oscuros y prácticas aberrantes de las formas más despiadadas de explotación humana, propios de los primeros años de la revolución industrial.

La flexibilización al calor del terror del mercado —expresión acuñado por Moreira Cardoso y Arango— está

⁵⁶ Enrique de la Garza Toledo y Alfonso Bouzas. *La Flexibilidad del Trabajo en México: Una visión actualizada*. Institute of Latin American and Iberian Studies, Columbia University in the City of New York, Septiembre 1998, <http://www.columbia.edu/cu/ilais/garza.html>

⁵⁷ Fernando Urréa Giraldo, *op. cit.*

caracterizada como la amenaza del despido o su implementación, es una modalidad típica de disciplinamiento de la fuerza laboral, a partir de la redefinición de la subordinación del trabajador, en la que su pérdida de capacidad de negociar lo lleva a una relativa completa indefensión al punto de aceptar peores condiciones de trabajo para no quedar desempleado. Por supuesto, tampoco este doblegamiento garantiza que el empleador va a conservar al trabajador, porque la lógica de la desregulación forma parte de procesos más amplios de reestructuración productiva en los que la supervivencia de la misma empresa está en juego a medida que se profundiza la globalización.⁵⁸

Quienes justifican la flexibilidad laboral, argumentan que el empleo es un bien escaso y por lo tanto debe ser distribuido de mejor manera. “La hipótesis es que la estabilidad genera desempleo; su alteración y aún su supresión debería traducirse en la creación de múltiples empleos, inicialmente eventuales pero más adelante permanentes”⁵⁹. Lo cual no coincide con la realidad, como quedó demostrado anteriormente.

Añaden que la movilidad (*ius variandi*) de los trabajadores de sus puestos de trabajo, permite mayor productividad de la empresa, lo que redundará en beneficios de los propios trabajadores con mejoras salariales y mayores utilidades, a la vez que contribuyen a la subsistencia de la empresa en un mercado cada vez más competitivo, por lo que combaten especialmente el principio de estabilidad laboral, y manifiestan que se debe

asegurar a los trabajadores un ingreso auxiliar durante el desempleo, garantizando el reentrenamiento que permita a su vez la

⁵⁸ Fernando Urréa Giraldo, *op. cit.*

⁵⁹ Marco Pasco Cosmópolis, *Tendencias actuales del derecho del trabajo*; en Alegatos, N°38, enero /abril de 1998, p. 85.

reincorporación y la capacitación, pero en todo caso eliminando cualquier estabilidad del trabajador en su puesto de trabajo. Se trata en síntesis, de afectar el principio general tradicional de la continuidad laboral estableciendo una regulación *más libre del despido*. Para lograr un ajuste integral en este tema se propone además la modificación y/o eliminación de las disposiciones legales que impiden o dificultan el despido, de aquellas que restringen las posibilidades empresariales para reubicar al trabajador funcional y/o geográficamente, y romper con la regla legal de preferencia de las contrataciones a tiempo indefinido por sobre las relaciones a tiempo definido.⁶⁰

En suma, se puede señalar que, el tema de la flexibilización entrecruza

por un lado, una racionalidad económica orientada a destrabar la movilidad de la fuerza laboral como una condición de éxito en la lucha por acrecentar la competitividad internacional en el seno de economías abiertas. Por otro lado, una racionalidad socio-política que advierte sobre el peligro de malograr derechos y garantías conquistados a lo largo de largas luchas laborales y sociales⁶¹

los cuales han sido recogidas tanto por acuerdos y convenios internacionales que debe ser observados, como en las propias constituciones de los Estados.

Puede afirmarse que el principal efecto que persigue la flexibilidad y desregulación laborales, esto es la productividad, no se cumple, ya que:

debido a la constante fluctuación, desde un puesto a otro, consecuencia del aumento de la contratación temporal, se hicieron notar rápidamente graves perjuicios a la productividad y, por consiguiente, a la competitividad; pues un obrero, por ejemplo, que permanece en su empresa durante largo tiempo, está mucho más identificado con el destino de la empresa, tiene mejor formación profesional y, por consiguiente aporta mucho más a la productividad y competitividad de su empresa, que un obrero cuyo puesto es totalmente inseguro y que no puede invertir nada en su formación

⁶⁰ Mario A. Blanco Vado, *op. cit.*

⁶¹ Armando Di Filippo, *Consecuencias Sociales y laborales de la Integración en Latinoamérica*. <http://www.cefir.org.uy/D-index.htm>

profesional. También han aumentado los conflictos, debido a la inseguridad y a la inestabilidad en los puesto de trabajo, así mismo con grave perjuicio para la productividad y competitividad.⁶²

Adicionalmente, el cambio constante de actividades, propio de la flexibilidad laboral interna, en ciertas actividades puede deteriorar gravemente la seguridad industrial e incrementar el riesgo de accidentes laborales, pues, en muchos casos, el contacto permanente con la maquinaria y con los elementos del trabajo brinda la destreza necesaria para emplearlos adecuadamente, y, al tener que cambiarlos constantemente se incrementa el riesgo de accidentes.

El grado superlativo de la flexibilidad laboral es la desregulación laboral, entendiéndose por tal, el proceso de desaparición de las normas laborales, para “acabar con la legislación que fue tutelar y acabar con todos los instrumentos que en alguna medida hicieron posible una condición menos desfavorable para los trabajadores”⁶³ y dejar que opere únicamente la autonomía de la voluntad de las partes, hecho que, como ya fuera mencionado no ocurre en la práctica por la poca capacidad de negociación de los trabajadores, a tal punto que, hay quienes sostienen que estamos frente a la extinción del Derecho del Trabajo, para dar paso a un nuevo derecho de la empresa, en donde el principio de tutela se trastoca, y la

⁶² Según un Documento No Oficial de la Comisión de la Unión Europea elaborado en 1995 y aludido por Hans Ulrich Büniger, *op. cit.*

⁶³Néstor de Buen, *Flexibilización y Desregulación: Dos vías diferentes*, en *La Ocupación del Futuro*, Gutiérrez Garza Esthela, Coordinadora, Fundación Friedrich Ebert, México, 1996, p.123.

intervención del Estado en las relaciones laborales desaparece por completo.

Pretender dejar las relaciones laborales a las fuerzas del mercado, es desconocer una evidente desigualdad de quienes tienen la posibilidad de escoger a quién contratan, frente a quienes no tienen otra opción que aceptar cualquier trabajo, aún cuando las condiciones del mismo le sean totalmente adversas. Esta situación se agrava por el hecho de que por cada puesto de trabajo que se ofrece, compiten un elevado número de trabajadores que podrían aceptarlo en condiciones aún inferiores; e inclusive, con la globalización económica, compiten además con la mano de obra barata de otros países.

En los momentos actuales, gracias al impresionante desarrollo tecnológico, puede afirmarse que existe sobre oferta de mano de obra, frente a una cada vez más decreciente demanda de fuerza laboral, las cuales impiden que en este tema funcionen las leyes del mercado y, por tanto, debe mediar necesariamente la regulación por parte del Estado, e inclusive, y de manera especial, se precisa de regulación supraestatal, en donde la Organización Internacional del Trabajo cobraría particular importancia.

Con la flexibilidad laboral vamos del intervencionismo del Estado (presencia reguladora del Estado en las relaciones laborales en defensa de la menor capacidad negociadora del trabajador), propio del Estado de

Bienestar, al autonomismo (autonomía de la voluntad de las partes en una relación laboral, partiendo de su igualdad) propio del neoliberalismo. Lo cual se ve agravado por el hecho de que el Estado ha sido despojado de las áreas estratégicas de la economía, que entre otras cosas le permitían ser el mayor empleador.

Al producirse la implantación del nuevo modelo económico aperturista, los productores locales tienen que competir con los bienes y servicios del exterior, cuyos costes de producción pueden ser inferiores, razón por la que impulsan la flexibilización laboral para que sus productos no pierdan competitividad. Sin embargo, tal competitividad generalmente no es alcanzada, por lo que la reducción de los costos de producción no es significativa, ya que el porcentaje que los gastos de personal representa en los gastos totales de producción es mínimo.

5. Normas que flexibilizan las relaciones laborales en el Ecuador y transgreden sus principios constitucionales del trabajo.

En el Ecuador, desde el año 1990 se han expedido varias normas que flexibilizan las relaciones laborales, ya que

los empresarios ecuatorianos siempre atribuyeron al Código del Trabajo la fuga de capitales del País y la modesta afluencia de la inversión extranjera, para ello, lo calificaron del más avanzado de Latinoamérica (con lo que) lograron anquilosarlo...(y)... así nos sorprendió la crisis con un Derecho del Trabajo estancado, con fama de ser avanzado.⁶⁴

A pesar de que las normas constitucionales del trabajo no han sido modificadas, los sectores laborales señalan con preocupación la creciente expedición de normas legales que flexibilizan las relaciones laborales, lo cual, habría sido uno de los requisitos para la implantación en el Ecuador de un nuevo modelo productivo, en reemplazo del modelo de sustitución de importaciones.

5.1. Ley de Régimen de Maquila y de Contratación Laboral a Tiempo Parcial

El primer intento por embarcar al Ecuador en la corriente flexibilizadora de los derechos laborales, constituye la Ley de Régimen de Maquila y de Contratación Laboral a Tiempo Parcial, de 3 de agosto de 1990.

⁶⁴Julio César Trujillo, *op. cit.*, 1992, p.8.

En lo que al régimen laboral de las maquiladoras se refiere, el Art. 34 de la Ley señala que:

...Dada la especificidad de este Contrato de Trabajo, la conclusión del plazo del Contrato de Trabajo de Maquilado será causa legal y suficiente para [la] terminación [del contrato individual de trabajo]. Los Contratos Individuales de Trabajo de Maquilado no gozarán de la estabilidad contemplada en el inciso primero del artículo 14 del Código del Trabajo.

Con esta disposición se rompe el principio de continuidad de la relación laboral y, se pone en evidencia el hecho que el nuevo modelo productivo que se pretendía adoptar requería de relaciones laborales de corta duración, que permitan contratar y despedir trabajadores con mucha facilidad; en contraposición a lo que ocurría en el modelo hasta ese entonces vigente, que se basaba en relaciones laborales estables y de larga duración.

De otro lado, el Art. 35 de la citada Ley dispone que únicamente

en el caso de despido o de suspensión de la relación laboral imputable al empleador, realizada al margen de lo previsto en esta Ley, proceden en favor del trabajador las indemnizaciones establecidas en el Código del Trabajo;

dado que el maquilador está facultado para suscribir contratos individuales de trabajo con una duración inferior a la del contrato de maquilado, los cuales pueden ser renovados —en forma indefinida— sin que se transforme en contratos a tiempo indefinido, en cuyo caso la figura del despido por esta causa muy difícilmente se daría en la práctica.

Otra figura que contempla la Ley de Maquila es que,

si por cualquier causa no atribuible al empleador se produjere, en el abastecimiento de los bienes que se utilizan en el correspondiente programa de maquila, una interrupción de tal naturaleza que obligue a la maquiladora a la paralización de sus actividades, *las partes podrán acordar* expresamente una suspensión no remunerada de la relación laboral, previa autorización del respectivo Inspector del Trabajo... de no existir acuerdo expreso entre las partes, quedarán en libertad de dar por terminado el Contrato de Trabajo, *sin obligación alguna por esta causa*.

Esta disposición evidentemente favorece al empleador y trastoca el principio de tutela que caracteriza a la legislación laboral, pues le faculta a dar por terminado los contratos de trabajo sin lugar a indemnizaciones, hecho que de por sí le beneficia pues podrá contratar nuevos trabajadores sin incurrir en ningún costo, por el contrario los trabajadores cesados difícilmente podrán encontrar otro trabajo, dado los índices de desempleo existentes en el País.

La suspensión que prevé la Ley de Maquila difiere del paro regulado por el Código del Trabajo, ya que, la autorización para que opere el mismo la concede el tribunal de conciliación y arbitraje en donde tienen representación los trabajadores. La suspensión contemplada en la Ley de Maquila, es concedida por el inspector del trabajo, sin intervención de los trabajadores y corresponde al empleador informar al inspector del trabajo que está en posibilidad de reiniciar sus actividades; por el contrario, el paro tiene un plazo que lo establece el tribunal de conciliación y arbitraje

cuya violación acarrea el pago de indemnizaciones por despido intempestivo

Debe añadirse que cuando un paro es declarado como ilegal da a los trabajadores el derecho a cobrar sus remuneraciones y se produce la figura del despido intempestivo, correspondiéndole al empleador pagar indemnizaciones por este concepto; y, por el contrario, en la suspensión de actividades de la maquiladora, a los trabajadores únicamente les correspondería percibir las indemnizaciones por despido intempestivo y no las remuneraciones.

Según información recabada en el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, durante la vigencia de la Ley se han registrados 98 empresas maquiladoras, de las cuales actualmente operan apenas 45; y, éstas han generado aproximadamente 6.000 puestos eventuales de trabajo en el año 2000, sin considerar al sector pesquero, frente a una población económicamente activa, PEA, de aproximadamente 3'800.000 ecuatorianos. ¿cabe preguntarse frente al mínimo número de puestos de trabajo que generan las Maquiladoras, se justifica disminuir derechos y garantías de los trabajadores y flexibilizar las relaciones laborales, rompiendo su estabilidad?

Queda evidenciado que la flexibilidad de las relaciones laborales por si sola poco aporta para la ansiada competitividad y productividad y sin otras medidas, no sirve para atraer inversión y, si esta quiere ser

alcanzada, es necesario contar con recursos humanos calificados y, que el país emprenda en una agresiva campaña de mejoramiento de los servicios básicos e infraestructura productiva, seguridad jurídica, política y ciudadana.

En lo que respecta a la contratación a tiempo parcial, ésta tiene por objeto permitir que las empresas puedan utilizar su capacidad instalada durante los días de sábados, domingos y de descanso obligatorio.

Los trabajadores contratados bajo esta modalidad podrán laborar hasta ocho horas diarias y cuatro horas suplementarias. La Ley determina que los trabajadores a tiempo parcial no gozan de estabilidad, es por esto que aún cuando el contrato de trabajo sea a tiempo indefinido, el empleador puede darlo por terminado previa notificación a través del inspector del trabajo, sin lugar a indemnización alguna.

Desafortunadamente el Ministerio de Trabajo no dispone de estadísticas sobre el número de contratos suscritos bajo esta modalidad, para evidenciar si se cumplieron las metas de creación de puestos de trabajo que se esperaban.

La en ese entonces Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, consideró que la Ley N° 90 de Maquila y Contratación a Tiempo Parcial no contravenía norma constitucional alguna, sin embargo de lo cual, quedan sin resolver las cuestiones aquí señaladas, las cuales

posiblemente fueron analizadas con otra óptica, y desde la perspectiva de combatir el desempleo.

5.2. Ley de Zonas Francas

Siete meses más tarde de la expedición de la Ley de Maquila y Contratación a Tiempo Parcial, se dictó la Ley de Zonas Francas, el 19 de febrero de 1991; cuyo objetivo general está definido por su Art. 2 y es: “...promover el empleo, la generación de divisas, la inversión extranjera, la transferencia tecnológica, el incremento de las exportaciones de bienes y servicios y el desarrollo de zonas geográficas deprimidas del país”; mediante la creación de un área delimitada, tratamiento especial “en materias de comercio exterior, aduanera, tributaria, cambiaria, financiera, de tratamiento de capitales y laboral”.

Este régimen especial en materia laboral dispone, según el Art. 52 de la referida Ley, que: “Por su naturaleza, los contratos de trabajo en zonas francas son de carácter temporal. Por lo tanto, no están sometidos a lo que dispone el Art. 14 del Código del Trabajo y podrán renovarse cuantas veces sea necesario”.

Como se puede fácilmente evidenciar, so pretexto de generar más empleo, la Ley de Zonas Francas rompe el principio de continuidad de la relación

laboral o estabilidad, y se pretende compensarlo declarando en el Art. 53 ibídem, que “Los salarios de los trabajadores que laboren para los usuarios de zonas francas deberán ser superiores, por lo menos, en un 10%, a los salarios mínimos que perciban los trabajadores del mismo sector en el país”; pero, en el Reglamento a la Ley, el Art. 52 restringe este derecho, pues señala que: “Las remuneraciones en ningún caso podrán ser inferiores al salario mínimo sectorial, si está determinado, o al salario mínimo vital, incrementados en el diez por ciento”; es decir, la ley señala un porcentaje mínimo para el incremento, una base; y, el Reglamento dispone que será el 10%, induciendo a que no se lo supere, restringiendo la disposición legal.

Como ya fue indicado la Ley determina que el salario de los trabajadores de las Zonas Francas será por lo menos un 10% superior al salario mínimo vital o al sectorial; pero, la propia ley en su Art. 9 dispone que los usuarios de las zonas francas deberán pagar una tasa por el uso de las instalaciones, de hasta el 2% calculada sobre los gastos de operación, administración, servicios, sueldos y jornales, exceptuando los de adquisición de maquinarias, materias primas o insumos; es decir anula cualquier posibilidad de se produzca el incremento voluntario de las remuneraciones de los trabajadores más allá del 10% que obliga la Ley, pues sobre éstas se deben pagar la referida tasa.

De otro lado, cabe preguntarse, si el Art. 42 de la Ley determina que los usuarios de las Zonas Francas pueden beneficiarse de las exenciones

tributarias que prevé dicha Ley, durante 20 años prorrogables; qué razón existe para que los trabajadores no gocen de estabilidad en sus puestos de trabajo, al menos durante el periodo que se haga uso de las instalaciones de la zona franca.

5.3. Ley N° 133 Reformatoria al Código de Trabajo

Una vez que estos globos de ensayo no generaron mayores reacciones adversas, se dictó la Ley N°133 reformativa al Código del Trabajo, expedida en noviembre de 1991, mientras ejercía la Presidencia del República del Ecuador, el social demócrata Dr. Rodrigo Borja Cevallos.

Este cuerpo legal es quizás una de las muestras más claras de contravención a los principios constitucionales del trabajo, ya que estableció entre otras cosas:

- mayores requisitos en cuanto al número de trabajadores para la conformación de organizaciones laborales, subiendo de 15 a 30, limitando el derecho a la organización sindical en los pequeños centros de trabajo;
- supresión de la garantía de estabilidad de un año que en caso de huelgas solidarias gozaban antes los trabajadores que incurrieran en tal medida;
- consagrando la obligatoriedad de que para declarar la huelga lo haga un comité especial a falta del comité de empresa, constituido con por

lo menos treinta trabajadores, con lo cual anula la posibilidad de tal declaratoria en las empresas pequeñas; y,

- los puntos en los cuales no hay acuerdo en la negociación de un contrato colectivo, quedan sometidos obligatoriamente a conocimiento y resolución del Tribunal de Mediación y Arbitraje.

5.4. Decreto Ejecutivo 2260

Cabe señalar que, el mismo Gobierno del Dr. Rodrigo Borja, dictó el Decreto Ejecutivo N° 2260, publicado en el Registro Oficial N°641 de 13 de marzo de 1991, el que se otorgaban a la Secretaria Nacional de Desarrollo Administrativo, SENDA una serie de facultades respecto de la contratación colectiva en el sector público, que en la práctica transgredían principios tales como intangibilidad e irrenunciabilidad de derechos, estabilidad o continuidad de la relación laboral al limitar el monto de las indemnizaciones y, anulaban la libertad de contratación y la desnaturalizan. Este Decreto y contenía prohibiciones tales como: imposibilidad de contratar con empresa privadas servicios que sean otorgados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, vale decir, atención médica, cesantías y seguros de vida; fijaba límites a las indemnizaciones, así como también a la creación de nuevos componentes de la remuneraciones, adicionales a los previstos por la ley.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, ante tales violaciones constitucionales, mediante resolución publicada en el Registro Oficial N°

185 de 7 de mayo de 1993, resuelve “suspender totalmente, por inconstitucional de fondo los efectos de las normas contenidas en el Decreto Ejecutivo N°2260 de 11 de marzo de 1991”, sin embargo de esta declaratoria, aún años más tarde, la SENDA continuó ejerciendo todas las facultades que le otorgaba el Decreto Ejecutivo 2260, respecto de la contratación colectiva en el Sector Público y, tanto el Ministerio de Finanzas como la Procuraduría General del Estado, previo a emitir sus dictámenes sobre los contratos colectivos de sector público exigían la presentación del dictamen de la SENDA; con lo cual las violaciones constitucionales continuaron produciéndose.

5.5. La Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas

La Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el suplemento del Registro Oficial N°181 de 30 de abril de 1999; desconoce y reduce inconstitucionalmente derechos de los trabajadores del Sector Público, ya que, con la creación del Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público se anula la libertad de contratación colectiva, pues, según el literal c) del Art. 56 de dicha ley, corresponde al CONAREM: “Determinar los montos máximos que se asignarán para cubrir los incrementos salariales y los demás beneficios económicos y sociales, que se pacten en los contratos colectivos y actas transaccionales”; Organismo que además determinará el monto máximo de incremento a la masa

salarial anual; es decir, el proceso de negociación de un contrato colectivo que responda a las particularidades de la empresa o institución pública sobre la cual va a regir, simplemente se reduce a una suerte de asignación o reparto de valores entre los beneficios ya existentes.

El Art. 54 *ibídem*, contiene una de las más claras violaciones a los principios constitucionales del Derecho del trabajo, debido a que faculta al CONAREM el fijar los montos máximos para las indemnizaciones que deban recibir entre otros, los trabajadores de las empresas públicas, desconociendo contratos colectivos y actas transaccionales, lo cual transgrede flagrantemente lo dispuesto por el numeral 12 del Art. 35 de la Constitución Política de la República, que garantizará especialmente la contratación colectiva y dispone que el pacto colectivo legalmente celebrado no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral; además se desconoce los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos laborales; todo esto como paso previo a despidos masivos en el sector público, reducción del tamaño del Estado y privatización de sus empresas estatales.

Adicionalmente, dispone que el pago de indemnizaciones laborales puede ser efectuado “en efectivo o mediante la entrega de bonos, acciones o bienes de las instituciones del Estado, si así lo acepta el indemnizado” pudiendo, inclusive constituirse negocios fiduciarios de dichos bienes; colocando a los trabajadores públicos en un plano de igualdad —inexistente— frente al Estado, para negociar las condiciones de la

transferencia de los bonos, acciones o bienes; frente a lo cual, tales trabajadores dispersos y desorganizados a consecuencia de la reducción de personal, se encuentran en inferioridad de condiciones y sin posibilidades de éxito, viendo pisoteados sus derechos, quedando desempleados y en la práctica sin indemnización. Debe mencionarse que la referida disposición además transgrede lo dispuesto por el Convenio N° 95 de la OIT, relativo a la Protección del Salario, (R.O. 675 de 25 de noviembre de 1954) de manera especial su artículo 3.

En razón de tales violaciones constitucionales, el Tribunal Constitucional mediante resolución N° 29, publicada en Registro Oficial Suplemento N° 67 de 28 de Abril del 2000, declaró inconstitucionales a tales normas.

Por otra parte, el literal a) del Art. 56 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas dispone que previo a la suscripción del contrato colectivo o acta transaccional se debe contar con un informe del Ministerio de Finanzas, quien debe dictaminar obligatoriamente en treinta días sobre la “disponibilidad de recursos financieros suficientes para cubrir los incrementos salariales y los demás beneficios económicos y sociales” que demande la contratación colectiva; disponiendo la ley que en el caso de que se suscriba un contrato colectivo o acta transaccional sin el referido informe “se los tendrá por inexistentes y no surtirá ningún efecto legal”; invirtiendo el principio de que la nulidad que afecte a los contratos individuales y colectivos de trabajos solo puede ser invocada por los

trabajadores, el cual se deriva del principio de tutela. Esta violación constitucional que no ha sido declarada como tal, aún.

De su lado, el literal b) del Art. 56 de la referida Ley, pretende introducir una cláusula en los contratos colectivos suscritos por las empresas estatales o aquellas en que tenga participación accionaria el Estado, misma que faculta a los personeros de dichas empresas, para que en el caso de que disminuyan los ingresos económicos, se pueden suspender todos los beneficios adicionales a los legales consagrados por los instrumentos colectivos de trabajo, suspensión que será dispuesta por la autoridad del trabajo, previa audiencia con las partes interesadas.

Una vez declarada dicha suspensión la organización laboral podrá solicitar que se revoque la resolución demostrando que se superó la crisis financiera, en cuyo caso se reiniciará el pago de los beneficios suspendidos, sin que haya lugar al pago retroactivo de los mismos, por el tiempo que duró la suspensión.

Hay que destacar que a pesar de que la organización laboral no coadministra la empresa y por tanto no tiene acceso a la información financiera se le impone la carga de probar que la crisis fue superada, lo cual a más de ser ilógico constituye un mecanismo para burlar los derechos laborales.

Adicionalmente, al no establecerse un plazo para la duración de la suspensión de beneficios, los administradores pueden simular una crisis financiera o agravarla para que opere dicha suspensión o, en su defecto, una vez superada la crisis financiera no ponerla en evidencia para que la suspensión se prolongue, pues, en todo caso no hay lugar al pago de retroactivos.

En razón de la serie de violaciones constitucionales en que ha incurrido esta norma, fue declarada inconstitucional por Resolución Tribunal Constitucional No. 29, publicada en Registro Oficial Suplemento 67 de 28 de Abril del 2000.

De su lado, el literal c) del Art. 56 determina que: “en ningún contrato colectivo se podrá pactar que los trabajadores recibirán gratuitamente o de manera subsidiada los servicios o bienes que produce la institución del Estado o las sociedades en las que las instituciones del Estado tengan la mayoría de acciones...”; igualmente, se prohíbe la homologación de beneficios entre las empresas de la misma industria y las sucesión en los puestos de trabajo, por causa de muerte; disponiendo el inciso final del Art. 57 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas que “en el plazo de treinta (30) días después de promulgada la ...Ley, la autoridad de Trabajo, de oficio, declarará sin efecto las cláusulas de los contratos colectivos o actas transaccionales...; situación que a más de transgredir nuevamente el numeral 12 del Art. 35 de la Constitución Política del Estado, dispone en forma retroactiva tal suspensión,

desconociendo derechos adquiridos. En aplicación de las mencionadas disposiciones, el Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, emite una resolución que deja sin efecto las referidas cláusulas de los contratos colectivos; misma que se halla publicada en el Registro Oficial N° 194 de 19 de mayo de 1999.

Según el literal d) del Art. 56 ibídem,

Los valores que se fijan en contratos colectivos o actas transaccionales y que deban ser pagados en dinero, se expresarán en moneda nacional, en cantidades fijas e invariables y se prohíbe pactarlos con referencia a divisas, salarios mínimos vitales, unidades de valor constante o cualquier otra manera que no represente un valor fijo y determinado en moneda nacional

Dichos instrumentos suscritos sin cumplir los requisitos legales serán ineficaces, no causarán obligación alguna para la institución del Estado, ni generarán derechos para las partes. Esta disposición fue declarada inconstitucional por Resolución del Tribunal Constitucional No. 29, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 67 de 28 de Abril del 2000.

El Art. 57 del mencionado cuerpo legal, viabiliza el paso de los trabajadores de las empresas públicas sujetos al Código del Trabajo al régimen de la Ley de Servicios Civil y Carrera Administrativa, proceso que estará a cargo del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos.

El inciso cuarto del Art. 57 de la Ley, textualmente señala: “..la autoridad del trabajo convocará a los representantes del empleador y de la organización laboral para la suscripción de un anexo al contrato colectivo

en el cual se precisará el número de obreros amparados en sus beneficios y la identificación de los mismos”. Esta disposición contraviene el inciso cuarto del numeral 9 del Art. 35 de la Constitución, ya que en él se prevé que: “Para las actividades ejercidas por las instituciones del Estado y que pueden ser asumidas por delegación total o parcial por el sector privado, las relaciones con los trabajadores se regularán por el derecho del trabajo...”. Es decir, se pretende excluir arbitrariamente del amparo del Código del Trabajo y por tanto del contrato colectivo a los empleados de dichas empresas, pretendiéndose limitar tal protección únicamente a los obreros.

Uno de los considerandos de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas señala “que es indispensable que el Ecuador reoriente el manejo de sus finanzas públicas, de suerte que se pueda imponer una verdadera disciplina fiscal, caracterizada por una severa austeridad que guarde proporción con el nivel de ingresos” austeridad que no puede cimentarse en la sistemática violación de derechos de los trabajadores del Sector Público y despidos masivos.

5.6. La Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador

La Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador, también conocida como Trole I, por cuanto modifica un elevado número de cuerpos legales, fue publicada en suplemento del Registro Oficial N° 34 de

13 de Marzo del 2000. Esta Ley en el último de sus considerandos señala “Que es indispensable...una reforma laboral que asegure el acceso a las fuentes de trabajo y la competitividad de las empresas nacionales”, por lo cual dedica todo el Capítulo XII a las reformas al Código del Trabajo.

Uno de los principales cambios que introduce esta Ley es admitir el trabajo por horas, esta modalidad de trabajo que podrá adoptarse para cualquier clase de actividad, consiste en fijar un valor por la hora de trabajo y “con su pago, quedan cancelados todos los beneficios económicos legales que conforman el ingreso total de los trabajadores en general, incluyendo aquellos que se pagan con periodicidad distinta de la mensual” y podrá darse por terminado en cualquier momento. Los trabajadores por horas deben estar obligatoriamente afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pero el empleador no tiene la obligación de pagar el fondo de reserva “ni hacer aporte sobre las remuneraciones de los trabajadores a favor del Servicio Ecuatoriano de Capacitación profesional -SECAP- y el Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas -IECE-”. “El empleador que mantuviere contrato de trabajo bajo otras modalidades previstas en la ley, no podrá convertirlas a sistema de contratación por horas.”

Expresamente se faculta a Presidente de la República para que norme todo lo que no estuviere previsto en las regulaciones respecto a la contratación por horas; en uso de esta facultad, se dicta, mediante Decreto Ejecutivo, N° 1406 publicado en el suplemento de Registro Oficial

Nº 305 de 12 de Abril del 2001, el Reglamento para la Contratación Laboral por Horas.

En el referido reglamento se aclara que en el valor de la hora trabajada se encuentra incluido el pago del descanso semanal remunerado. En lo referente a los derechos de los trabajadores por horas, se determina que les corresponde la “participación en las utilidades, de conformidad con la ley, y siempre bajo el criterio de proporcionalidad en relación al tiempo trabajado. Pero, nada se dice respecto del derecho a recibir ropa de trabajo, ni a cobrar indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, cuando no son cubiertos por el IESS.

El Reglamento para la contratación laboral por horas hace una distinción entre los trabajadores contratados para labores continuas, es decir,

aquellas actividades productivas que se ejecutan regularmente y de manera sistemática durante todo el año en jornadas de ocho horas diarias y cuarenta horas semanales, como generalmente se desarrollan en la industria manufacturera o en el comercio

y , labores discontinuas, esto es aquellas

que por la propia naturaleza de las actividades productivas que deben desarrollarse, no pueden ejecutarse en jornadas regulares de ocho horas diarias y cuarenta horas semanales, de manera continua y sistemática, sino que, en jornadas menores o mayores a las regulares.

En el primer caso, podrá pactarse una duración máxima de la jornada de ocho horas diarias y cuarenta horas semanales, sin lugar a horas suplementarias. Los trabajadores contratados bajo esta modalidad no

excederán del 40% de los trabajadores contratos por tiempo indefinido o a plazo fijo. “El excedente de trabajadores del porcentaje ...indicado, [pasarán] a ser considerados como trabajadores a tiempo indefinido en orden de antigüedad en el ingreso a labores”; debiendo las autoridades del trabajo verificar el cumplimiento del indicado porcentaje.

Cabe preguntarse si los señores inspectores del trabajo estarán en disponibilidad para efectuar este control además de todas su tareas ordinarias, si dentro del proceso de reducción del tamaño del Estado, en el mes de diciembre del 2000 se redujo significativamente su número; basta señalar como ejemplo que en Pichincha de 23 inspectores que existían quedaron únicamente 12, sin que el volumen de trabajo se hay visto disminuido.

En el segundo caso, “no se aplicarán las restricciones horarias y porcentuales determinadas para los contratos por horas para la ejecución de labores continuas”. Una vez fenecidas las labores discontinuas no se podrán suscribir contratos bajo esta modalidad pero sí como labores continuas, debiendo respetarse el máximo de horas permitidas.

Se exceptúa de observar el porcentaje máximo establecido para los contratos por horas, los centros de trabajo que tengan hasta 15 trabajadores que realicen la totalidad del producto final, número en el que

no se incluyen personal de limpieza y guardias de seguridad; en cuyo caso todo el personal podrá ser contratado por horas.

Finalmente, se debe indicar que los contratos por horas no pueden ser realizados por intermediarios, salvo el caso de intermediarios vinculados.

Como se puede constatar a través de los contratos por horas se rompe totalmente el principio de estabilidad laboral, permitiéndose la libre contratación de la fuerza laboral y su despido, como si se tratase de un insumo más que se emplea en el proceso productivo, desnaturalizando al Derecho del trabajo.

Uno de los puntos positivos que introdujo esta Ley es, a través de la unificación salarial, de alguna manera poner orden en el caos que existía en esta materia en el país; pero, aprovechando esta situación el inciso final del artículo innumerado añadido a continuación del Art. 94 del Código de Trabajo, dispone que “los incrementos que por cualquier concepto realicen previamente y de manera directa los empleadores, voluntaria y unilateralmente, serán imputables a los incrementos a las remuneraciones que realice el CONADES”; es decir, los empleadores estarían en la obligación —y no en la facultad— de efectuar tal imputación; hecho que contraviene a los principios de tutela y de que las remuneraciones que fija el Estado constituyen el mínimo que éste garantiza a los trabajadores, vale decir, constituyen una base que puede ser mejorada y no un techo que no pueda ser superado.

5.7. Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana

Con las reformas al Código del Trabajo que introdujo la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, Trole II, —que fue promulgada como Decreto Ley, sin ser debatida y aprobada por el Congreso Nacional, toda vez que se agoto el plazo fijado por la Constitución para que el Legislativo la trate y, mientras éste se debatía en una de sus mayores crisis institucionales—, se pretendía, conseguir como efecto, según reza la misma, dar solución a

uno de los problemas más cruciales por los que atraviesa el país [como] es la carencia de fuentes de trabajo que permitan ingresos dignos a la población, constituyendo esta circunstancia una de las mayores preocupaciones del Gobierno Nacional....Para conseguir nuevas fuentes de empleo es necesario flexibilizar y actualizar ciertas normas que pudieran impedir la apertura de nuevas oportunidades a los ecuatorianos.

Como se puede evidenciar, se parte del supuesto de que la legislación tuitiva es un óbice para la creación de empleo y, para que éste sea generado es necesario flexibilizar las relaciones laborales.

Por la importancia que reviste la Resolución emitida por el Tribunal Constitucional respecto de las reformas que esta Ley introduce al Código de Trabajo, y por lo ilustrativo para el tratamiento del tema objeto del presente estudio, se vuelve necesario ir cotejando el texto de la Ley y el razonamiento que sobre dicho texto efectuó el Tribunal Constitucional, previo a la declaratoria de inconstitucionalidad.

Esta Ley amplia la posibilidad de que

los empleadores que inicien sus operaciones en el país, o los existentes que amplíen o diversifiquen su industria, actividad o negocio, no se sujetarán al porcentaje del quince por ciento [de trabajadores a prueba] durante los seis meses posteriores al inicio de operaciones, ampliación o diversificación de la actividades, industria o negocio.

Uno de los puntos polémicos que introdujo al Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana en materia laboral, es el de los trabajadores polifuncionales, entendiéndose por tal, a aquel que realice dos o más actividades de diversa índole bajo las órdenes del mismo empleador, a cambio de una remuneración superior. Esta disposición fue declarada inconstitucional por Resolución Tribunal Constitucional No. 193 de 12 de Diciembre del 2000, ya que se considero que:

...la polifuncionalidad se encuentra orientada a evitar la especialidad en el desempeño laboral, permitiendo la alternabilidad indiscriminada de la mano de obra no técnica, se propicia artificiosamente la inseguridad laboral mediante posibles acciones laborales de visto bueno, dejando en mayor indefensión al trabajador, parte débil de la relación laboral y además, se violenta la exigencia al Estado para que supere el desempleo y el subempleo...

La Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana da en su Art. 172 una definición de remuneración, misma que a criterio del Tribunal Constitucional contenido en su Resolución Tribunal Constitucional No. 193 de 12 de Diciembre del 2000, es inconstitucional por cuanto:

elimina del concepto de remuneración para efectos de la indemnización lo que el trabajador percibe en servicios o en especies y, condiciona a las retribuciones normales en la industria o servicio a que sea "permanente", en contradicción con el artículo 35 número 14 de la Constitución Política de la República; y, además excluye para efectos de dicha indemnización a las bonificaciones voluntarias que no se encuentran exceptuadas del concepto de remuneración por así disponerlo el inciso segundo del citado número 14 del artículo 35 ibídem.

Similar situación ocurre con lo dispuesto por el Art. 178 de la Ley, que altera el concepto de remuneración que consta en la Constitución por lo que también fue declarado inconstitucional, en razón de que

una norma jurídica de menor jerarquía, la ley, no puede estar en conflicto ni contraponerse a la norma suprema, la que prima en el ordenamiento jurídico; y toda vez que la invocada disposición constitucional ya determina el concepto de remuneración, al redefinirla con una merma en su apreciación, el impugnado artículo deviene inconstitucional.

De otro lado, se limita arbitrariamente la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, a la suma de cuatro mil dólares, y se dispone que el excedente

será pagado por el empleador a favor del Estado en concepto de impuesto a la renta adicional... y deberán destinarse a los presupuestos de los Ministerios de Salud Pública y de Educación y Cultura.

Al respecto el Tribunal Constitucional considera que:

de acuerdo con el numeral 8 del artículo 35 de la Constitución Política, los trabajadores tienen derecho a participar en las utilidades líquidas de las empresas de conformidad con la ley. Derecho que no tiene limitación constitucional alguna; por tanto la norma deviene en inconstitucional.

De su parte, el Art. 182 de la Ley restringe los casos de terminación de la relación laboral en los que corresponde indemnizaciones a los trabajadores, sobre lo cual el Tribunal Constitucional señala que esta disposición:

orientada a privar de indemnizaciones a los trabajadores por terminación del contrato, siendo que en la actualidad se halla previsto tal pago en contratos colectivos. La misma ley ha previsto este pago en caso de extinción de la persona jurídica, y otras causales determinadas por la ley, por lo cual esta disposición es inconstitucional en tanto la legislación laboral en su afán de nivelar la relación interpartes de trabajador y empleador destaca elementos protectivos en favor de la parte más débil de esta relación, el trabajador, lo cual guarda relación y se sujeta a la disposición imperativa del artículo 35 de la Constitución y a los Convenios 87 y 98 de la OIT; ...[a demás de que viola] la vigencia de los derechos del trabajador, consagrados en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 35 de la Carta Suprema, por lo que se declara su inconstitucionalidad.

La Ley restringe el fuero sindical a los miembros "principal o suplente principalizado, del comité de empresa" El Tribunal Constitucional en su resolución de 12 de Diciembre del 2000, considera que esta reforma es inconstitucional por que:

atenta contra la libertad de asociación sindical y toda vez que el suplente actúa en gestiones directivas y en cualquier momento puede ser principalizado definitivamente, por lo que la garantía constitucional contenida en el numeral 9 del artículo 35 de la Constitución mira hacia la dirigencia sindical y no exclusivamente hacia la persona o individualidad del dirigente; y, de la misma forma, el artículo impugnado violenta el Convenio 87 de la OIT referente a la libertad sindical....

Otra de las graves violaciones a los principios constitucional del Derecho del trabajo en que incurre esta Ley es limitar el monto de las

indemnizaciones por despido intempestivo, por haber percibido en los últimos 24 meses una remuneración superior a 500 dólares, lo que fue considerado inconstitucional ya que

...incorpora[r] condicionamientos respecto a las indemnizaciones laborales, es discriminatorio para los trabajadores que tienen más años de servicio y mayor remuneración, ...es violatorio de la garantía de igualdad ante la ley establecida por el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución, así como violenta los numerales 3 y 4 del ya referido artículo 35 Constitucional relativo a la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores....

En lo que respecta a la jubilación esta Ley, dispone que

En ningún caso la pensión mensual de jubilación será mayor que el sueldo o salario medio del último año, ni inferior a dos salarios mínimos vitales, si solamente tiene derecho a la jubilación a cargo del empleador, o a un salario mínimo vital si es beneficiario de doble jubilación.

Respecto de lo cual, el Tribunal Constitucional señala:

La reforma que podría haber mejorado la situación del jubilado, en realidad no lo hace y, al tener como referencia el denominado salario mínimo vital, que en la práctica es inexistente, propugna una discriminación en perjuicio de estas personas y violenta los numerales 3 y 20 del artículo 23 y el artículo 54 de la Constitución, referentes a la igualdad ante la ley, el derecho a acceder a una digna calidad de vida así como el referente a que el Estado garantiza a las personas de la tercera edad y a los jubilados el derecho a una asistencia especial que asegure en su favor un adecuado nivel de vida...

Respecto del contrato o pacto colectivo, el Tribunal Constitucional en su

Resolución de 12 de diciembre señala que la presente Ley, en este punto:

elimina el hecho de que solamente pueden celebrarse los contratos siguientes y/o sucesivos entre los mismos intervinientes en el pacto, quedando sujetos los contratos futuros a los principios determinados en el llamado pacto, aún cuando tales contratos se celebren con nuevos trabajadores. Esta disposición vulnera la garantía constitucional de la contratación colectiva determinada en el numeral 12 del artículo 35 de la Constitución, y el Convenio 98 de la OIT mediante el cual se, determina el derecho a la vigencia de los principios de sindicalización y contratación colectiva, por la cual el artículo es inconstitucional.

La Ley derogó el Art. 225 del Código del Trabajo, que consagraba la obligatoriedad –para el emplador- de suscribir el contrato colectivo, sobre esta particular el Tribunal Constitucional ha señalado que:

eliminación ésta que no precautela el contenido del texto constitucional constante en el numeral 12 del artículo 35 de la carta Magna. Ahora bien, en virtud de que mediante la ley en estudio se procede a suprimir este artículo, el Tribunal no puede pronunciarse sobre una norma inexistente, sin embargo se exhorta al legislador para que en cumplimiento del antes citado mandato constitucional, proceda en derecho a restituir la norma derogada;

lo cual, hasta la presente fecha no ha ocurrido.

De otro lado, la Ley pretende restringir la garantía de estabilidad por presentación del proyecto de contrato colectivo únicamente a la primera ocasión, suprimiendo tal garantía en los “sucesivos proyectos”. Respecto a esta reforma el Tribunal Constitucional a señalado:

Es necesario dejar constancia que la contratación colectiva es única, de tal forma que la denominación ordinal que se puede hacer a la misma, es arbitraria. La contratación colectiva permite mantener un ambiente armónico y de convivencia entre las partes contractuales, razón por la cual, mientras se desarrolla el proceso de negociación del contrato colectivo es imperativo para los trabajadores no presentar

pliego alguno de peticiones, en contrapartida, no le es permitido al empleador despedir a los trabajadores. Con la inclusión de la palabra "primer" se incumple con la norma constitucional que consagra la garantía de equidad y protección a los derechos de los trabajadores en clara violación de los numerales 3 y 4 del artículo 35 de la Constitución.

La Ley sustituye el Art. 241 del Código del Trabajo por el siguiente texto:

“Presentado a la autoridad del trabajo el proyecto de revisión del contrato colectivo y debidamente notificado, los trabajadores podrán declarar la huelga *únicamente*, si notificado el empleador con el proyecto, despidiere a uno o más trabajadores”; mismo que genera confusión y pues daría la apariencia de que solo en este caso se puede declarar la huelga. El Tribunal Constitucional manifiesta que dicha reforma

singulariza que la declaratoria de huelga por parte de los trabajadores, opera únicamente cuando notificado el empleador, despidiere a uno o más de los trabajadores, disposición que es contradictoria con la norma contenida en el artículo 504 del Código Laboral, que establece otras causales de huelga, con lo cual se crea un conflicto en la aplicación del mismo cuerpo legal, y, violenta los numerales 10 y 12 del artículo 35 de la Constitución referentes al derecho de huelga y garantía a la contratación colectiva, derecho que también se halla consagrado en el convenio 98 de la OIT. Por lo tanto, se declara inconstitucional la palabra *únicamente* constante en este artículo.

Finalmente, quizás el punto más polémico que introdujo la Ley para la Promisión de la Inversión y Participación Ciudadana, es el referido al Pacto Libre Colectivo, figura que al no requerir que exista una organización o comité especial con quien suscribirla y que sirva de contrapeso para equilibrar la mejor posición de negociación que tiene el empleador, deja en una situación de desventaja a los trabajadores.

Adicionalmente, dicho pacto es suscrito entre el empleador y sus trabajadores en forma individual, lo cual compromete gravemente existencia de las organizaciones laborales, menoscabando el principio de libertad sindical. Respecto a este tema el Tribunal Constitucional considera:

la contratación colectiva procede con el Comité de Empresa, conformado por más de la mitad de los trabajadores que laboran en ella, en tanto que el Pacto Colectivo no requiere un número de trabajadores dispuestos a suscribirlo. Por ende, esta nueva modalidad pretende deslegitimar la organización laboral. Y, por el

contrario, el pacto libre colectivo deviene en un pacto individual en virtud del cual los trabajadores desorganizados se debilitan frente al empleador, perdiendo la calidad y fuerza negociadora, precisamente por ser la parte más débil de la relación laboral. Adicionalmente la obligación legal de una duración mínima del pacto colectivo obliga a los trabajadores a mantener inalterables sus relaciones laborales independientemente de las circunstancias político - económicas que vive el país. La coercitividad de la disposición legal en estudio violenta las garantías de libertad sindical y contratación colectiva contenidas en los numerales 9 y 12 del artículo 35 de la Constitución, así como las disposiciones que sobre la materia se encuentran contenidos en los Convenios Internacionales 87 y 98 de la OIT, suscritos por el Ecuador.

Como se puede observar, la década pasada se caracterizó por la flexibilización de las relaciones laborales, mediante la expedición de normas que en la práctica reducen derechos y garantías de los trabajadores, como se demuestra en el cuadro N° 1, en el cual se evidencia que el ejercicio de éstos disminuyó considerablemente, luego de la expedición de la Ley N° 133 en el año 1991; pero, como se puede observar en el cuadro N° 2, la tasa de desempleo no se ha reducido con la expedición de dichas leyes, por el contrario en algunos años se ha incrementado, a lo cual los defensores de la flexibilización laboral dirán que no han existido las condiciones macroeconómicas, políticas y sociales para el crecimiento económico, lo cual hasta puede ser cierto, pero, en este punto cabe preguntarse, qué obtuvo el País restringiendo derechos y garantías laborales, nada, pues los inversionistas no buscan únicamente los países en donde mano de obra barata, sino que requieren de mano de obra calificada, la cual no se puede formar, porque el mismo Estado crea mecanismos para que se corten los flujos de fondos al Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional y al Instituto Ecuatoriano de

Crédito Educativo, suprimiendo la obligación de los empleadores de aportar para dichas instituciones, sobre los contratos por horas que suscriba.

Este nuevo modelo económico aperturista es recogido formalmente por la Constitución vigente, pues, en su Art. 243, señala como un objetivo permanente de la Economía ecuatoriana, “la participación competitiva y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional”; para la cual, se ha emprendido desde el inicio de los noventa, en una serie de reformas a la legislación laboral, que en la práctica desconocen sus principios, restringen derechos y garantías, consagrados por la norma suprema y convenios internacionales.

Tales reformas legales fueron realizadas contraviniendo expresas normas constitucionales y aquellas contenidas en los acuerdos y convenios internacionales que sobre la materia ha suscrito el Ecuador; lo que haría pensar que se ha iniciado una tercera etapa dentro de la periodización de las normas constitucionales del trabajo, que se ensayó en el numeral 2.3. de este trabajo; pero, por el lado de contravención de dichas normas.

Conclusiones:

La crisis del Estado de bienestar a nivel mundial, que en caso ecuatoriano se asemejó más a un *Estado asistencialista*, provocó que el modelo económico de sustitución de importaciones que estaba vigente en nuestros países, deba ser dejado de lado; se cambie la función que el Estado cumplía en la economía, e inclusive se lo redimencie; y, se adopte un modelo de economía abierta al comercio internacional y a la inversión extranjera, para poder enfrentar las exigencias que imponen la globalización de la economía mundial.

Este cambio en el modelo económico presupone una menor o casi inexistente intervención del Estado en la economía, razón por la cual, se emprendieron en el Ecuador una serie de reformas constitucionales y legales, se dejaron de lado la concepción de áreas estratégicas de la economía que el Estado se reservaba para sí, que le permitía ser el rector de la economía y el principal creador de empleo, y se dio paso a la supresión de organismos y entidades del Sector Público y, privatización de empresas estatales, con el consiguiente despido de funcionarios y empleados públicos, lo que generó graves problemas sociales, cuyas secuelas aún subsisten.

En lo que al manejo de las relaciones laborales se refiere, se expidieron desde la década del noventa, una serie de leyes y otras normas jurídicas de menor rango, que restringen derechos y garantías de los trabajadores y contravienen los principios y derechos relativos al trabajo que consagra la Constitución Política de la República, con miras a romper la supuesta rigidez que adolecía el régimen laboral.

Dichos principios, derechos y garantías del trabajo responden a las exigencias del anterior modelo económico de industrialización sustitutivas de importaciones, mismo que requería de relaciones laborales de larga duración, con trabajadores que cumplan tareas únicas y específicas; sin embargo, en la actualidad y, una vez sustituido este modelo económico, surge la puja por cambiar dichos principios, para establecer relaciones laborales de corta duración, disminuyendo costos por despidos intempestivos, procurando volver más competitiva a la producción nacional, en los cada vez más exigentes mercados internacionales y atraer inversión extranjera; lo cual generaría más empleo y por consiguiente mejoraría la calidad de vida de la población.

En la práctica, poco se ha conseguido respecto de la creación de empleo, pues de ha evidenciado que la tasa de desempleo ha ido incrementándose año a año, en la última década, y la tasa bruta de desempleo se ha mantenido constante, lo que demuestra que las supuesta rigidez del sistema no era un obstáculo para la generación de empleo, y que son otras circunstancias, como la falta de infraestructura, disponibilidad medios de

comunicación con tecnología de punta, inseguridad jurídica, política y ciudadana, que alejan la inversión; la falta de planificación a mediano y largo plazo, incapacidad para alcanzar consensos en las altas esferas del gobierno y en algunos casos, corrupción; impidiendo que se genere un clima de confianza que posibilite nuevas inversiones, que creen nuevos puestos de trabajo.

Las reformas laborales que se han efectuado desde la década del noventa, no han merecido un proceso de diálogo previo entre las partes interesadas, vale decir trabajadores, empleadores y gobierno, sino que por el contrario, han sido el fruto de la imposición de intereses económicos; puja en la que los trabajadores han llevado la peor parte. Quizás sea la falta de dialogo entre los interesados y la poca difusión de los proyectos de leyes, lo que haya ocasionando que las nuevas normas fracasen a la hora de alcanzar los objetivos planteados y, concretamente en la generación de nuevas fuentes de empleo.

Finalmente, hay que tener en cuenta que hay dos formas de flexibilizar las relaciones laborales, una por la vía de las reformas legales y, otra más sencilla, por vía del sistemático irrespeto y violación de tales derechos. Por esta razón, es necesario encontrar un adecuado punto de equilibrio entre las justas aspiraciones de los trabajadores y las reales posibilidades de los empleadores; pues se debe tener en cuenta que el régimen laboral no se debe convertir en una camisa de fuerza que cada vez vaya ahogando a las empresas, quizás, en ciertos casos, es necesaria su reformulación, pero

esto no debe significar simplemente disminución o supresión de derechos, sino readecuándolos a las nuevas circunstancias; para que no resulte más conveniente a un empleador despedir a sus trabajadores al no poderlos reubicar en su empresa.

Por otro lado, es importante que las organizaciones de empleadores estén conscientes de que con la globalización económica y la apertura de los mercados, quienes no puedan exportar sus productos, necesariamente tendrán que expendarlos en el mercado local, y que sus compradores, que en su mayoría son personas con ingresos en relación de dependencia, tienen que tener capacidad de compra, por lo cual no es conveniente, ni sostenible a futuro, disminuir los ingresos de los trabajadores ni restringir sus derechos laborales; todo lo cual se verá agravado por penetración en el mercado local de productos importados, muchos de ellos a menor precio.

Por otro lado, es necesario que los derechos laborales sean adecuadamente difundidos entre la población, pues caso contrario se convertirán en declaraciones sin aplicación práctica y, lo que es más importante es necesario fortalecer a las autoridades encargadas de velar por su efectivo cumplimiento, y no como ocurre en la actualidad, que se disminuye el número de inspectores del trabajo, y por otro lado se incrementan las funciones a ellos encomendadas.

De esta forma, logrará una adecuada labor de prevención y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de los empleadores; ya que la subsistencia de la mayoría de la población que tiene como única fuente de ingresos, aquellos que provienen de la relación laboral de dependencia, no pueden quedar al libre juego de las fuerzas del mercado, evidenciándose una vez más, la necesidad de que intervenga el Estado, para morigerar intereses contrapuestos, en una relación donde las partes no tienen la misma capacidad de negociación.

Recomendaciones:

El Ecuador no puede pretender que sus bajos costos laborales sean un imán para atraer inversión extranjera o fomentar la inversión nacional, la vivencia diaria demuestra que esto no arroja resultados positivos, e incrementa la distancia entre ricos y pobres: pudiendo ser la causa de estallidos sociales.

Por el contrario, es necesario que el país cuente con recursos humanos altamente calificados, lo cual no se va a lograr de un día a otro, es un proceso de mediano o largo plazo, que debe necesariamente involucrar a organizaciones de trabajadores y empleadores, para que junto con el gobierno se establezcan verdaderos canales de comunicación que permitan alcanzar objetivos comunes, sostenibles en el tiempo, tales como: programas de capacitación y su contenido, implementación de formas de remuneración en base al rendimiento y a la productividad en el trabajo; mejoramiento del sistema disciplinario de los trabajadores para no llegar a la terminación de la relación laboral, entre otras.

Además, debe empezar a trabajar en el campo de la educación, mejorando su cobertura y calidad, en el campo de la salud, mediante planes de prevención de enfermedades y combatiendo la desnutrición infantil; para, de esta forma, mantener una población saludable y educada, que pueda

potenciar su creatividad y afronte eficientemente los retos que le impone el desarrollo tecnológico en un mundo globalizado.

Fortalecer a las inspectorías del trabajo, incrementando su número en base a las reales necesidades de cada jurisdicción, que debería ser cantonal y no provincial, estableciendo programas continuos de mejoramiento y capacitación, dotándolos de mayores facultades en la prevención de conflictos, pagando remuneraciones justas que permitan cubrir dignamente sus necesidades, etc.

De no actuar como se deja mencionado, la situación del Ecuador no cambiará aún que se extingan todas las garantías y derechos de los trabajadores y, éste se verá condenado a seguir exportando mano de obra barata, para que desempeñe las labores más humildes y sencillas en los países centrales; y, cada día se incrementa más la brecha que de éstos no separa.

Anexos:

Cuadro N° 1

Trámite Año	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00
Conflictos Colectivos de Trabajo	272	309	397	362	339	230	186	134	104	93	108	85	103	73	50
Huelgas	78	74	126	167	140	87	47	28	12	7	11	18	17	4	9
Contratos Colectivos de Trabajo	315	315	349	326	334	313	308	221	216	197	208	190	167	117	134

Fuente: Ministerio del Trabajo

CUADRO N° 2.

Evolución de las Tasas de Desempleo y Subempleo en el Ecuador

Año	Desempleo	Subempleo
1988	6.5 %	45.47%
1989	7.9%	48.01%
1990	6.1%	49.73%
1991	8.5%	45.47%
1992	8.9%	47.77%
1993	8.3%	45.15%
1994	7.1%	45.07%
1995	6.9%	45.80%
1996	10.4%	43.29%
1997	9.2%	40.35%
1998	11.5%	42.30%
1999	14.4%	49.30%

Fuente: Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador,
SIISE.

Bibliografía:

Banco Mundial. Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997, *El Estado en un mundo en transformación*, Washington D. C., 1997.

Blanco Vado, Mario A. *Las relaciones laborales en el marco de la globalización económica: los principios del derecho laboral, su regulación y sus tendencias*. Revista Jurídica Electrónica de Costa Rica <http://www.nexos.co.cr/cesdepu/revelec/relaclab.htm>

Beck, Ulrich. *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998.

Büniger, Hans Ulrich. *Nuevos puestos de trabajo por medio de desregulación y flexibilización del mercado laboral, en Ecuador Debate*, N° 39, Centro Andino de Promoción Popular CAAP, Quito, Diciembre de 1996.

Cabanellas, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Omeba, 1968.

Cabanellas de Torres, Guillermo y Luis Alcalá-Zamora y Castillo, *Tratado de política laboral y social*, 3ra. ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1982.

Caicedo Castilla, José. *El Derecho Internacional en el Sistema Interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1970.

Casa de la Cultura Ecuatoriana, *Principales Instrumentos Internacionales*. Quito. Casa de la Cultura Ecuatoriana. 1960.

Curso de Derechos Humanos del Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África.
<http://www.iepala.es/DDHH/ddhh1404.htm>

De Buen Lozano, Néstor, *Flexibilización y Desregulación: Dos vías diferentes*, en *La Ocupación del Futuro*, Gutiérrez Garza Esthela, Coordinadora, Fundación Friedrich Ebert, México, 1996.

De Buen Lozano, Néstor. *El Futuro del Derecho del Trabajo*; en *Tendencias actuales del Derecho*, José Luis Soberanes, Compilador, México, UNAM, 1994.

De Ferrari, Francisco. *Derecho del trabajo*, 2da. Ed, Buenos Aires, Depalma, 1976.

De la Cueva, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*, 8va. ed., México, Porrúa, 1964.

De la Garza Toledo, Enrique y Alfonso Bouzas. *La Flexibilidad del Trabajo en México: Una visión actualizada*. Institute of Latin American and Iberian Studies, Columbia University in the City of New York, Septiembre 1998, <http://www.columbia.edu/cu/ilais/garza.html>

Di Filippo, Armando. *Consecuencias Sociales y laborales de la Integración en Latinoamérica*. <http://www.cefir.org.uy/D-index.htm>
Emida Uriarte, Oscar. *Globalización y relaciones laborales*. Ponencia presentada en el III Congreso de Relaciones Laborales. Lima. 1999. <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sa/la/ermida/globaliz/index.htm>

Guisse, Hadji. *El Problema de la Impunidad*. Organización de las Naciones Unidas. Relator Especial del Consejo Económico y Social de la ONU, Ginebra, 1997.

García, Manuel Alonso. *Curso de derecho del trabajo*, 7ma. ed., Madrid, Ariel, 1980.

Jaua Milano, Elías. *Del fordismo a la flexibilidad laboral: supuestos, crisis y realidades de la regulación social*. Foro de Economía Política. 1997. <http://www.red-vertice.com.fep/texto04.htm>

Neffa, Julio César. *Crisis y emergencia de nuevos modelos productivos*. <http://www.clacso.org>

Negri, Antonio. *Jhon M. Keynes y la teoría capitalista del estado de bienestar*, citado por Elías Jaua Milano, *op. cit.*

Murgas Torrazza, Rolando. *Globalización, Flexibilización y Cláusulas Sociales*.

Organización de las Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas*, 3era. ed., Nueva York, Naciones Unidas, 1969.

Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org>

Organización Internacional del Trabajo Memoria del Director General de la OIT: Trabajo Decente. Conferencia Internacional de Trabajo, 87ª Reunión, Ginebra, junio de 1999. <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

Organización Mundial de Comercio. <http://www.wto.org>.

Pacheco, Máximo. *Los derechos humanos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Pasco Cosmópolis, Marco. *Tendencias actuales del derecho del trabajo*; en Alegatos, N°38, enero /abril de 1998.

Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1978.

Salgado, Wilma. *Productos primarios, mano de obra y calificación en la producción*, en Ecuador Debate, N° 39, Centro Andino de Promoción Popular CAAP, Quito, Diciembre de 1996.

SELA, Secretaría Permanente. *Cambio y continuidad en el proceso de globalización internacional: Escenarios de fin de siglo*.

Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana, SILEC. LEXIS. S. A. Quito.

Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador, SIISE.

Trujillo, Julio César. *Derecho del trabajo*, T. I. 2da. ed., Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1986.

Trujillo, Julio César. *Ley No. 133*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1992

Urréa Giraldo, Fernando. *Un modelo de flexibilización laboral bajo el terror del mercado*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO. <http://www.clacso.org>

Wray Espinosa, Alberto. "El Sistema Jurídico Ecuatoriano", en *Nueva Historia del Ecuador*, Enrique Ayala Mora, Editor, vol. XIII, Quito, Corporación Editora Nacional, 1995.