

Reformas al Código del Trabajo introducidas por la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar

*Elisa Lanas Medina**

RESUMEN

El presente artículo analiza las principales reformas introducidas al Código del Trabajo por la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar,¹ que modificó también la Ley General de Seguridad Social, la Ley Orgánica de Servicio Público y la Ley Orgánica de Empresas Públicas. En el estudio se evaluará el cumplimiento de los objetivos previstos en dicha reforma, a más de un año de su publicación, en momentos de desaceleración económica del país, y cuando se encuentra también en vigencia la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo, con nuevas reformas al Código del Trabajo, a la Ley Orgánica de Servicio Público, a la Ley General de Seguridad Social y a la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: trabajo, justicia laboral, obra o servicio determinado, giro del negocio.

ABSTRACT

This article analyses the principal amendments to the Working Code made by the Law of Labor Justice, and Recognition of the Work at Home. This law also modified the Law of General Social Security, the Organic Law of Public Service, and the Organic Law of Public Companies. This study will evaluate the accomplishment of the objectives of the reform, one year later of its publication. In addition, the context where this article is located is the economic slowdown, the extraordinary regulation of working day, unemployment insurance, and the new amendments of the Working Code, the Organic Law of Public Service, Law of General Social Security, and the Law of the Bank of the Ecuadorian Institute of Social Security.

KEYWORDS: work, labor justice, determined work or service, business.

FORO

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

1. RO-S3 No. 483, de 20 de abril de 2015.

INTRODUCCIÓN

La Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar,² con una vigencia de más de un año, se propuso algunos objetivos; uno de los más anunciados en los considerandos era lograr el aseguramiento universal a la seguridad social, por vía de la creación del seguro para personas que se dedican al trabajo reproductivo. Otro objetivo que no se anunció, en cambio, responde a necesidades de ahorro por parte del Estado, por vía de la supresión de la obligación prevista en el anterior artículo 237 de la Ley General de Seguridad Social por la que el Estado debía financiar en un 40% las pensiones que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social debe asumir con sus asegurados con derecho a jubilación.

Aparte de estos cambios en materia de seguridad social, la reforma introdujo importantes modificaciones a los contratos de trabajo, con el ánimo de reforzar la estabilidad laboral. La reforma también afectó ciertos derechos económicos de los trabajadores; en este último caso, y como se verá en detalle en el texto, el ánimo también ha sido que el Estado cuente con fondos, fruto de multas, valores no cobrados, pero también recortar el monto que deberían percibir los trabajadores por concepto de utilidades.

Las reformas introducidas motivaron importantes movilizaciones de sectores sociales del país, y la presentación de al menos seis demandas de inconstitucionalidad³ que todavía no cuentan con resoluciones.

Dada la trascendencia de las reformas planteadas en la Ley, este estudio se centrará en el análisis de los principales cambios que se han dado al Código del Trabajo por la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.

CONTRATO INDEFINIDO Y CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO DENTRO DEL GIRO DEL NEGOCIO

Antes de la reforma, pese a que el Código del Trabajo contemplaba el contrato por tiempo indefinido, aparte de otras modalidades temporales, el contrato tipo de trabajo era el de duración determinada, que podía ser de hasta dos años⁴ pero que generalmente se suscribía por un año y que, de ser el caso, se renovaba por otro año más.⁵ Al

2. Publicada en el R.O. Suplemento 483 de 20 de abril de 2015.

3. Por parte del Movimiento Unidad Popular, el Consejo de Asociaciones de Jubilados, legisladores de distintas bancadas políticas y trabajadores privados.

4. Con el correspondiente período de prueba de noventa días.

5. Efectivamente, el anterior inciso primero del art. 14 del CT preveía lo siguiente: “Estabilidad mínima y excepciones.- Establécese un año como tiempo mínimo de duración, de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo

finalizar ese plazo, el empleador podía optar por separar al trabajador por medio del desahucio correspondiente, o mantenerlo dentro de la plantilla, volviéndose indefinida la relación con el trabajador.

A este respecto, como lo sostiene la doctrina especializada, la estabilidad en el empleo es el derecho conferido al trabajador de conservar su puesto de trabajo, pudiendo perderlo únicamente por la existencia de una causa justificada.⁶ El ánimo que ha gobernado este derecho tiene que ver con darle certeza al trabajador de que permanecerá en el empleo, salvo que se presente una causa enorme que rompa esa continuidad, toda vez que la remuneración del trabajo es el principal sustento del trabajador y su familia. Lo que se busca es “atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”.⁷

La reforma introducida por la Ley de Justicia Laboral y de Reconocimiento del Trabajo en el Hogar vino a proclamar la estabilidad en el empleo de manera contundente en el reformado artículo 14 del Código del Trabajo, según el cual: “El contrato individual de trabajo a tiempo indefinido es la modalidad típica de la contratación laboral estable o permanente, su extinción se producirá únicamente por las causas y los procedimientos establecidos en este Código”, exceptuándose las modalidades de contratación por obra cierta que no sean habituales en la actividad de la empresa o empleador, los contratos por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, los contratos eventuales, ocasionales y de temporada, y los de aprendizaje.

Esta determinación se complementa con la necesaria causalidad en el régimen de despido, sin la cual dicha estabilidad sería ficticia, puesto que de nada sirve el contrato indefinido si el despido es libre.⁸ En ese sentido, una vez superado el período de prueba que es de noventa días,⁹ la relación se verifica indefinida para el empleador, es decir que únicamente puede despedir legalmente al trabajador mediante la concesión de un visto bueno, o por haber ganado el juicio laboral, caso contrario debe pagar la

indefinido, que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general, cuando la actividad o labor sea de naturaleza estable o permanente, sin que por esta circunstancia los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse a tales trabajadores para los efectos de esta Ley como estables o permanentes”. Por su parte, el inciso segundo del art. 184, al hablar sobre el desahucio, señalaba que: “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”.

6. Rafael Alburquerque, “Estabilidad en el empleo y contratación precaria”, en *Estabilidad en el empleo, solución de conflictos de trabajo y concertación social: Perspectiva iberoamericana* (Murcia: Universidad de Murcia, 1989), 17.
7. Américo Plá Rodríguez, *Curso de Derecho Laboral*, vol. 1, tomo I (Montevideo: Acali, 1979), 58.
8. Julio César Trujillo, *Derecho del Trabajo*, tomo I, 3a. ed. (Quito: PUCE, 2008), 240.
9. Siempre que exista un contrato que así lo prevea, caso contrario, el contrato será indefinido desde el comienzo de la relación laboral. Art. 15 del CT, reformado.

correspondiente indemnización por despido intempestivo; mientras que para el trabajador tiene la duración que este quiera.

Ahora bien, una vez establecido el principio de estabilidad por vía del contrato de duración indefinida, el legislador buscó algún mecanismo compensatorio para el empleador, al crear en la misma reforma los contratos por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio. Este contrato tiene su antecedente en legislaciones como la española, donde la limitación y duración del contrato actúan como circunstancias justificativas de la temporalidad del vínculo, además de que permiten apreciar la presencia de un contrato respecto al cual, si bien se conoce de antemano la certeza de su extinción, se ignora el momento exacto en que esta tendrá lugar.¹⁰

El contrato por obra o servicio determinado es, pues, un contrato de trabajo en que se acuerda la realización de una obra o la prestación de un servicio determinado, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta.¹¹

En el caso ecuatoriano, como lo determina el artículo 16.1 incorporado al Código del Trabajo, una vez concluida la labor o actividad para la cual fue contratado el trabajador, termina la relación laboral, debiendo procederse al pago de la bonificación por desahucio. Ahora bien, en caso de nuevas obras o servicios, el empleador tiene la obligación de contratar nuevamente a los trabajadores que han prestado sus servicios en la ejecución de obras o servicios anteriores bajo este tipo de contrato, hasta por el número de puestos que requiera la nueva obra o servicio, siendo facultad del empleador escoger a los trabajadores que él considere. Respecto a los trabajadores que no pudieron ser llamados a la nueva obra o servicio, en caso de presentarse futuras necesidades de contratación en próximas obras, el empleador estará obligado a convocarlos.

Pese a que el artículo reformado del Código del Trabajo no lo dice, en el Acuerdo que contiene las Normas que regulan el contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio,¹² reformado en dos ocasiones,¹³ se establecen dos limitaciones que serían ilegales por exceder lo previsto en la reforma legal. La primera de ellas se encuentra en el artículo 1, que señala que el Acuerdo se aplicará a

los trabajadores y empleadores en ejecución de obras de construcción dentro del giro del negocio y ejecución de obras y/o prestación de servicios dentro de proyectos calificados como estratégicos para el Estado ecuatoriano y de los programas y proyectos de servicios

10. Javier Gárate, *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo* (La Coruña: Letbiblo, 2007), 34.

11. El art. 15 del Estatuto de los Trabajadores español prevé este tipo de contrato dentro de los de duración determinada.

12. Acuerdo Ministerial 242. RO-S 622, de 6 de noviembre de 2015.

13. Las previstas en el Acuerdo No. MDT-2016-0002, RO-S 672, de 19 de enero de 2016; y en el Acuerdo No. MDT-2016-0018, RO-S 686, de 10 de febrero de 2016.

a grupos de atención prioritaria o que requieren servicios de protección especial ante situaciones de vulneración de derechos en las áreas de desarrollo infantil integral, servicios de atención a personas adultas mayores, servicios de atención a personas con discapacidades y servicios de protección especial que desarrolla en Ministerio de Inclusión Económica y Social a través de sus cooperantes.

Adicionalmente, la disposición transitoria incorporada por el Acuerdo No. MDT-2016-0018 establece que, aparte de las actividades descritas, en el año 2016 y en porcentaje no superior al 20% del total de trabajadores estables de cada empresa, se puede utilizar esta modalidad de contrato para contratar trabajadores dedicados en exclusiva a actividades de producción para satisfacer un incremento excepcional de la demanda de bienes producidos por empresas manufactureras, debiendo la autoridad laboral controlar la correcta aplicación del contrato.

Las disposiciones previstas, tanto en el artículo 1 del Acuerdo No. MDT-2015-0242 reformado por el Acuerdo No. MDT-2016-0044 como en la disposición transitoria del Acuerdo No. MDT-2016-0018, exigen calificaciones que no pide el artículo reformado del Código del Trabajo, que llevaría a que solo en los proyectos estratégicos para el Estado, o en los programas y proyectos de servicios a grupos de atención prioritaria que desarrolla el MIES, se pueda contratar bajo esta modalidad, y excepcionalmente durante este año para satisfacer demandas de producción no esperadas y en un porcentaje de trabajadores no mayor al 20%, lo que claramente resulta ilegal.

El segundo aspecto que contempla el Acuerdo Ministerial que regula el contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, ilegal asimismo por exceder lo previsto en la norma reformativa al Código del Trabajo, se encuentra en la limitación temporal prevista en el artículo 12 del Acuerdo.

En efecto, mientras que la reforma legal prevé que si el trabajador no es llamado para prestar sus servicios a pesar de que operativamente se lo necesite y existan puestos de trabajo disponibles en la nueva obra, se configura el despido intempestivo y este tiene derecho a percibir las indemnizaciones correspondientes, sin determinar un plazo de prescripción para ello; el art. 16 del Acuerdo que regula este contrato, prevé la prescripción de la obligación que tiene el empleador de efectuar el respectivo llamamiento a los trabajadores que terminaron su relación laboral por conclusión de la obra o servicio en un año, concluido este plazo, queda en libertad de contratar otros trabajadores que no hubieran trabajado para el mismo empleador; algo que no hace la ley.

Finalmente, la norma legal prevé que de ser el trabajador el que, al ser llamado por el empleador, no acude, la obligación de contratarlo para la ejecución de nuevas obras quedará sin efecto.

Más allá de la justificación que pueda existir para limitar la posibilidad de suscripción de este tipo de contrato, o la prescripción de la obligación del empresario de vol-

ver a contratar a los mismos trabajadores al año de haber terminado la relación; desde un análisis eminentemente jurídico, no se debió optar por hacer esas precisiones que resultan en limitaciones a la ley, por medio de un Acuerdo Ministerial reformado dos veces, sino que debió reformarse la ley. Esto da muestra de la poca claridad que existe respecto de los alcances y efectos de este tipo de contrato. Hubiera sido deseable que, antes de dictar la Ley y los acuerdos que la regulan, se hubieran hecho los estudios de impacto de la reforma.

Al hacer un análisis del cumplimiento de los objetivos propuestos en la reforma laboral al implementar como contrato de trabajo tipo el indefinido, y regular el contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, caben algunas reflexiones.

Evidentemente, el ánimo que estuvo presente al desaparecer el contrato de plazo fijo fue instaurar la estabilidad una vez concluido el período de prueba y, excepcionalmente, admitir, aunque con las limitaciones ya analizadas, la temporalidad en la relación laboral cuando la actividad productiva así lo amerite, sobre todo cuando se trate de una obra o la prestación de un servicio determinado, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa.

Ya en el momento de publicación de la reforma que se estudia, el país se encontraba en un proceso de desaceleración económica, que se ha ido incrementando hasta el presente. Esa situación se verifica en los porcentajes de desempleo abierto y subempleo que, según datos oficiales, se han elevado en el período de marzo 2015 a marzo 2016, en que se cuenta con datos.¹⁴

Si el ánimo de la reforma era incrementar el número de trabajadores estables, ese objetivo no se ha cumplido, lo que demuestra que no es suficiente con reformar la normativa laboral creando estabilidad ficticia, sino que hay que considerar otros factores para hacer posible tal finalidad.

DESPIDO INEFICAZ Y DESPIDO DISCRIMINATORIO

La figura del despido ineficaz es una innovación que trajo la Ley de Justicia Laboral y que incorpora por primera vez la posibilidad de generar estabilidad plena, en los casos en que se hubiera producido un despido intempestivo respecto de un trabajador o trabajadora que sea parte de uno de los siguientes colectivos:

14. Según el INEC, el desempleo alcanzó en marzo de 2016 un porcentaje de 5,7% a nivel nacional, mientras que en marzo de 2015 se encontraba en 3,8%; en cambio, el empleo adecuado nacional, que estaba en 43,7% en marzo de 2015, bajó a 40% en marzo de 2016. *Indicadores Nacionales Marzo 2016*, Instituto Nacional de Estadística y Censos, disponible en <<http://www.ecuadorencifras.gob.ec>>.

1. Trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad.¹⁵
2. Dirigentes sindicales de una o varias empresas, mientras ejerzan tales funciones y hasta un año después de terminadas estas.¹⁶

Esta figura existe en otras legislaciones, a veces con cobertura más amplia que la que cubre el derecho ecuatoriano, ya que aplica en general a todos los despidos discriminatorios, o donde se verifique violación de derechos fundamentales.

En el caso español, por ejemplo, se habla de despido nulo de aquel que tiene como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE, y que se encuentran desarrolladas en los artículos 17 del Estatuto de los Trabajadores¹⁷ y 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical;¹⁸ no es necesario para su apreciación la existencia de una voluntad empresarial directamente encaminada a la lesión de un derecho fundamental o a causar discriminación; basta con su producción como resultado o hecho objetivo.¹⁹

En similar sentido que en el caso español, el art. 11.2 de la Constitución ecuatoriana es una directriz importante en esta materia, ya que menciona los posibles casos de discriminación, que podrían ser aducidos por un trabajador que, estando dentro de una o más de las situaciones descritas, fuera despedido de su trabajo y considere que el despido se debió precisamente a esa o esas condiciones:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación

15. Artículo 195.1 del CT, incorporado por la Ley de Justicia Laboral.

16. Art. 187 del CT, reformado por la Ley de Justicia Laboral.

17. Art. 17 ET: No discriminación en las relaciones laborales. 1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

18. Art. 12 LOLS: Serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales.

19. Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado* (Madrid: Trotta, 2012), 122.

política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El otro tipo de despido tiene que ver con la protección en contra del despido injusto de los dirigentes sindicales, conocido como *fuero sindical*. Este término se entiende en un sentido amplio y en uno restringido, siendo el amplio, “la protección especial impuesta legalmente al empleador de no despedir, según las condiciones del contrato de trabajo, al representante sindical por su actividad gremial”;²⁰ y, desde un sentido más específico, al referirse a las garantías que tiene el dirigente sindical al ejercicio de su función o mandato, a cuyo efecto, si fuera necesario, queda facultado, incluso, para dejar temporalmente de desempeñar sus tareas en la empresa.²¹

El fuero sindical es “el conjunto de medidas legales de carácter especial destinadas a proteger a los dirigentes sindicales y a garantizarles libertad de acción en el ejercicio de sus funciones”.²²

Con ese antecedente, vale decir que, únicamente en los dos casos señalados anteriormente (trabajadoras por su condición de maternidad y dirigentes sindicales), aplica el despido ineficaz, y en los demás casos de despido discriminatorio, según lo previsto en el artículo transcrito, el trabajador tiene derecho a la indemnización adicional de un año, aparte de la indemnización habitual por despido intempestivo.²³ La única situación que se sale de esta regla es la de personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante, o que tengan a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, a las que se les garantiza una indemnización mayor que al resto, equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización habitual.²⁴

En este punto, vale la reflexión hecha por el tratadista Elmer Arce, que, al referirse a las lesiones de derechos fundamentales en el marco de la legislación laboral peruana, y concretamente al despido nulo, reflexiona en el sentido de que “(e)l campo de lo excluido del despido nulo es enorme. Lo más contradictorio es que cualquier violación de un derecho constitucional debe ser reconducida a una vía procesal ordinaria pensada para casos en donde no existe afectación constitucional”, puesto que “el ám-

20. Rodolfo A. Napoli, *Manual de Derecho Sindical* (Buenos Aires: La Ley, 1969), 85.

21. *Ibíd.*, 86.

22. Mario Cosmopolis, *Los sindicatos en el Perú* (Lima: AELE Editorial, 1988), 296.

23. Según lo previsto en el art. 195.3 inciso cuarto del CT.

24. Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. RO-S 796, de 25 de septiembre de 2012.

bito de operatividad del despido nulo está restringido solo a la libertad sindical, tutela judicial efectiva y prohibición de discriminación”.²⁵

Efectivamente, como se verá con más detalle a continuación, la acción de despido ineficaz tiene como una de sus principales ventajas el acceso a un proceso sumario, mientras que los otros despidos discriminatorios tienen que seguir el trámite normal por despido y de comprobarse discriminación, la indemnización se verá incrementada en los valores antes indicados.

Entonces, el despido ineficaz opera cuando efectivamente se hubiera producido el despido; en ese momento, la persona trabajadora afectada debe deducir su acción ante el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde se produjo el despido, en el plazo máximo de treinta días. Iniciado el trámite, y una vez citado el demandado, se produce el efecto de estabilidad plena, ya que todas las acciones posteriores conducen a que el trabajador o trabajadora sea reintegrado a su puesto de trabajo. Declarada la ineficacia, se entiende que la relación laboral no se ha interrumpido, y, en caso de haber remuneraciones pendientes de pago, el empleador deberá pagarlas con un 10% de recargo.

Únicamente cuando el trabajador despedido no quiera continuar la relación laboral, pese a existir la declaratoria de ineficacia del despido, la relación laboral termina mediante el pago por parte del empleador de una indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponde por despido intempestivo. Indemnización reforzada que ya existía antes de la reforma.

El efecto de la negativa del empleador a readmitir al trabajador, pese a la declaratoria de ineficacia, puede ser la aplicación de la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.²⁶

Sobre la figura del despido ineficaz vale hacer algunas reflexiones. En primer lugar, pese a que es todavía pronto para hacer una evaluación de la efectividad de este mecanismo para lograr la estabilidad plena de trabajadoras en estado de gestación o maternidad, y dirigentes sindicales, es poco probable que una trabajadora, sobre todo en referencia al primer colectivo de beneficiarios, esté dispuesta a permanecer en un lugar de trabajo donde ya no se le quiere, debiendo optar, en ese caso, por la indemnización sustitutiva.

25. Elmer Arce Ortiz, *La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador* (Lima: Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2012), 4.

26. Art. 282 del COIP: Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Probablemente, es más factible que un dirigente sindical sea más proclive a hacer valer la estabilidad alcanzada a través del despido ineficaz, ya que, por las funciones de representación que desempeña, será más fácil que las realice como parte de la plantilla a la que representa.

Llama la atención que no se haya incluido en el despido ineficaz a todos los despidos discriminatorios, cuando, como se acaba de reflexionar, lo que se ha ganado principalmente es en agilidad, al someter el despido ineficaz a un procedimiento abreviado. En esa lógica, debió haberse previsto que todo despido con indicios de discriminación sea tramitado en procedimiento abreviado, como ocurre en España o Perú.

Otra reflexión que cabe es que, si bien el despido ineficaz mejora la situación de las actuales trabajadoras gestantes o en período de lactancia, al garantizar mediante un doble candado la permanencia de esas trabajadoras en su lugar de trabajo, no obstante actúa como desalentador a la hora de contratar o promocionar laboralmente a las mujeres, en la medida en que condiciona la libertad de despido del empleador, a lo que hay que sumarle la carga económica que representa el período de suspensión laboral con remuneración durante las doce semanas, antes y después del parto, por licencia de maternidad y el posterior permiso de lactancia.²⁷

En general, las medidas que tienden a asegurar la permanencia de los que están trabajando y tienen una condición especial, por vía de impedir su despido o por lo menos hacerlo más costoso, suelen perjudicar a todos aquellos que, estando en esa condición o situación especial, están buscando empleo.

Estas medidas nunca deberían ir solas, sino acompañadas de contrapesos, tales como incentivos a las empresas por la contratación de mujeres, y en general de colectivos de difícil contratación, o por la facilitación de condiciones para el cumplimiento de las obligaciones familiares, sobre todo cuando se apliquen a trabajadores hombres. Así mismo, debería incentivarse la creación de organizaciones sindicales dentro de las empresas, no por la vía exclusiva de la amenaza a los empleadores, sino con el ofrecimiento de beneficios por permitir, o incluso fomentar su constitución.

DERECHOS ECONÓMICOS DE LOS TRABAJADORES

En materia de derechos económicos laborales, la Ley de Justicia Laboral trajo cambios específicos en tres temas: utilidades, brechas remunerativas y pagos de décimos tercero y cuarto sueldos.

27. Elisa Lanús Medina, “Vivir y compartir. Propuesta para lograr la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, revista *FORO*, No. 19 (2013): 54.

A) UTILIDADES

Probablemente, una de las reformas que más polémica ha generado se refiere a la limitación en cuanto a la percepción de las utilidades por parte de los trabajadores. La legislación ecuatoriana prevé que los trabajadores tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de la empresa “por razones de justicia y en cuanto esta participación contribuye a disminuir el desequilibrio actual en el reparto de la riqueza”.²⁸

El art. 97 del Código del Trabajo establece que el empleador debe reconocer en beneficio de sus trabajadores el 15% de las utilidades líquidas. Hay dos salvedades al porcentaje previsto en la norma laboral, que se encuentran en la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Minería.²⁹ En el caso de los otros trabajadores del sector privado, el porcentaje del 15% de utilidades se distribuye de la siguiente manera:

- El 10% entre los trabajadores de la empresa, sin consideración a las remuneraciones recibidas. Este monto se entregará directamente a los trabajadores.
- El 5% restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares.

Sobre este punto, los artículos del 4 al 6 del Acuerdo Ministerial 241,³⁰ que contiene las *Normas para pago de la participación de utilidades a las personas trabajadoras*, publicado en noviembre de 2015, trae algunas reglas para el cálculo del 15%. En mi opinión, es importante que por esta vía se clarifique la forma de calcular cada uno de los rubros, por medio incluso de la implementación de una fórmula para el cálculo del 5% que corresponde a los trabajadores con cargas familiares.

Por su parte, el artículo 7 del mismo Acuerdo Ministerial define a quiénes se considera cargas familiares, definición que también es importante porque los empleadores,

28. Trujillo, *Derecho del Trabajo*, 217.

29. Efectivamente, el art. 67 incisos primero y segundo de la Ley de Minería, en la parte pertinente prevé: “[...] En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad minera, estos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que lo destinarán a proyectos de inversión social y de desarrollo territorial en las áreas en donde se lleven a cabo actividades mineras. Dichos proyectos deberán ser armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo. Para el caso de los trabajadores de la pequeña minería será del 10% del porcentajes de utilidades y el 5% restante será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que lo destinarán a proyectos de inversión social y de desarrollo territorial en las áreas en donde se lleven a cabo actividades mineras”. Por su parte, el art. 94 inciso primero de la Ley de Hidrocarburos prevé: “En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera, estos recibirán el 3% del porcentaje de trabajadores y el 12% restante será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que lo destinarán a proyectos de inversión social y de desarrollo territorial en las áreas en donde se lleven a cabo actividades hidrocarburíferas. Dichos proyectos deberán ser armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo”.

30. RO-S 622, de 6 de noviembre de 2015.

hasta el momento, utilizaban distintos criterios para esa consideración; al igual que para determinar la existencia o no del derecho, en los casos en que, durante el ejercicio fiscal en análisis, el trabajador hubiera perdido la condición de casado, unido, o porque el o los hijos por los cuales recibía este beneficio superaron los 18 años. La disposición señala que se pierde ese derecho por no poder acreditar la condición que lo genera.

El reparto de las utilidades debe hacerse por medio de la asociación mayoritaria de trabajadores de la empresa; de no existir ninguna asociación, la entrega la realiza directamente el empleador a los trabajadores.

Para el caso de los trabajadores que no hubieran trabajado durante el año completo, el empleador debe pagarles la parte proporcional al tiempo de servicios.

El art. 97.1 del Código del Trabajo, incorporado por la Ley de Justicia Laboral, establece un límite a la percepción de utilidades por parte de los trabajadores individualmente considerados, que corresponde a veinticuatro salarios básicos unificados del trabajador en general. El mismo artículo determina el fin que deben tener los excedentes, cuyo valor debe ser entregado al régimen de prestaciones solidarias de la Seguridad Social. Según lo dispone la norma analizada, la máxima autoridad de la correspondiente Cartera de Estado deberá reglamentar la canalización de los excedentes al sistema de seguridad social.

Sobre este particular, la disposición transitoria única de las *Normas para pago de la participación de utilidades a las personas trabajadoras*, publicadas en noviembre de 2015, determina que la aplicación de la limitación a la percepción de utilidades a los trabajadores que debieran recibir más de 24 salarios básicos unificados, se verificará a partir del ejercicio fiscal 2016, y que deban distribuirse en el mes de abril de 2017, en adelante.

Antes de continuar el análisis de la reforma en materia de utilidades, cabe reflexionar respecto de la limitación a la percepción de utilidades. Si bien este beneficio se ha recibido de manera desigual por los trabajadores, ya que ha dependido de las ganancias obtenidas por el empleador, la razón de entrega de la misma ha dependido precisamente de la suerte de la actividad productiva de la que el trabajador forma parte. En ese sentido, poner un límite a ese beneficio económico es atentatorio a los principios de libertad de establecer las condiciones de trabajo e inembargabilidad de derechos.

Por su parte, el art. 100 del Código de Trabajo, también reformado, vino a establecer nuevas reglas para la percepción de utilidades de los trabajadores de las empresas de actividades complementarias, que, de acuerdo con su tiempo de servicios continuos o discontinuos, participan del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio, llamadas empresas usuarias.

El valor de las utilidades generadas en la empresa usuaria, y que corresponden a los trabajadores de empresas de actividades complementarias, debe ser entregado a dichas empresas, para que estas las repartan no solo entre los trabajadores que generaron esas utilidades, sino entre todos los trabajadores de la empresa de actividades complementarias.

Por otro lado, las usuarias de empresas de servicios técnicos especializados no están obligadas a entregar utilidades por trabajadores que no sean parte de su plantilla, puesto que es obligación de las propias empresas de servicios técnicos especializados entregar utilidades a todos sus trabajadores;³¹ salvo que se comprobare que existe vinculación entre una empresa prestadora de servicios técnicos especializados y la usuaria de estos servicios, en cuyo caso la empresa usuaria deberá entregar la parte proporcional de utilidades, en función del porcentaje de trabajadores prestados por la empresa de servicios técnicos complementarios, para que sean distribuidas entre todos los trabajadores de la empresa de servicios técnicos.

El artículo 103 del Código del Trabajo, también reformado, señala que en el caso de empresas vinculadas que comparten procesos productivos y/o comerciales dentro de una misma cadena de valor, entendida como el proceso económico que inicia con la materia prima y llega hasta la distribución y comercialización del producto terminado, la autoridad administrativa de trabajo, de oficio o a petición de parte, las considerará como una sola para el efecto del reparto de participación de utilidades.

Ahora bien, el artículo introducido después del 103 por la Ley de Justicia Laboral aporta otros criterios para completar el concepto de empresa vinculada. Así, determina que cuando hay una participación directa en el capital, que ascienda al 25% o más, entre personas jurídicas,³² patrimonios autónomos, o cualquier otra modalidad de asociación prevista en la ley, y que estas organizaciones se encuentren domiciliadas en el país, se asume la existencia de vinculación, lo que produce la responsabilidad subsidiaria de aquella que tiene participación en el capital de la otra, de manera proporcional al porcentaje de dicha participación, en todas las obligaciones que emanen de la relación con los trabajadores, sin que la obligación se agote en el valor de los aportes.

Por otro lado, ya se venía aplicando a base de disposiciones de carácter secundario, pero la reforma al Código del Trabajo vino a definir legalmente que para el cálculo

31. Se presume que las empresas de servicios técnicos especializados cuentan con su propia infraestructura física, administrativa y financiera, totalmente independiente de quien en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio, y que, por tal razón, pueden proporcionar este servicio a varias personas, naturales o jurídicas no relacionadas entre sí por ningún medio.

32. También incluye en la categorización a las personas naturales pero, por definición, dejaríamos de hablar de empresas, pese a que podría establecerse vinculación de actividades productivas.

de las utilidades se debe tomar como base las declaraciones o determinaciones que se realicen para el pago del impuesto a la renta.

Lo que resulta nuevo es la posibilidad de que una petición del director regional del Trabajo, o de las organizaciones de trabajadores de las respectivas empresas, o de quien tenga interés propio y directo, pueda dar inicio a determinaciones tributarias por parte del Servicio de Rentas Internas, que, entre otros resultados, servirá para establecer las utilidades que efectivamente debieron recibir los trabajadores. Dicha petición da inicio a un proceso de fiscalización por parte del SRI en el que la organización de trabajadores o el trabajador o el grupo de trabajadores que realizó la petición puede participar directamente o delegar un representante, y cuyas observaciones deberán estar recogidas en el informe final.

Finalmente, cuando exista una determinación de impuesto a la renta que se halle en firme y ejecutoriada, la autoridad del trabajo debe disponer el pago del valor correspondiente por concepto de utilidades. El empleador, desde la notificación de la orden proveniente del Ministerio del Trabajo, tiene un término de 30 días para pagar los valores correspondientes más los respectivos intereses calculados a la tasa máxima activa referencial, desde la fecha en la que se generó el incumplimiento del pago de utilidades. De no pagar el empleador en el plazo establecido, la autoridad laboral puede aplicar su facultad coactiva.

Otro cambio en materia de utilidades se refiere a aquellas no cobradas, sobre todo por extrabajadores. Desde este año, el empleador debe abrir una cuenta en el sistema financiero donde debe depositar los valores no entregados por concepto de utilidades, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que debió efectuarse el pago. El empleador tiene además la obligación de publicar por la prensa la nómina de los beneficiarios de este derecho, a través de un diario de circulación nacional o local. Otra forma de consulta de beneficiarios de utilidades no cobradas es la propia página del Ministerio del Trabajo, donde se debe publicar en el portal electrónico de la institución los nombres de los beneficiarios y la identificación de la empresa que ha consignado valores correspondientes a utilidades.

Se implementa también, mediante la reforma, la prescripción del derecho a percibir utilidades, una vez que transcurra un año del depósito hecho por el empleador. A partir de ese momento, el empleador tiene 15 días para depositar los valores no cobrados en la cuenta que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social establezca para el efecto. La norma prevé que ese monto será destinado al régimen solidario de seguridad social, sin que hasta el momento exista más información sobre el destino específico de los fondos.

El empleador puede ser sancionado por el retardo en los depósitos de estos valores con el duplo de la cantidad no depositada, para lo cual la autoridad administrativa de trabajo competente hará uso de su facultad coactiva.

B) LÍMITE A BRECHAS REMUNERATIVAS

El conflicto respecto de la intervención del Estado en temas como la desigualdad y la redistribución tiene dos principales vertientes de análisis. Por un lado, la posición liberal sostiene que solo las fuerzas de mercado, la iniciativa individual y el crecimiento de la productividad permiten mejorar en el largo plazo los ingresos y las condiciones de vida –en especial, de los menos favorecidos–, y que por lo tanto la acción pública de redistribución, además de ser moderada, debe limitarse a herramientas que interfieran lo menos posible con ese mecanismo. Por otra parte, la posición tradicional de izquierda nos dice que solo las luchas sociales y políticas pueden aliviar las inequidades producidas por el sistema capitalista, y que la política pública de redistribución, por el contrario, debe llegar hasta la médula del proceso de producción para cuestionar la manera en que las fuerzas de mercado determinan tanto las ganancias apropiadas por los poseedores del capital como las desigualdades entre asalariados, por ejemplo, nacionalizando los medios de producción o fijando escalas salariales, sin limitarse a establecer impuestos en función de los ingresos.³³

Parece ser la segunda vertiente la que motivó la redacción del artículo 133.1, incorporado por la Ley de Justicia Laboral, que trae una limitación en materia de libertad de fijación de condiciones de trabajo, al establecer *límites a brechas remunerativas*. Dicho artículo abre la posibilidad de que el ministro de Trabajo pueda establecer topes máximos a la diferencia de remuneraciones entre la persona que más gana en la empresa y la que menos percibe, siempre que se trate de trabajadores y no de colaboradores que mantienen otro tipo de relación contractual con la empresa.

Para fijar dichos límites, el ministerio puede tomar en consideración parámetros como la naturaleza y sector económico de la empresa, rentabilidad, ingresos, costos y gastos, tamaño de activos, número de trabajadores, responsabilidad empresarial, entre otros. De aplicarse la norma, el ministro del ramo deberá fijar con anticipación y de forma anual un determinado valor en función de los criterios arriba señalados, que habrá de multiplicarse por la remuneración más baja percibida en la empresa, a efectos de obtener el valor máximo que por concepto de remuneración pueda percibir un gerente general o alto directivo.

La penalidad por sobrepasar el límite de brecha remunerativa será la no consideración como deducible del valor en exceso para efectos del pago del impuesto a la renta.³⁴

33. Thomas Piketty, *La economía de las desigualdades, cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*, trad. María de la Paz Georgiadis (Buenos Aires: Siglo XXI, 2015), 10-11.

34. El número 1 del artículo 28 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno establece que las remuneraciones y beneficios sociales deben ser considerados como gastos generales deducibles.

Al reflexionar sobre la pertinencia de la medida, hay que considerar elementos como la desigualdad del capital humano de los trabajadores, que explican la desigualdad de las remuneraciones pagadas. Ahora bien, la desigualdad del capital humano está determinada, al menos en parte, por factores que los individuos no controlan;³⁵ en ese sentido, parece necesario que el Estado intervenga para impulsar a los más desfavorecidos; pero una redistribución directa como la intervención en la fijación de salarios no parece la más adecuada porque desalienta la iniciativa individual y claramente afecta la libertad de las partes en materia de fijación de remuneraciones, uno de los elementos determinantes de la relación laboral, y, además, porque no disminuye el volumen de empleos poco calificados,³⁶ sino que castiga a los más cualificados.

C) PAGO MENSUAL DE DÉCIMA TERCERA Y DÉCIMA CUARTA REMUNERACIONES

Como parte de los derechos patrimoniales a que tienen derecho los trabajadores ecuatorianos, se encuentran la décimo tercera y décimo cuarta remuneraciones, que fueron establecidas con el propósito de que, en los meses del año en que las familias deben afrontar mayores gastos, ya sea por las matrículas escolares de los hijos, o por las festividades navideñas, pudieran contar con ingresos económicos extras. Estos beneficios también los tienen los servidores públicos, y se encuentran contemplados en los artículos 97 y 98 de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP).

A partir de la reforma introducida por la Ley de Justicia Laboral, el artículo 111 del Código del Trabajo se refiere al décimo tercero o bono navideño como aquel beneficio al que tienen derecho los trabajadores, de que se les pague mensualmente la parte proporcional a la doceava parte de las remuneraciones que perciban durante el año calendario. En similar sentido se refiere el artículo 97 de la LOSEP, respecto del derecho de los servidores públicos.

De manera excepcional y solo por pedido escrito del trabajador o del servidor en su caso, que puede realizarse hasta el 20 de enero de cada año, o dentro del primer mes de trabajo para los trabajadores que ingresan a laborar después de enero, este valor puede recibirse de forma acumulada, hasta el veinte y cuatro de diciembre de cada año.

En cuanto al décimo cuarto sueldo, el artículo 113 del Código Laboral reformado y el art. 98 reformado de la LOSEP establecen el derecho de los trabajadores o de

35. Tales como origen social, brechas tecnológicas, oportunidades educativas, discriminación, etc.

36. Piketty, *La economía de las desigualdades, cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*, 119-120.

los servidores públicos a percibir una bonificación mensual equivalente a la doceava parte de la remuneración básica mínima unificada para los trabajadores en general.

Asimismo, de manera excepcional, y bajo pedido escrito del trabajador o del servidor público, este valor puede recibirse de forma acumulada, hasta el 15 de marzo en las regiones de la Costa e Insular, y hasta el 15 de agosto en las regiones de la Sierra y Amazónica. Para el pago de esta bonificación se observará el régimen escolar adoptado en cada una de las circunscripciones territoriales.

Más allá de las justificaciones que en su momento dio el ministro del ramo respecto de la pertinencia de mensualizar todos los beneficios económicos que de forma anual recibe un trabajador o servidor público, parece ser que la mayoría de quienes trabajan en relación de dependencia prefieren que estos dos beneficios sigan siendo entregados en los meses de más gastos, y es que no se trata de que los trabajadores no tengan una cultura de ahorro, sino que, al ser generalmente insuficiente lo percibido mensualmente por concepto de remuneración, si a eso se suman los proporcionales de los décimos, el trabajador se gastará todo lo que le llega en el mes para cubrir de mejor manera sus necesidades y las de su familia, sin poder contar en los meses más complejos con los colchones que son los décimos para afrontar más gastos, debiendo en muchos casos verse abocados al endeudamiento, lo que no es bueno para sus economías.

CONCLUSIÓN

Al analizar si el objetivo de la reforma de dar mayor estabilidad a los trabajadores se cumplió, se comprueba que no lo ha hecho, lo que demuestra que no es suficiente reformar la normativa laboral creando estabilidad ficticia, sino que hay que considerar otros factores para hacer posible tal finalidad.

Respecto del despido ineficaz, si bien esta medida mejora la situación de las actuales trabajadoras gestantes o en período de lactancia, sobre todo por vía de agilizar el trámite de demanda, no obstante es desalentador a la hora de contratar o promocionar laboralmente a las mujeres, en la medida en que condiciona la libertad de despido del empleador, a lo que hay que sumarle la carga económica que representa el período de suspensión laboral con remuneración durante las doce semanas, antes y después del parto, por licencia de maternidad y el posterior permiso de lactancia. Habría que incentivar a los empleadores que contraten colectivos con dificultad de empleo, como las mujeres.

Finalmente, como se ha podido constatar a partir del análisis de las reformas en materia remunerativa, el objetivo ha sido equiparar las condiciones salariales de los trabajadores; no obstante, llama la atención que esto se busque por vía de atentar contra la libertad de contratación y de fijación de condiciones laborales, un principio reco-

nocido a nivel mundial, y que consiste en que, respetando los mínimos intangibles, las partes pueden fijar libremente mejores condiciones de trabajo. Al limitar la percepción de utilidades, e incluso de remuneraciones, se afecta este principio.

Los resultados que la implementación de la reforma laboral introducida por la Ley de Justicia Laboral ha tenido, en general demuestran la falta de diálogo y acuerdo entre el Estado, trabajadores y empleadores, lo que claramente no ha producido los efectos deseados.

BIBLIOGRAFÍA

- Albuquerque, Rafael. “Estabilidad en el empleo y contratación precaria”. En *Estabilidad en el empleo, solución de conflictos de trabajo y concertación social: Perspectiva iberoamericana*. Murcia: Universidad de Murcia, 1989.
- Arce Ortiz, Elmer. *La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador*. Lima: Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2012.
- Baylos Grau, Antonio, y Joaquín Pérez Rey. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 2012.
- Cosmopolis, Mario. *Los sindicatos en el Perú*. Lima: AELE, 1988.
- Gárate, Javier. *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*. La Coruña: Letbiblo, 2007.
- Lanas Medina, Elisa. “Vivir y compartir. Propuesta para lograr la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”. Revista *FORO*, No. 19 (2013).
- Napoli, Rodolfo A. *Manual de Derecho Sindical*. Buenos Aires: La Ley, 1969.
- Piketty, Thomas. *La economía de las desigualdades, cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*. Traducido por María de la Paz Georgiadis, serie rumbos teóricos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- Plá Rodríguez, Américo. *Curso de Derecho Laboral*, vol. 1, tomo I. Montevideo: Acali, 1979.
- Trujillo, Julio César. *Derecho del Trabajo*, tomo I, 3a. ed. Quito: Centro de Publicaciones PUCE, 2008.

Fecha de recepción: 24 de marzo de 2016
Fecha de aprobación: 7 de julio de 2016