



FACULTAD DE DERECHO

Objetivos y Consecuencias del Mandato 08 y su Reglamento

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado.

Profesor Guía

Dr. Patricio Baca Mancheno

Autor

Luis Felipe Riofrío Luciano

Año

2010

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.

Dr. Patricio Baca Mancheno

C.C. 1707979470

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE:

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Luis Felipe Riofrío Luciano

CC. 171596308-6

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi familia por todo el cariño, educación y principios que me inculcaron.

A mis amigos que siempre estuvieron presentes en los momentos en que necesite de ellos.

A mis profesores que supieron transmitir sus conocimientos y valores y me dieron lo más valioso su amistad.

DEDICATORIA

A mi Padre, que siempre será mi ejemplo y mi amigo

A mi madre, que desde lo alto siempre me ha cuidado

A mi Abuela, que ha sido me segunda madre, una amiga y consejera inseparable

A mi hermana, que en los momentos en que he necesitado de ella ahí ha estado para ayudarme

A mi tío Hugo, que con su cariño me supo transmitir el amor por el derecho

A mi amigo el Dr. Patricio Baca, quien me supo encaminar para desarrollar esta tesis, ganándose aún más mi respeto, consideración y amistad.

RESUMEN

El Mandato 08, fue expedido por la Asamblea Constituyente, con el objetivo de eliminar las prácticas precarias de contratación, que habían abusado de los trabajadores, para de esta manera lograr una justicia social.

Por tanto varias Instituciones fueron suprimidas del ordenamiento jurídico, con el fin de cumplir el objetivo antes citado, creándose a su vez otras Instituciones que llenarían el vacío legal existente y generarán a su vez condiciones dignas de trabajo.

Sin embargo esto sería el emblema bajo el cual se promulgaría el Mandato 08, que fue objeto de un sin número de críticas, por lo que es necesario realizar un análisis objetivo que permita formarnos un criterio

ABSTRACT

The Mandate 08, was issued by the Constituent Assembly, with the goal of eliminating the practices precarious recruitment, which had abused workers, for in this way achieve social justice. Therefore several institutions were deleted the legal system, in order to fulfill the objective cited above, creating in turn other Institutions that filled the vacuum existing legal and generate in turn decent working conditions.

However this would be the emblem under which is promulgated the Mandate 08, which was the subject of a number of criticism, it is necessary to carry out an objective analysis that would allow forming a criterion

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	01
 CAPITULO I	
ANTECEDENTES GENERALES DEL MANDATO 08.....	05
1.1.- Antecedente Histórico de la Expedición del Mandato 08.....	05
1.2.- Objetivos de la Implementación del Mandato 08 y su Reglamento.....	08
 CAPITULO II	
TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN.....	11
2.1.- Concepto de Tercerización e Intermediación.....	11
2.2.- Diferencias entre Tercerización e Intermediación.....	13
2.3.- Ventajas y desventajas de la Tercerización e Intermediación....	18
2.4.- Consecuencias de la supresión de la Tercerización e Intermediación.....	24
 CAPITULO III	
CONTRATACIÓN POR HORAS.....	30
3.1.- Concepto y características de la contratación por horas.....	30
3.2.- Concepto y características del Contrato por Jornadas Parciales Permanentes.....	35
3.3.- Eliminación del Contrato por Horas y Utilización de Jornadas Parciales Permanentes.....	39
 CAPITULO IV	
PRESTACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS.....	44
4.1.- Prestación de Actividades Complementarias y su campo de	

Acción.....	44
4.2.- Razones que justifican su creación y limitantes.....	50
4.3.- Participación en las Utilidades de la Empresa por parte de los trabajadores sujetos a este tipo de contratación.....	52

CAPITULO V

SERVICIOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS.....	55
5.1.-Concepto y Características del Contrato de Servicios Técnicos Especializados.....	55
5.2.- Comparación entre Servicios Técnicos Especializados y Prestación de Servicios Profesionales.....	58
5.3.- Limitantes en la Contratación de Servicios Técnicos Especializados.....	62

CAPITULO VI

CONTRATO COLECTIVO.....	64
6.1.- Concepto.....	64
6.2.- Garantías y Perjuicios de los Contratos Colectivos que genera el Mandato 08 y su Reglamento.....	67

CAPITULO VII

SANCIONES.....	72
7.1.- Concepto de Sanción.....	72
7.2. -Tipos de Sanción conforme al “Acuerdo 00167 del Ministerio de Trabajo y Empleo”	73
7.3. -Sanciones que establece el Mandato 08 y su Reglamento.....	76

CONCLUSIONES.....	78
--------------------------	-----------

RECOMENDACIONES.....	81
-----------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	83
ANEXOS.....	85

INTRODUCCIÓN

El Derecho Laboral surge principalmente como consecuencia de la Revolución Industrial, en la que la maquinaria sustituyó un conjunto de actividades que eran desarrolladas manualmente y por lo mismo originó una explotación a la clase obrera. Julio Cesar Trujillo en su libro *Derecho de Trabajo* manifiesta sobre el tema: “En estas circunstancias, el empresario podía escoger entre varios obreros que le ofrecían sus servicios, imponer las condiciones de trabajo y, entre ellas, las jornadas de 12 a 14 horas y las remuneraciones misérrimas. Para varias labores, incluso podía preferir a las mujeres y los menores que, debiendo realizar el mismo trabajo de los adultos, se allanaban a salarios inferiores, soportaban más dócilmente los vejámenes y miseria en que se desenvolvía la relación laboral”¹. Conllevando esto a que los idealistas, filósofos y grandes pensadores, que tenían una tendencia humanista atacaran este régimen y consecuentemente creasen una conciencia social que evolucionaría en un derecho laboral concebido como una parte del derecho social que actualmente rige un conjunto de relaciones humanas. Bajo este esquema, el Estado sería parte esencial en la evolución del derecho laboral ya que cumpliría varias funciones, al ser quien dicta la norma, controla que se cumpla y sanciona en caso de violación o transgresión a la misma.

En Ecuador, el proceso para el despertar de una conciencia social hacia el tema laboral no diferiría mucho al internacional; por un lado una explotación laboral, sumado a idealistas de la época, que en gran parte se encontrarían capacitados por movimientos que ya habían empezado la lucha por el reconocimiento de los derechos de los trabajadores en otros países, y un masivo ingreso al país de literatura sobre el tema. Dando como consecuencia que los trabajadores se organicen y realicen huelgas en las que expresarían su

¹ TRUJILLO, Julio Cesar, *“Derecho del Trabajo”*, Tomo I, Tercera Edición, Centro de Publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2008, p. 4

inconformidad con la situación laboral del país, que tenía realidades como regímenes de trabajo de más de 16 horas diarias.

Una de las más representativas huelgas constituiría la del 15 de Noviembre de 1922, en Guayaquil sobre la que Isabel Robalino expresa: “Ahogada en sangre por la represión del gobierno, constituye la fecha clave en la que podemos señalar el nacimiento del sindicalismo moderno y la toma de conciencia de los trabajadores de su capacidad de influencia en lo económico y político”² para la época esta fue la huelga que concentraría a la mayor parte de trabajadores y se constituiría en un emblema de la lucha social existente. Patricio Ycaza en su libro Historia del Movimiento Obrero Ecuatoriano haciendo cita de una Edición del Telégrafo de 1 de Diciembre de 1919 manifiesta sobre la misma: “Percieron más de mil personas; verdadero genocidio colectivo, si la población de Guayaquil hacia 1920 se la calcula en 89977 habitantes”³

Todas estas luchas conllevan a la creación del Código de Trabajo que se remonta a la Dictadura de Alberto Enríquez Gallo quien en 1938 lo promulgaría constituyéndose como una victoria para los trabajadores, quienes asegurarían con esto que sus derechos empiecen a tomar un importante rol en la vida del país y asegurando el constituirse con el paso del tiempo como uno de los sectores más estratégicos, ya que son el pilar de la producción.

Sin embargo, lo que en un momento fuese la creación de un Código de Trabajo que representaría la lucha del trabajador por un reconocimiento a sus derechos, y considerando que este cuerpo legal siempre ha buscado fortalecer las condiciones humanas de trabajo, con el tiempo ha ido tomando una directriz diferente; al ser un sector vulnerable y estratégico que aclamaba por protección al Estado, que fuese dada oportunamente y terminando en un paternalismo, en donde el Trabajador goza de beneficios desmedidos que van en detrimento del

² ROBALINO, Isabel, “Manual de Derecho del Trabajo”, Tercera Edición, Fundación Antonio Quevedo, Quito, Ecuador, 2006, p.65

³ ICAZA, Patricio, “Historia del Movimiento Obrero Ecuatoriano”, Ediciones la Tierra, Quito, Ecuador, 2007, p.91

Empleador y de la relación jurídica contractual, y consecuentemente ahuyentan la inversión dentro de un mundo globalizado en el que si no compites y ofreces a los inversionistas lo mismo o mejores condiciones de las existentes en otros mercados quedas segregado y por lo mismo marcas el comienzo del fin.

Los beneficios otorgados a los trabajadores por lo general han estado ligados a la falta de estudios técnicos que consecuentemente han producido que la empresa privada no pueda crecer o el crecimiento económico sea ínfimo, sin contar que muchas veces se han visto en la penosa tarea de reducir personal, al no poder otorgarles lo que la Ley exige, o en el peor de los casos a quebrar y tener por lo mismo que liquidar y disolver la compañía. Estas situaciones han llevado a mucha gente a reflexionar sobre el tema de que tan provechoso se manifiesta un beneficio laboral si el mismo genera desempleo para algunos, tomando en cuenta que la situación del país muestra una alta tasa de desempleo y subempleo, asunto que será tratado más adelante, pero en todo caso basta señalar cifras de Marzo del 2006 y por tanto previas a la expedición del Mandato Constituyente 08 (Véase anexo 1) en las que el INEC señala que nos encontrábamos a nivel Nacional: “con una tasa de desempleo del 9.9%, una tasa de subempleo bruta del 56,4% y una tasa de ocupación plena de tan solo el 33,8%.”⁴ (Véase anexo 2)

Con un país con el grado de desempleo y subempleo tan alto, los Empleadores abusaron de Instituciones del Derecho Laboral y las deterioraron. Era muy común disfrazar las relaciones laborales y con esto precarizar la relación obrero patronal, por lo que en 2008 la Asamblea Constituyente promulga el Mandato Constituyente 08, que posteriormente fue Reglamentado, y se conocería como el Mandato Laboral, en el que varias de las Instituciones laborales que se habían asentado en la práctica eran eliminadas, tal el caso de la intermediación laboral, tercerización y contratación por horas; sin embargo, para no dejar un vacío jurídico eran creadas otras Instituciones, que cumplen similares funciones, y en algunos de los casos las mismas.

⁴ http://www.inec.gov.ec/web/guest/ecu_est/est_soc/enc_hog/enc_emp_sub/inf_act_are/ser_his

Ahora que han pasado dos años uno podrá cuantificar y determinar si la eliminación de estas formas de relación laboral cumplieron los objetivos y si las consecuencias que han generado han sido positivas o negativas, teniendo como parámetro las estadísticas de las tasas de desempleo y subempleo que existía antes del mismo y ahora, así como conocer si efectivamente la precarización de la relación laboral que fue utilizada como emblema para la promulgación del mismo es o no válido, y de esta manera concluir si la expedición del Mandato 08 y su Reglamento (Véase anexo 3) cumplió los objetivos esperados.

CAPITULO I

ANTECEDENTES GENERALES DEL MANDATO 08

1.1.- Antecedente Histórico de la Expedición del Mandato 08

El siglo XXI se constituye en la Antítesis del siglo pasado; en el que las organizaciones sociales que comenzarían como mutualidades y evolucionarían en sindicatos lucharían por el reconocimiento de derechos laborales; guiados por las tendencias humanistas de la época. Actualmente nos encontramos ante una Flexibilización de la relación laboral, que tiende a acabar con todo lo creado, guiados por el consumismo que exige que las reglas de la producción cambien para poder satisfacer necesidades; conllevando a que los países Industrializados se Instalen en mercados en los que abunda la oferta de la mano de obra para poder así imponer las reglas de juego, que se representan en mecanismos como la disminución del tiempo de contratación laboral que en muchos casos se instituye en la práctica como la libre terminación de la misma, o bien la reducción considerable del costo de la mano de obra; tendientes estas posturas a la eliminación de derechos adquiridos.

Este pensamiento económico que está resurgiendo en el Mundo, tiene como finalidad precarizar la relación laboral proceso que: “se expande conjuntamente con la avanzada del modelo económico neoliberal desde la década de los 80's y tuvo como inmediata consecuencia tres puntos fundamentales:

- Pérdida de poder negociador de los sindicatos y trabajadores.
- Caída generalizada de salarios y desprotección social progresiva.
- Flexibilidad en los contratos empresariales con el fin de buscar optimización de ganancias y, en algunos casos, evasión de otros compromisos financieros.”⁵

⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Precarizaci%C3%B3n>

Como premisa para el resurgimiento de tal esquema social, puede constituirse la caída económica de la URSS, y consecuentemente del socialismo, teniendo presente que era quien trataba de imponer este modo de producción alrededor del mundo. Y en base a esta ideología el mundo laboral reclamaría por mejores condiciones de trabajo y reconocimiento de derechos, que actualmente se están retrotrayendo como consecuencia del neoliberalismo que exige que sea el mercado quien imponga las reglas y por lo tanto exigen el no intervencionismo del Estado en la economía ya que esto limita la producción.

La realidad del Ecuador no difiere de lo expuesto, al encontrarnos con un empleador que ante la alta oferta de mano de obra en el mercado, se ha encontrado en una situación de supremacía sobre el trabajador, quien ha sido sujeto de un sin número de abusos ante esta realidad. Sumado a esto que el Ministerio de Relaciones Laborales debido a sus limitaciones tanto económicas como de personal, se ha encontrado coartado para controlar y sancionar a quienes infringían e infringen la Ley, por lo que con el paso del tiempo esta realidad fue incrementándose, y el trabajador era el único afectado. Prácticas precarias de contratación se posicionaron en el mercado, que proporcionaban a los empleadores de mano de obra, sin que esto signifique estabilidad laboral para los trabajadores.

Tal como la Tercerización e Intermediación que empiezan a ser aplicadas en base a lo que disponía el Artículo 100 del Código de Trabajo antes de la reforma: “Los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas o intermediarios, incluyendo a aquellos que desempeñan labores discontinuas, participaran en las utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio (...)”⁶. En base a este Artículo los Empleadores empiezan a abusar de esta Institución utilizándola para desempeñar un conjunto de actividades que requerían, por lo que el 23 de Junio de 2006 mediante L 2006-48, RO – S 298, los Diputados promulgan una Ley que Regulará y distinguiera estas dos Instituciones, argumentando el

⁶ Véase Código de Trabajo antes de la reforma por el Mandato Constituyente 08

incremento en la aplicación de las mismas y que son formas alternativas y innovadoras en ámbito del derecho laboral.

Sin embargo no solo estas Instituciones carcomieron derechos de los trabajadores, toda vez que a la Legislación laboral se sumo la contratación por horas, publicada en el Registro Oficial No. 34 de marzo 13 del 2000, que con el objetivo de permitir a los trabajadores destinar el tiempo libre a trabajar de una manera flexible, se instauro como una forma precaria de contratación, que limito los derechos de los trabajadores.

Con estos antecedentes es fácil entender el deseo de cambio por parte del Trabajador, cuyo número es altamente representativo y constituye el motor de la producción. Y por lo mismo un sector que en su mayoría al igual que gran parte de la población del País votaría por la elaboración de una nueva Constitución que reconociese y consecuentemente garantizase más derechos. Lo que obligaría a crear una Asamblea Constituyente que redactaría la Constitución, y que por aprobación de Consulta Popular se le darían plenos poderes para tal función, la cual sería constituida luego de elecciones con sede en Montecristi.

La Asamblea Constituyente utilizando como emblema los plenos poderes otorgados por consulta popular, aparte de elaborar la Constitución promulgó Mandatos, uno de estos el Mandato Constituyente 08 que posteriormente sería conocido como el Mandato Laboral, y que determina de acuerdo a su Disposición Final Tercera lo siguiente: “Este Mandato es de obligatorio cumplimiento y en tal virtud, no será susceptible de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, criterio o procedimiento administrativo o judicial alguno y entrará en vigencia en forma inmediata sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Constituyente y / o en el Registro Oficial. (...)”⁷ Por lo que fue un Mandato que una vez que dictado por la Asamblea Constituyente entro en vigencia inmediata y todo cuanto determinaba el mismo era de cumplimiento

⁷ Mandato Constituyente 08

obligatorio sin que existiese algún recurso que pudiese retardar el cumplimiento del mismo.

Este Mandato reuniría de acuerdo a los Asambleaístas las esperanzas de los trabajadores de un cambio de su situación socioeconómica, toda vez que tenía principalmente como objetivo luchar por la eliminación de la precarización laboral que hasta ese momento había afectado a los trabajadores entre otros tantos objetivos.

Para lo cual se serviría de la eliminación de un conjunto de Instituciones Jurídicas que se habían consolidado en el derecho laboral, como la tercerización, la intermediación y la contratación por horas. Sin embargo para no originar un caos Jurídico crea nuevas Instituciones que recogen una silueta de las ya citadas y en base a este esquema se tiende a luchar por la eliminación de la precarización de la relación laboral que había creado las abolidas Instituciones de acuerdo a los ojos de los Asambleaístas.

Sin embargo el Mandato Constituyente además de las funciones ya citadas tendría o cumpliría otras que dentro del presente trabajo de titulación serán analizadas profundamente.

1.2.- Objetivos de la Implementación del Mandato 08 y su Reglamento

La promulgación del Mandato Constituyente 08 y su Reglamento expuso un conjunto de metas que requirieron la abolición de algunas Instituciones del Derecho Laboral y la adopción de otras; para lo cual fue necesaria la participación activa del entonces Ministerio de Trabajo y Empleo y sobre todo de la Sociedad. Los Empresarios tuvieron que adaptarse al mismo para no sufrir las sanciones establecidas, y por tanto la relación contractual con sus Trabajadores sufrió un profundo cambio.

Con los antecedentes expuestos, es necesario entender los objetivos que promueve el Mandato Constituyente 08 y su Reglamento, para a futuro en este análisis poder comprender si las metas establecidas por el mismo se cumplieron y que consecuencias produjo.

El principal objetivo que tuvo la promulgación del Mandato Constituyente 08 y su Reglamento, estuvo encaminado desde el punto de vista de los Asambleístas a eliminar la precarización de la relación laboral, entendida esta como define Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual al expresar que algo precario es: “Inestable, Inseguro, Revocable”⁸ y por lo mismo es algo que no garantiza nada a alguien. Y que había sido generado a través de instituciones como la Tercerización, la Intermediación y la contratación por horas, considerando que la utilización de estas Instituciones atacaban directamente a la contratación directa en los dos primeros casos y a la estabilidad en los tres casos, y que por tanto no garantizaban nada al trabajador, que se convertía en un medio para la producción.

En base a esta premisa se puede comprender el segundo objetivo del Mandato Constituyente 08 y su Reglamento que se encuentra plasmado en el tercer considerando del cuerpo legal citado como constituye: “... erradicar la injusticia laboral y la aberrante discriminación social, ocasionados por el uso y abuso de los sistemas precarios de contratación laboral...”⁹, por lo que se entiende que en base a este Mandato y su Reglamento el objetivo es buscar la justicia social con una contratación directa que genere al trabajador estabilidad, al desaparecer la precarización laboral que generaban dichas instituciones y, un esquema de remuneraciones conforme a lo que dispone la Ley, generando una correcta equidad en virtud de las condiciones de los trabajadores.

⁸ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario de Derecho Usual”, tomo V, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, pág 346

⁹ Mandato Constituyente 08

Lo analizado conduce al último objetivo de la expedición del Mandato 08 y su Reglamento, que es la recuperación de derechos laborales, que se plasmaría a través de la equidad en base la desaparición de la precarización de la relación laboral; al gozar todos los trabajadores de una misma realidad laboral, que genera estabilidad, remuneración justa, se genera además de estos derechos para los trabajadores que se encontraban en una situación de precarización laboral, derechos como la posibilidad de organización sindical y contratación colectiva, que nunca antes habían gozado.

CAPÍTULO II

TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN

2.1.- Concepto de Tercerización e Intermediación

Previo a determinar los Conceptos de Tercerización e Intermediación es interesante comprender la historia de las mismas en Ecuador, es así que Jorge Vázquez López hace una breve reseña Histórica sobre la Tercerización: “Este sistema fue Introducido como tal en nuestro país, en la década de los años setenta por empresas multinacionales, con amplia experiencia en otras naciones, para dotar servicios nuevos en el medio, como los de Guardianía privada, la de trabajadores ocasionales y temporarios, con una fácil movilidad laboral (...) en los inicios de la época petrolera ecuatoriana, es en esas épocas, cuando el señor general Guillermo Rodríguez Lara, Presidente o Jefe Supremo del Gobierno de Facto, mediante Decreto 1416, publicado en el Registro Oficial No. 468 de 28 de diciembre de 1973, ante la obligación laboral que tiene las empresas de brindar el servicio de comisariato dispuso Art. 1 Refórmese el numeral 6 del Artículo 41 del Código de Trabajo, en la siguiente forma, donde dice Veinticinco o más trabajadores deberá decir Diez o más trabajadores. La Empresa cumplirán esta obligación directamente, mediante el establecimiento de su propio comisariato o mediante la contratación de este servicio conjuntamente con otras Empresas o terceros”¹⁰. Es así que podemos ver que con la reforma que hace Rodríguez Lara se empieza ya hablar de la contratación a terceros para desempeñar actividades diferentes al giro ordinario del negocio en este caso la obligación de instaurar guarderías.

Por otra parte la Intermediación nace con el primer Código del Trabajo esto es en 1938, Andrés Páez expresa sobre el tema: “Al abordar el trabajo a domicilio,

¹⁰ VASQUEZ LOPEZ, Jorge, “Derecho Laboral Ecuatoriano derecho individual”, Primera Edición, Editora Librería Jurídica Cevallos, Quito, Ecuador, 2004, p.p. 149, 150

se encuentra un referencia directa a la intermediación que consta en su Art. 187: Son patronos para los efectos de las relaciones contractuales en el trabajo a domicilio: los fabricantes, comerciantes, INTERMEDIARIOS, contratistas, subcontratistas, destajistas, etc. Que den o encarguen trabajo a domicilio”.¹¹ En este caso claramente podemos ver que incluso Andrés Páez pone en mayúsculas la referencia que hace el código hacia los intermediarios.

Ahora que tenemos una referencia histórica del origen de estas Instituciones en el Ecuador es importante el separar los conceptos de Tercerización e Intermediación, ya que así tengan un parecido, su función es totalmente diferente, El Jurista Ecuatoriano Doctor Iván Nolvos opina que: “Es necesario aclarar, que en nuestro país, la intermediación laboral tiende a ser confundida con la tercerización de servicios (...) la primera tiene que ver con la relación laboral, con la noción de contrato de trabajo y con la solidaridad de obligaciones patronales. Es aplicable en labores habituales; y la segunda es una herramienta profesional de apoyo externo en virtud de la que una empresa contrata con otra especializada la gestión de uno o más sectores de su industria o negocio que no constituyan su actividad principal o habitual.”¹²

Podemos entonces entender por Tercerización como una forma de contratación en la cual dos Personas Jurídicas legalmente constituidas, se vinculan mercantilmente, para que la una llamada Tercerizadora con su propio personal, preste servicios complementarios a la Empresa contratante llamada Usuaria. En esta definición se puede describir varias situaciones: primero, el contrato entre la Usuaria y la Tercerizadora es un contrato mercantil, pero que la Ley y la Doctrina hacen una diferencia con respecto al contrato de la Intermediación, al establecer que este es un contrato de tercerización de servicios complementarios; segundo, los trabajadores se encuentran bajo la dependencia de la Tercerizadora, por ende se encuentran sujetos a las

¹¹ PÁEZ, Andrés, “Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal” Editorial Che, Quito, Ecuador, 2006, p.p. 73, 74

¹² NOLIVOS, Iván, “Tercerización no es intermediación laboral”, Mundo laboral, Quito, Ecuador, 2006, p.p. 6,

órdenes y disposiciones de la misma; y por último, los servicios que presta la Tercerizadora a la Usuaría son complementarios y por lo mismo se entienden como actividades o servicios ajenos a la producción de la Usuaría.

Por otra parte la Intermediación se describe como una forma de contratación en virtud de la cual un trabajador es contratado por una Empresa llamada Intermediadora, para prestar los servicios a otra Empresa llamada Usuaría, estando sujeto a las órdenes y disposiciones de esta última, pero conservando la potestad sancionadora la Intermediadora; habiendo entre la Usuaría y la Intermediadora una relación mercantil. Al igual que en la otra definición, para mayor comprensión, describiremos los elementos: primero, el trabajador es contratado por la Intermediadora pero está sujeto a las órdenes y disposiciones de la Usuaría; segundo, la intermediadora tiene la potestad sancionadora para con el trabajador, en este caso hay que entender que la Usuaría debe notificar a la Intermediadora con la falta en que ha incurrido el trabajador de manera motivada, para que esta última incurra en las acciones legales correspondientes; por último existe una relación mercantil entre la Usuaría y la Intermediadora.

2.2.- Diferencias entre Tercerización e Intermediación

Luego de haber desarrollado un concepto de ambas Instituciones podemos entender que comparten ciertas semejanzas y que por lo mismo muchas personas las confundan, por lo que es necesario desarrollar cada una de las diferencias que poseen para de esta manera entender claramente a las mismas; las cuales serán tratadas a continuación:

- 1) La primera diferencia que podemos encontrar es el contrato que se celebra con la Usuaría; en la Intermediación se habla de un contrato mercantil, a diferencia de la Tercerización donde la Ley expone que es un contrato de tercerización de servicios complementarios; esta

diferenciación que determina la ley desde nuestro punto de vista es para inducirnos a que desde la celebración del contrato diferenciamos la una Institución de la otra; ya que al igual que en la intermediación existe ánimo de lucro, convirtiendo a la tercerización en una relación mercantil.

- 2) La segunda diferencia y que es la que principalmente distingue a las dos Instituciones, las empresas de intermediación y de tercerización se constituyen con un Objeto Social diferente; toda vez que en la Tercerización el objeto es la de prestar un servicio complementario a la Usuaría, entendiéndose por lo tanto como ajeno a la producción desempeñada por la misma, con la finalidad de eliminar cargas a la Usuaría y considerando que la Empresa que presta el servicio es especialista en ese campo determinado; mientras que en la Intermediación el objeto social es la colaboración que otorga la Intermediadora con su personal para la producción que desempeña la Usuaría.
- 3) Otro punto importante se refiere a los contratos con esencias diferentes ya que mientras en el contrato de tercerización de servicios complementarios el objetivo es prestar un servicio, en el contrato de intermediación es el suministro de personal. Entonces podemos entender que el uno es para la prestación servicios esencialmente, mientras que el otro es únicamente para el suministro de personal.
- 4) Otra diferencia que podemos encontrar es el lugar donde prestan sus servicios los trabajadores; “En la intermediación, es esencial, la relación del trabajador con la usuaria no así en la tercerización, en la que la usuaria, bien puede no conocer a los trabajadores que realizan los labores para que el servicio sea prestado, tal sería el caso de los servicios de alimentación, en el que quienes preparan y cocinan los alimentos puede ser personal que labora en el local ajeno al de la usuaria y sin relación alguna con ella, o el de mensajería, en el que será

suficiente que la usuaria entregue a la tercerizadora la correspondencia que ésta debe distribuir con sus mensajeros que no necesitan conocer ni recibir órdenes de la usuaria.”¹³ De lo expuesto se colige que mientras en la Intermediación es fundamental que el trabajador preste sus servicios en las Instalaciones de la Usuaria, en la Tercerización al constituirse como servicios complementarios, el trabajador puede ser que preste o no sus servicios en las Instalaciones de la Usuaria.

- 5) Otra de las diferencias fundamentales entre ambas Instituciones constituye, que en la Intermediación el trabajador se encuentra sujeto a las órdenes y al control de la Usuaria; mientras que en la Tercerización las órdenes y el control serán suministrados por la Tercerizadora. La explicación básica a esta diferencia radica en que en la Intermediación el trabajador se encuentra trabajando en las Instalaciones de la Usuaria, por tanto sería ilógico que esta tuviese que acudir a la Intermediadora para que el trabajador realice determinada actividad propia de la producción de la Usuaria, si fuere el caso, y por lo mismo la intermediación dejaría de cumplir la función para la cual fue creada y si eso ocurriera sería una pérdida de tiempo y una carga laboral para la Usuaria. Por otra parte en la Tercerización el trabajador debe cumplir las tareas que le asigna la tercerizadora, ya que al ser objeto de la misma prestar un servicio complementario, como señalamos en la diferencia anterior, es posible que el trabajador preste sus servicios en un lugar diferente al de la Usuaria, y adicionalmente hay que tener en cuenta que la Tercerizadora es una empresa especializada en la prestación de un determinado servicio, y si no tuviere la capacidad de impartir órdenes a sus propios trabajadores, se estaría limitando su funcionalismo y capacidad.

¹³ TRUJILLO, Julio Cesar, Derecho del Trabajo, Tomo I, Tercera Edición, Centro de Publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2008, p. 438

- 6) El Código de Trabajo determinaba en su Artículo 346.15 antes de su reforma con el Mandato Constituyente 08 lo siguiente: “Los trabajadores intermediados, durante el desempeño de sus labores, tendrán derecho a hacer uso de los medios de transporte y como de las Instalaciones y servicios con los que cuenta la usuaria tales como comedores, atención médica y otros que se encuentren a disposición de los demás trabajadores de la usuaria, en las mismas condiciones.”¹⁴, he aquí una gran diferencia con la tercerización, toda vez que los empleados de la Intermediaria se afianzan prácticamente como trabajadores de la Usuaria, al prestar los servicios en sus Instalaciones y estar sujeto a las tareas encomendadas por la misma y es lógico que puedan usar las Instalaciones de la Empresa en donde prestan sus servicios. Por otra parte, en la Tercerización, la ley no reconocía este derecho por cuanto el trabajador por lo general no prestaba sus servicios en las instalaciones de la Usuaria.
- 7) El procedimiento para sancionar cambia en las dos Instituciones, por una parte en la Intermediación; cuando el trabajador comete una falta disciplinaria, la Empresa Usuaria no puede sancionar, sino que tiene que elaborar un informe detallando la falta en que incurrió el trabajador, para que la Intermediaria sancione la misma; a diferencia de la Tercerización, en la que toda vez que el trabajador presta sus servicios generalmente en las Instalaciones de la Tercerizadora, esta misma es quien sanciona directamente la falta del trabajador, no necesitando que medie un informe de la Usuaria. De lo expuesto se entiende el porqué del informe, que se constituye en un medio para hacer conocer a quien tiene la facultad sancionadora, la falta del trabajador, toda vez que existe en la Intermediación una relación de proximidad entre la usuaria con el trabajador, a diferencia de la tercerización.

¹⁴ Véase Código de Trabajo antes de la Expedición del Mandato Constituyente 08

- 8) La responsabilidad solidaria es un tema interesante de estas Instituciones, Andrés Páez expresa: “En la intermediación Laboral, la Usuaría si tiene esta responsabilidad puesto que se beneficia de los servicios de los trabajadores intermediados y tiene a su cargo la determinación del trabajo a desarrollarse y su supervisión, lo cual implica una parte del elemento de subordinación. En consecuencia, si la intermediaria no cumple con sus obligaciones, éstas serán asumidas por la Usuaría por efecto de dicha responsabilidad. En la tercerización, no tiene esta responsabilidad la empresa que contrata con la tercerizadora puesto que los trabajadores son contratados por la tercerizadora y laboran al servicio de ésta y no de la empresa contratante de los servicios de tercerización”¹⁵. Sobre lo expuesto, cabe aclarar que en la Intermediación en caso de incumplimiento por parte de la Intermediadora o de la Usuaría, el trabajador tiene la facultad de demandar a cualquiera de las dos, sola o conjuntamente, y estas por su parte conservan el derecho de repetición una en contra de la otra. Por otra parte sobre la tercerización sería ilógico el concepto de solidaridad, ya que lo que contrata la Usuaría es un servicio, que es otorgado por una compañía que está constituida para esa función y tiene su propio personal.
- 9) Otra gran diferencia radica sobre el tema de las reclamaciones sobre las condiciones de trabajo, por parte de los Trabajadores; sobre este tema nos encontramos en dos escenarios, el primero el de la Intermediación donde los trabajadores pueden reclamar o a la Intermediaria directamente, o bien a la Usuaría y intermediaria conjuntamente. A diferencia de la Tercerización en la cual los reclamos por parte de los trabajadores serán dirigidos únicamente a la Tercerizadora.
- 10) El Código de Trabajo antes de la expedición del Mandato Constituyente 08 en su Artículo 346.16 establecía: “(...) En el Contrato mercantil que

¹⁵ PÁEZ, Andrés, “Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal” Editorial Che, Quito, Ecuador, 2006, p. 55

se celebre entre la Usuaria y la Intermediaria, esta última deberá declarar que no está prohibida de contratar bajo sanción de indemnización que deberá estipularse en el contrato."¹⁶ Sobre este tema es necesario entender que se estableció la presente cláusula como un mecanismo de garantizar a las Usuarías de que contrataban con una Intermediaria que estaba legalmente capacitada para trabajar, toda vez que esta cláusula obligaba al Representante Legal de la Intermediaria a dar una declaración que en caso de ser falsa, conllevaría a la condena y posterior pago de las indemnizaciones correspondientes conforme lo establecería el contrato, además de acciones penales en contra de la persona que suscribió el contrato como Representante Legal de la Intermediaria. A diferencia de la Tercerización en la que la Ley que regía en ese entonces no obligaba a que en el contrato apareciese esta cláusula.

Estas constituyen las diferencias entre estas dos Instituciones, que a lo largo de la Historia han sido confundidas, las principales razones desde nuestro punto de vista consistirían, en la similitud de partes intervinientes, y la disminución de ciertas responsabilidades laborales. Por lo que muchas empresas tuvieron que estudiar sobre el tema previo la celebración de algún tipo de contrato, toda vez que las consecuencias que generaban cada una de estas Instituciones era totalmente diferente.

2.3.- Ventajas y desventajas de la Tercerización e Intermediación

Para poder analizar las ventajas y desventajas que comparten ambas Instituciones, es necesario separar los puntos de vista que tenían los diferentes actores de la relación, como eran trabajadores, empleadores y usuarias, toda

¹⁶ Véase Código de Trabajo antes de la Expedición del Mandato Constituyente 08

vez que lo que constituye una ventaja para el uno se plasma en una desventaja para el otro y viceversa.

De lo expuesto analizaremos inicialmente la situación del Empleador y de la empresa usuaria con respecto a estas Instituciones, para posteriormente analizar la realidad del trabajador y así poder comprender las consecuencias que ha generado la supresión de estas Instituciones a raíz del Mandato Constituyente 08.

Es importante concebir que de acuerdo a lo ya analizado podemos entender cuan beneficioso representaban estas Instituciones para el Empleador. El Abogado Napoleón Zambrano Ron; expone sobre el tema: “En este sentido debemos mencionar que si bien es cierto en el Ecuador la intermediación laboral, se convirtió en la figura jurídica más común para evadir responsabilidades laborales por parte de varias empresas y así negarles estabilidad laboral a sus trabajadores, no es menos cierto que ésta modalidad de contratación, permitía alcanzar un mayor grado de productividad en su negocio, al poder tercerizar ciertas funciones que no son propias de su giro comercial y que requerían ser contratadas temporalmente, para lo cual la empresa tercerizadora, proporcionaba el personal necesario capacitado, así como la maquinaria e infraestructura para la consecución de un servicio específico.”¹⁷. De lo señalado podemos establecer claramente las principales ventajas que generaban para el empleador, a saber: una desvinculación de la responsabilidad laboral, que se plasmaba principalmente en evitar la estabilidad laboral del trabajador con la Usuaria y las consecuencias que esta carga representa, para de esta manera, evitando la vinculación directa con el Trabajador, conseguir aumentar la productividad al obtener mano de obra temporal para realizar una actividad propia a la producción de la Empresa en el caso particular de la Intermediación o bien servirse de un servicio ajeno a la actividad de la Usuaria, prestado por una Empresa especializada en dicho campo como constituía la Tercerización.

¹⁷ http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4542&Itemid=426

Es interesante entender que en el párrafo tratado anteriormente, hablamos que en la Intermediación también la Usuaría se desvincula de responsabilidad laboral; por lo que para entender mejor, debemos analizar sus tres aspectos: 1) La Usuaría no debe cumplir con las obligaciones laborales toda vez que la que está obligada principalmente es la Intermediadora, la cual deberá pagar los sueldos y cumplir con las obligaciones con el IESS, entre otras obligaciones; 2) debemos tener presente que entre la Usuaría y la Intermediadora existe una relación mercantil, y que esta última guarda una relación laboral con los trabajadores y 3) Tanto la Usuaría como la Intermediadora son solidariamente responsables, sin embargo la Usuaría conserva el derecho de repetición en contra de la intermediadora; por lo que si la Usuaría es demandada por el trabajador toda vez que la Intermediadora no cumplió con las obligaciones laborales, ésta conservará el derecho de repetición en contra de la Intermediadora, constituyéndose esta última en la total obligada en el tema laboral, ya que siempre tendrá que responder ante los trabajadores o ante la Usuaría.

Por último, podemos encontrar como una gran ventaja sobre la aplicación de estas Instituciones para el Empleador lo siguiente: “Sin embargo, puede darse el caso de que la usuaria lo contrate directamente lo cual es perfectamente posible e incluso la ley establece que está prohibido y se considerará nula toda cláusula que impida aquella contratación directa (...). En consecuencia, aquella atinada prohibición legal contribuye a la formalización de relaciones laborales permanentes y estables y deja entrever que la intermediación puede ser utilizada por las usuarias como una suerte de período de prueba, con menores rigurosidades que las establecidas en el Código de Trabajo”¹⁸. De lo expuesto se colige que esta forma de contratación podía ser utilizada como un período de prueba o bien como un proceso de selección de personal, que involucraba

¹⁸ PÁEZ, Andrés, “Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal” Editorial Che, Quito, Ecuador, 2006, p 114

que si el trabajador cumplía con las expectativas del Empleador, podía ser contratado de forma directa por este último.

En cuanto a las desventajas que las mencionadas Instituciones generaban para las empresas usuarias, en la Intermediación encontramos dos: la primera era que para separar la Usuaría a un trabajador Intermediado, debía recurrir a un tercero llamado patrono (empresa intermediadora); es decir tenía que solicitar a dicha empresa de manera motivada la desvinculación de ese trabajador por la falta en que había incurrido, para que esta tome las acciones legales correspondientes según el caso. Es decir se encontraba sujeta a la capacidad de actuar de otro. La segunda desventaja constituye la solidaridad que le otorgaba la ley, por lo que podía ser demandada y por lo mismo tenía que responder en un inicio y posteriormente podía ejercer el derecho de repetición, por tanto se encontraba sujeta a la buena gestión y responsabilidad de la Intermediadora con los trabajadores. Con respecto a la Tercerización no podemos encontrar ningún posible factor que constituya una desventaja para la empresa usuaria.

Una vez que han sido analizadas las ventajas y desventajas que producían estas Instituciones con los Empleadores y empresas usuarias, podemos indagar sobre las mismas en los trabajadores.

Quizá la única ventaja que obtenían con estas Instituciones era la posibilidad de conseguir trabajo, pero ante la flexibilización de la relación contractual, no le garantizaba beneficio alguno, según lo han manifestado dirigentes sindicales. Sobre este tema es importante entender que ante las ventajas que representaba mantener contratados a los trabajadores bajo esta modalidad, la demanda de puestos de trabajo en estas condiciones era solicitada por bastantes empresas que recurrían a empresas Tercerizadoras e Intermediadoras para que satisfagan sus necesidades, quienes muchas veces se presentaban como tales sin siquiera estar legalmente constituidas para el efecto.

En cuanto a las desventajas que estas Instituciones generaban a los trabajadores, podemos determinar que las mismas no se instituyeron en el ordenamiento jurídico nacional como sistemas precarios de contratación, sino como mecanismos alternativos de contratación. Sin embargo las Empresas Usuarias transformaron en el caso de la intermediación el fin que tenía la misma y la precarizaron; manejándola como una forma que proporcionaba un aumento de la producción y desvinculaban de obligaciones patronales y los derechos reconocidos en Tratados Internacionales, la Constitución y leyes de la República.

Prácticas como la suscripción de contratos entre la Usuaria y la Intermediadora, con cláusulas que estipulaban la posibilidad de despedir a los trabajadores en cualquier momento por parte de la Usuaria, alteraban a la Intermediación en contra del trabajador, o bien la presión económica ejercida por la Intermediadora hacia el trabajador, para que este último renuncie, y así hacer rotar al mismo de una intermediadora a otra que se encontraba vinculada, precarizaron la relación laboral, al no permitirle estabilidad al mismo, por lo que la ley prohibió la rotación de trabajadores. Sin embargo, era difícil probar esta práctica, toda vez que el en ese entonces Ministerio del Trabajo y Empleo no contaba con el personal necesario para el control, y adicionalmente los trabajadores preferían conservar su posibilidad de trabajar aunque esto representase la pérdida de derechos, por lo que las denuncias eran no muy frecuentes.

Adicionalmente podemos mencionar, que al constituirse en la práctica como formas precarias de contratación, los trabajadores, entendidos como los que prestaban sus servicios a la Usuaria, perdieron varios derechos, la Jubilación Patronal, al no poder trabajar el tiempo establecido por el Código de Trabajo con un mismo Empleador, el derecho de asociación, el de contratación colectiva, entre otros. Sobre este punto cabe analizar la pérdida de este derecho que se plasma en los siguientes puntos:

- 1) Primero habría que entender que el Empleador era la Intermediadora, y que los trabajadores prestaban sus servicios en las instalaciones de la Usuaria, por tanto que tipo de interés tendría el trabajador en reclamar a la Intermediadora, si prácticamente sus intereses se plasmaban en la relación con la Usuaria, la cual no podría ser modificada vía sindicato, al hablarse de un tercero.
- 2) Al prestar los trabajadores sus servicios en las dependencias de la Usuaria, era difícil encontrar trabajadores que estén sujetos a esta misma forma de contratación, y que todavía más su Empleador sea la misma Intermediadora.

Adicionalmente habría que sumar el poco control de las Autoridades y las sanciones no muy severas en caso de transgresión a la norma, conduciéndonos a un escenario muy desalentador para el Trabajador; que se transformo en un medio para la producción.

En cuanto a la Tercerización podemos expresar, que después de hecha una diferenciación jurídica con la Intermediación; esta no generaba un perjuicio al trabajador, toda vez que este era contratado por la Tercerizadora para prestar un servicio, que en la práctica se entendía como una forma de contratación mediante la cual una Empresa solicitaba los servicios de otra, para una actividad complementaria; por ende las relaciones del trabajador para con la Usuaria no se plasmaban como esenciales, tal como fue explicado anteriormente toda vez que las mismas podían darse de manera directa o no; y adicionalmente hay que considerar que no existía solidaridad laboral, por tanto la Usuaria al no verse inmersa en una relación laboral con el trabajador, no abuso de esta institución para modificarla a su favor. Quizás como desventaja se plasmaría que en la práctica la Tercerizadora contrataría a los trabajadores bajo contratos precarios, pero incluso en este caso es muy difícil entender que la tercerizadora actúe de esta manera toda vez que lo que necesitaba era

trabajadores estables, con conocimientos sobre el servicio que prestaban; para de esta forma adquirir mayor número de clientes.

2.4.- Consecuencias de la supresión de la Tercerización e Intermediación

El 30 de Abril de 2008, mediante el Mandato Constituyente 08 se elimino la Tercerización e intermediación; Instituciones que se habían posesionado en la práctica laboral, toda vez que ofrecían un conjunto de beneficios a los Empleadores. Las consecuencias de la eliminación de las mismas se hicieron sentir; y para tener una mejor concepción, es pertinente separar en positivas y negativas.

En cuanto a las ventajas que produjo la supresión de estas Instituciones, podemos mencionar que con el mismo, se elimino una forma que en la práctica se constituyo en un mecanismo precario de contratación como la intermediación, que tenía como fin el enriquecimiento del Empresario, en base del trabajo prestado por el Trabajador, toda vez que quien gozaba de los servicios era la usuaria que se desvinculaba de obligaciones patronales. Por lo tanto, con la eliminación de esta forma de contratación se genero estabilidad a los trabajadores, ya que se dejo sin efecto la aplicación de la misma y adicionalmente el Mandato Constituyente en su Disposición Transitoria Primera estableció: “A partir de de la fecha de vigencia del presente mandato, los trabajadores intermediados cuya prestación de servicios se rigió por la Ley reformatoria al Código de Trabajo, mediante la cual se regulo la actividad de intermediación laboral, y de tercerización de servicios complementarios, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 298 de 23 de Junio de 2006, serán asumidas de manera directa por la empresas del sector privado que contrataron con las intermediarias laborales, empresas usuarias que en lo sucesivo serán consideradas para todos los efectos como empleadoras directas de dichos trabajadores, quienes gozaran de un año mínimo de

estabilidad, con una relación que se regirá por las normas del código de trabajo. (...)”¹⁹. Por lo que además de la eliminación de estas formas de contratación, se garantizó a los trabajadores que prestaban sus servicios bajo estas modalidades, sus puestos de trabajo, toda vez que debieron ser asumidos por las Empresas Usuarias, siempre y cuando se presentasen las siguientes condiciones:

- Que los trabajadores hubiesen prestado sus servicios por más de 180 días de anterioridad a la fecha de promulgación del mandato
- Que su relación contractual con la Tercerizadora e Intermediadora no sea eventual, ocasional o de obra cierta, por conclusión de obra, periodo de labor o servicios objeto del contrato.

Si los trabajadores cumplían con las características antes citadas, tenían garantizado su puesto de trabajo así como la obligación a la Usuaria de garantizarles un año de estabilidad: “empresas como Industrias Ales, Porta, Tesalia, Azucarera San Carlos y Marathon reportaron la contratación de más de 3.500 empleados antes tercerizados”²⁰ (véase anexo 4).

Una vez expedido el Mandato 08 hubo gran discusión y varias interpretaciones, sobre el significado de la palabra “asumir”, algunos interpretaron que la misma significaba que la Usuaria estaba obligada a tener una responsabilidad laboral para con el trabajador desde la fecha de promulgación del Mandato, sin embargo a raíz de la expedición del Reglamento al Mandato Constituyente 08 este tema fue aclarado toda vez que el mismo en su disposición transitoria segunda obligo a que: “Las empresas usuarias del sector privado en su condición de sucesoras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código del Trabajo asumen la responsabilidad patronal, por lo que estarán obligadas a cumplir los contratos de trabajo de la intermediaria laboral antecesora, reconociéndose expresamente el tiempo de servicios prestados a través de dicha intermediaria, en su relación con la usuaria. (...)”²¹, por lo que

¹⁹ Véase Mandato Constituyente 08

²⁰ <http://www.eluniverso.com/2009/01/04/1/1356/C3529B35BD1842E3A3DEA5B8D0F00879.html>

²¹ Véase Reglamento Mandato Constituyente 08

esta Obligación determinada por el Reglamento al Mandato 08 se sumo como una ventaja a los trabajadores, toda vez que no perdieron su tiempo de servicios prestados.

Por último cabe mencionar que los trabajadores al ser asumidos por la Empresa usuaria bajo una relación bilateral y directa, se garantizaba el tiempo de servicios prestados y adquirieron un conjunto de derechos, que antes con la intermediación no gozaban, tal como la jubilación patronal, toda vez que al trabajar de una forma estable con un empleador, si reúnen el tiempo de servicios establecido en el Código de Trabajo para el mismo Empleador pueden solicitar la aplicación de este derecho, y también el derecho de asociación, que como fue expresado anteriormente era en la práctica sumamente difícil para los trabajadores sujetos a esta modalidad.

En conclusión en cuanto a las ventajas podemos establecer, que el trabajador no perdía su puesto de trabajo, si reunía los requisitos enunciados anteriormente y determinados por el Reglamento al Mandato 08, ganando un año de estabilidad laboral, el reconocimiento de su tiempo de servicios y aplicación de derechos que se desprenden de la estabilidad y que antes no gozaban.

En cuanto a las desventajas que genero la eliminación de estas Instituciones podemos establecer que todas estas se encontraban concadenadas entre si y se plasmaban en una sola, lo cual será analizado a continuación.

Es importante entender que la eliminación de Instituciones que se encontraban posesionadas en la práctica laboral, debido a la flexibilización que permitían; hacían que el mercado ecuatoriano se transforme en un mercado atractivo en este sentido para el inversionista; quien entendiendo las ventajas que generaban las abolidas Instituciones que existen en un sin número de países, estaba tentado a traer capital al país; teniendo adicionalmente como premisa una remuneración básica unificada muy baja en consideración a otros países latinoamericanos; por lo que el primer efecto conseguido con la eliminación de

estas Instituciones fue el ahuyentar la inversión extranjera. Adicionalmente hay que considerar que el Mandato Constituyente 08 genero un sistema rígido de contratación desde el punto de vista Empresarial, toda vez que impidió las practicas que había precarizado la relación laboral a su favor.

La rigidez en la contratación laboral se plasmo en una disminución en la demanda de la mano de obra, toda vez que ahora la Empresa Usuaria si deseaba aumentar su producción tenía que contratar a un trabajador de manera directa y bilateral, y consecuentemente asumir todas las cargas laborales implícitas en la relación; por tanto se dedujo un doble efecto negativo, el primero la disminución de la demanda de la mano de obra y como consecuencia directa la disminución en la producción.

Sobre este punto de la disminución de la producción es interesante analizar una doble perspectiva; la primera que plantea la situación de que la Usuaria asumió a los trabajadores intermediados y tercerizados y por tanto no debió darse en la práctica una disminución de la producción, por cuanto seguía contando con el mismo personal que antes del Mandato; sin embargo la réplica a esta visión muy limitada sobre el asunto se concreta en la segunda perspectiva, que plantea la realidad, de que muchos trabajadores no habían trabajado con 180 días de anterioridad a la expedición del Mandato o bien que sus contratos con la intermediadora o tercerizadora eran precarios y por lo tanto tal como disponía el Reglamento al Mandato 08 no debieron ser asumidos por la Empresa Usuaria; reflejándose todo esto en una disminución de la producción. Un ejemplo sobre el tema es el análisis que realiza la revista líderes que publica El Comercio que expresa: “La industria ecuatoriana reduce la producción consecuencia de la restricción del consumo local, inestabilidad jurídica e incertidumbre económica. Esta situación influye en el empleo. Según la Cámara de Industrias de Guayaquil (CIG), el crecimiento proyectado para el sector manufacturero compuestos por los segmentos de bebidas, alimentos, textiles... crecerá el 1,7% en este año. Ese valor sería el más bajo crecimiento de la década que fluctúa entre el 5,6%. Además las exportaciones industriales

fueron de UDS 1828 millones entre enero y junio del 2009. Un 25% menos en comparación al mismo período del año anterior. Entre los bienes afectados están los productos del mar, vehículos y sus partes, extractos, aceites vegetales, manufacturas de mentales, concentrados..."²² (Véase Anexo 5).

Es interesante analizar que el Mandato 08 al eliminar estas dos instituciones afectó también por una parte a los trabajadores; toda vez que en las intermediarias y Tercerizadoras estos prestaban sus servicios como personal de planta, es decir no tenían relación alguna con la Usuaria, por ende quedaron en la desocupación: "Instaservi es una de las intermediadoras afiliadas a Fedehumana que para seguir operando cambió su nombre a Nencarsa S.A. y su razón social a consultora de recursos humanos. Según Antonio Ganchozo, gerente de recursos humanos de la empresa, el mandato redujo su planilla de empleados intermediados de 16.000 a unos 3.000, entre los 300 clientes que manejaba. Su personal directo también se contrajo de 70 a 15 empleados, porque disminuyó la operatividad de la empresa con sede en Guayaquil."²³. (Véase Anexo 6)

No solo por esto se generó un aumento en el desempleo, ya que si analizamos, muchas empresas quebraron a raíz del Mandato 08, ya que no podían asumir un conjunto de cargas laborales; por ejemplo los incrementos de sueldo a los trabajadores antes no afectaban a las Usuarías, en la medida que lo hizo luego de asumir al personal, ya que antes su responsabilidad estaba enmarcada al tiempo que duraba la relación mercantil con la intermediaria o tercerizadora, en tanto que luego de que este personal se sumó a la nómina de trabajadores su responsabilidad concluiría con la terminación del contrato con los mismos.

Todo esto culminó en que ante esta realidad muchos trabajadores quedasen en la desocupación. Si bien el fin era el indicado porque las Usuarías en el caso de la Intermediación se enriquecían a costa de los trabajadores y su explotación;

²² REVISTA LÍDERES, el Comercio, "Decreten las exportaciones industriales", 28 de Septiembre de 2009, p. 15

²³ <http://www.eluniverso.com/2009/01/04/1/1356/436D90C1CD02495C87EE50840446ED70.html>

consideramos que existían otros mecanismos para encaminar al correcto funcionamiento de estas Instituciones, que como tal a través de este análisis ha sido demostrado que no precarizaban la relación con el trabajador. Mecanismos como medidas de control por parte de las autoridades y multas más severas en caso de violación a la norma.

CAPÍTULO III

CONTRATACIÓN POR HORAS

3.1.- Concepto y características de la contratación por horas

Este contrato fue incorporado a la Legislación ecuatoriana: “mediante reforma prevista en los artículos 84 y 85 de la Ley No. 2000 – 4 R.O. – Son. 34 de 13 – III – 2000, y por el Decreto Ley No. 2000 – 1 R.O.-S No 144 de 18 – VIII-2000”²⁴, sobre el mismo el Código de Trabajo antes de la reforma con el Mandato Constituyente 08 expresaba en el Artículo 17: “Son contratos por horas aquellos en que las partes convienen el valor de la remuneración total por cada hora de trabajo”²⁵. Por lo que se constituía en una forma de contratación en la que la remuneración era la esencia de la misma.

A continuación analizaremos los elementos de este contrato (para lo cual nos basaremos en el Código de Trabajo antes de la reforma por el Mandato Constituyente 08, por lo que si hacemos referencia a algún artículo del mismo se entenderá que es del Código de Trabajo antes de la reforma:

- 1) Principalmente cabe indicar y como característica esencial de esta forma de contratación que la remuneración del Trabajador se encontraba sujeta al número de horas que este laboraba, por tanto la remuneración podía variar de un mes a otro. Era interesante que el valor hora en el 2000 estaba fijado en 50 Centavos de Dólar, sin embargo en el 2001 se estableció que el valor hora se ajustaría a la proporción de la remuneración básica mínima unificada determinada por el CONADES.

²⁴ ALOMÍA RODRIGUEZ, José, “Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social”, Primera Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2002, p. 127

²⁵ Véase Código de Trabajo previo a la reforma con el Mandato Constituyente 08

- 2) Otra disposición del Reglamento a la Contratación por horas del Registro Oficial No. 547 del 18 de marzo del 2005, era la establecida por el Artículo 4, que determinaba el procedimiento para el caso de que el trabajador laborase por fracción de hora, disponiendo que para el computo del pago se sumarían las fracciones horas hasta completar la hora de trabajo, y en caso de que se liquide al trabajador y este no hubiese completado la hora, se tendría que cancelar al mismo aún en cuanto no hubiese completado la hora, como si este hubiese trabajado la totalidad de la misma. Sobre esta disposición es importante rescatar los siguientes elementos: el primero que se constituye en la flexibilidad que otorgaba el Reglamento de no limitar al trabajador a que su labor se ciña estrictamente a la hora y por tanto pone a consideración la fracción de la misma; por otra parte en caso de liquidación el Reglamento tiende a proteger a la parte más débil de la relación laboral, al permitirle en este caso cobrar al trabajador como hora completa de trabajo la fracción de la misma.
- 3) La Ley exigía que el contrato fuese celebrado obligatoriamente por escrito de acuerdo al Artículo 19; desde nuestro punto de vista esta obligación estaba instaurada con el objeto de que toda vez que era un contrato precario, los derechos y obligaciones de las partes estén determinados de forma expresa con el fin de evitar controversias; así como un medio de garantizar al Empleador la existencia de la mencionada relación laboral en esas condiciones, que reflejaban principalmente la libre terminación del mismo. De no cumplir el Empleador con esta obligación la relación de este con el trabajador se entendía como indefinido, aplicando el indubio pro operario.
- 4) Otra obligación que determinaba el Código de Trabajo era la Inscripción en la Inspectoría del Trabajo, obligación que es extensiva a cualquier tipo de Contrato de Trabajo, teniendo el Empleador que cumplir con esta obligación dentro de los treinta días siguientes a la suscripción del

mismo, de acuerdo al artículo 20 del Código de Trabajo. Adicionalmente es interesante comprender esta obligación como una forma de hacer valer derechos de terceros, toda vez que al encontrarse inscrito, cualquier persona puede solicitar al Ministerio de Relaciones Laborales copia del contrato, y de esta forma probar o ejercer cualquier tipo de acción que estime necesaria.

- 5) Una de las mayores ventajas que ofrecía el mencionado contrato para los Empleadores era que el pago de la hora de remuneración, incluía todos los beneficios económicos que contienen el ingreso del trabajador; el Código de Trabajo mencionaba que incluso los que se pagan con periodicidad distinta a la mensual. Por lo tanto al cancelar una hora de trabajo el Empleador cancelaba Décimo Tercero, Décimo Cuarto, Vacaciones y Fondos de Reserva.
- 6) Otra de las características, que fue usada por el Mandato Constituyente para eliminar a esta Institución; era la precarización que generaba la misma a los trabajadores, toda vez que era una Institución que no garantizaba estabilidad alguna, y por lo tanto las partes en cualquier momento podían dar por terminada la relación laboral existente, por tanto su naturaleza era indeterminada. No estando obligado el Empleador a pagar indemnización alguna más que la simple remuneración del valor hora que incluía como dijimos anteriormente todos los beneficios económicos del trabajador y posteriormente las utilidades.
- 7) La obligación que determinaba que el contrato por horas no pudiese coexistir con otro tipo de contrato de trabajo con el mismo empleador, fue una medida dictada, con el fin de evitar que los Empleadores hagan firmar contratos por horas a los trabajadores que tenían una relación contractual preexistente bajo otra modalidad, con la finalidad de terminar relaciones laborales sin indemnizar de forma alguna acogiéndose al

normativa existente sobre contratación por horas. Limitación que se hacía exclusiva a los Empleadores, toda vez que el trabajador podía suscribir contratos por horas con distintos Empleadores, ante la Flexibilidad que permitía esta modalidad contractual.

- 8) Uno de los derechos que conservaba el trabajador con esta Institución, y que no se encontraba ligado a la precarización de la relación laboral; se constituía el pago de Utilidades, sobre este tema es importante determinar que toda Empresa se encuentra obligada a repartir las mismas a los trabajadores que presten sus servicios y en caso de que no trabajen durante un año completo pagar la parte proporcional. Caso que sucedía en gran parte de los trabajadores sujetos a esta modalidad, que no cumplían el año de servicios y por tanto recibían el proporcional al tiempo trabajado.

- 9) Una de las Obligaciones del Empleador para con sus trabajadores es la que determina el Artículo 42 del Código de Trabajo que guarda concordancia con los Artículos 73 y 148 de la Ley de Seguridad Social que establece la obligación de: “Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días. (...)”²⁶ Sobre este tema vemos que es una característica esencial de cualquier tipo de contratación laboral, que no fue exceptuada de la contratación por horas; sin embargo se sujeto a las resoluciones del IESS, para regular el cálculo para el pago del aporte patronal; mediante las cuales se determino la no obligación de aportar al IECE y al SECAP, así como la obligación de generar las planillas de los trabajadores sujetos a esta modalidad de forma separada y los requisitos para el goce de las prestaciones del seguro social obligatorio.

²⁶ Véase Código de Trabajo

- 10) Adicionalmente mediante Decreto Ejecutivo No. 200, publicado en el Registro Oficial No. 55 del 2 de Abril de 2007, se reformo al Reglamento, estableciendo como prohibición, la posibilidad de contratar más del 20% del total de trabajadores de la Empresa bajo esta modalidad; desde nuestro punto de vista esta obligación que antes de la reforma tenía un porcentaje aún mayor, estaba encaminada a que el Empleador no abuse de esta Institución, toda vez que esta era una modalidad de contratación precaria, que no ofrecía estabilidad alguna al trabajador, por ende se trataba de limitar la práctica de la misma.
- 11) En cuanto a las sanciones que establecía la violación a los preceptos legales, ya sea a la Ley o al Reglamento se disponía las siguientes:
- a. Una multa, la cual era impuesta por el Director Regional del Trabajo y era de hasta Doscientos dólares de acuerdo al Artículo 628 del Código de Trabajo; la cual no era susceptible de recurso alguno de acuerdo al Artículo 629 del mismo cuerpo legal.
 - b. Adicionalmente y considerando que hablamos de una forma precaria de contratación, si esta no era celebrada por escrito o bien si el Empleador se excedía del límite que la Ley permitía para contratar bajo esta modalidad se entendía que la relación contractual tenía el carácter de indefinida. Sin embargo para efectos prácticos era complicado determinar cuál de los trabajadores había sido el excedente, y por tanto se beneficiaría con la estabilidad, por lo que esta sanción paso a ser letra muerta en la práctica.
- 12) Como última característica podemos encontrar la prohibición que establecía la Ley de trasladar a los trabajadores contratados bajo otras modalidades a la contratación por horas; prohibición que puede ser entendida con la finalidad de impedir que los trabajadores pierdan derechos adquiridos propios de la estabilidad para sujetarse a un

régimen precario y por tanto evitar que los Empleadores utilicen este mecanismo como un arma en contra de los trabajadores.

En conclusión, es importante establecer que esta forma de contratación era la Institución más precaria dentro del derecho laboral ecuatoriano. Si bien daba la posibilidad al Empleador de aumentar la productividad de la Empresa, y al Estado de ofrecer un mejor servicio a la colectividad, otorgaba a su vez la calidad al trabajador de un medio para cumplir con estas funciones, siendo más reprochable aún la actitud del Estado quien debe proteger a la parte más débil envés de abusar también de la misma.

Como se estableció en este análisis la libertad para terminar la relación laboral sin pago de indemnización alguna, hacía que el Empleador y el Estado puedan abusar sobre los trabajadores, quienes perdían en base de esta Institución todos los derechos ganados durante años lucha.

3.2.- Concepto y características del Contrato por Jornadas Parciales Permanentes

El Contrato de Jornadas Parciales Permanentes está establecido en el artículo 82 del Código de Trabajo, pero no es sino a partir del Mandato Constituyente 08 que elimina la contratación por horas, que el mismo empieza a ser aplicado, toda vez que es incentivado como un mecanismo alternativo a la contratación por horas. Sin embargo es una Institución Jurídica totalmente diferente y por lo tanto requiere un análisis objetivo para una clara distinción.

Es así que el Artículo 82 del Código de Trabajo determina lo siguiente: “(...) Si en el contrato de trabajo se hubiere estipulado la prestación de servicios personales por jornadas parciales permanentes, la remuneración se pagará tomando en consideración la proporcionalidad en relación con la remuneración que corresponda a la jornada completa, que no podrá ser inferior a los mínimos

vitales generales o sectoriales. De igual manera se pagarán los restantes beneficios de ley, a excepción de aquellos que por su naturaleza no puedan dividirse, que se pagarán íntegramente.”²⁷. De lo determinado cabe hacer el siguiente análisis sobre el contrato:

- 1) Cabe Indicar que la falta de aplicación de este contrato antes del Mandato Constituyente 08 va ligada al desconocimiento sobre su existencia, toda vez que el mismo es abordado en el capítulo VI, que habla sobre los salarios, sueldos, utilidades, bonificaciones y remuneraciones adicionales y no en el Artículo 11 del Código de Trabajo donde se enumeran gran parte de los Contratos Individuales.
- 2) El Artículo 82 habla sobre la jornada parcial permanente, entendiéndose algo parcial, como algo fraccionario, no total. De lo que se colige que el límite para que el trabajador este sujeto a esta modalidad de contratación es inferior a las ocho horas diarias toda vez que esa es la jornada completa de trabajo. Sin embargo en la práctica el Ministerio de Relaciones Laborables dispone que la aplicación del mismo sea de 4 horas diarias, haciendo la interpretación de que al expresar el Mandato el término parcial se refiere a la mitad de la jornada completa, por tanto su postura esta direccionada a que si se contrata a un trabajador por 3 horas se le tiene que reconocer 4 horas diarias, ya que esa fue la voluntad de los Asambleístas. Sin embargo carece de sustento legal dicha posición, ya que existe un vacío legal que regule el tema.
- 3) Otro punto Interesante que analiza el Artículo 82 es la forma en la que se le remunera al trabajador que se encuentra sujeto a esta modalidad de contratación; toda vez que dispone que esta será calculada en proporción a la jornada completa; y adicionalmente obliga a que nunca se podrá calcular sobre menos que el salario básico unificado o a los sectoriales, según sea el caso. Por tanto si hablamos del salario básico

²⁷ Véase Código de Trabajo

unificado y ajustándonos a la Interpretación absurda del Ministerio de Relaciones Laborables en cuanto a que el trabajador debe trabajar 4 horas diarias, en esta modalidad, estaríamos hablando que lo mínimo a percibir por el mismo sería 120 dólares.

- 4) Otra característica Interesante sobre el contrato es la dispuesta por el Mandato 08 artículo 2: “En las jornadas parciales, lo que exceda del tiempo de trabajo convenido será remunerado como jornada suplementaria o extraordinaria, con los recargos de Ley”²⁸. Sobre este tema es interesante entender, que no existe regulación alguna que aclare el procedimiento para la aplicación del recargo. Por tanto si nos ceñimos a lo que dispone el Código de Trabajo sobre las horas suplementarias y Extraordinarias podemos interpretar la disposición del Mandato 08 de la siguiente Manera: teniendo como premisa que la hora suplementaria no puede exceder de 4 en un día y 12 a la semana, se interpreta que los trabajadores siempre que excedan el límite de horas fijadas en el contrato, van a tener el recargo del 50%, siempre y cuando hablemos que laboran en jornada diurna de trabajo o hasta las 24H00; en caso de que superen estas 4 horas diarias o 12 semanales la fracción hora debería ser considerada como extraordinaria y por tanto debería tener un recargo del 100%, aplicando el principio del derecho laboral denominado indubio pro operario, ya que si superamos el límite establecido por el Código de Trabajo estuviéramos incurriendo en una ilegalidad, recargo que será aplicado también si las horas adicionales de trabajo estuviesen comprendidas entre las 24H00 y 06H00, o si fuesen desempeñadas en los días de descanso obligatorio.

Adicionalmente habrá que considerar que se deberán cumplir con los requisitos establecidos por el Código de Trabajo esto es un acuerdo por escrito que medie entre la partes, que puede ser establecido en el mismo contrato de trabajo y la Autorización del Inspector de Trabajo.

²⁸ Véase Mandato Constituyente 08

- 5) Otro Aspecto interesante sobre el contrato, es la estabilidad que genera el mismo, y que se desprende de interpretación del término permanente. Estabilidad que genera un conjunto de derechos como la jubilación patronal, contratación colectiva y derecho de asociación, que le da al trabajador la seguridad de contar con un trabajo fijo; acabando con la figura de la libertad de terminación de la relación laboral que asechaba con la contratación por horas, y que precarizaba la relación laboral.
- 6) Toda vez que este Contrato no se aplicaba antes de la expedición del Mandato 08, hubo que disponer al IESS, que emita la normativa correspondiente para regular el cálculo del aporte de la afiliación del trabajador y del Empleador, toda vez que la aportación de un trabajador podía variar con respecto a otro, dependiendo del número de horas que trabajasen.
- 7) El Reglamento al Mandato 08 en su Artículo 18 dispone sobre este contrato lo siguiente: "(...) El trabajador que a la fecha de expedición del Mandato Constituyente No. 8 se encontraba laborando bajo la jornada completa, en ningún caso podrá ser cambiado a la modalidad de jornada parcial"²⁹. De lo expuesto cabe indicar que esta prohibición se encuentra dada con la finalidad de no atentar contra derechos adquiridos de los trabajadores.
- 8) Por último hay que mencionar todo cuanto dispone el Mandato 08 y su Reglamento sobre la situación de los Profesores quienes de acuerdo a la Disposición General Tercera del Mandato 08, quedan sujetos a esta forma de contratación si no prestan sus servicios por jornadas completas diarias o semanal. Sin embargo el Mandato 08 distingue a los profesores en pre primario, primario, medio y superior; y con respecto a estos últimos el Reglamento hace una distinción en su Disposición General

²⁹ Véase Reglamento al Mandato Constituyente 08

Primera, en la que establece que: "(...) Los profesores de muy alto nivel de especialización que fueren llamados a los centros de educación superior para dictar talleres, seminarios y cursos que no impliquen una actividad docente de carácter permanente y quienes ejerzan la docencia hasta por un máximo de veinticuatro horas mensuales bajo carga horaria flexible y mediante cobro de honorarios, podrán ser contratados como profesionales sin relación de dependencia, conforme lo establece el artículo 58 de la Ley Orgánica de Educación Superior"³⁰. Sobre este punto podemos señalar que el Reglamento modifica el Espíritu del Mandato 08 y discrimina a los Profesores de educación superior, quienes pierden derechos y garantías laborales, y se sujetan a un régimen de contratación civil.

De lo expuesto se colige las características esenciales de esta forma de contratación, en la que se percibe una falta de estudio, que impidió reglamentar correctamente, reflejando un conjunto de vacíos legales, que se prestan a varias interpretaciones y consecuentemente generan aplicaciones indebidas y controversias entre las partes de la relación laboral, así como inconvenientes con las Autoridades del Ministerio de Relaciones Laborales ante la discrepancia de criterios jurídicos sobre el tema.

3.3.- Eliminación del Contrato por Horas y Utilización de Jornadas Parciales Permanentes

A raíz de la expedición del Mandato Constituyente 08 y su Reglamento, y como fue descrito en este trabajo, se empezó a utilizar a la contratación por jornadas parciales permanentes como un mecanismo alternativo a la contratación por horas. Sin embargo la existencia de vacíos legales ha generado controversias en el ámbito laboral; por tanto es importante realizar un análisis sobre el tema.

³⁰ Véase Reglamento al Mandato Constituyente 08

La contratación por horas fue un mecanismo que permitía la flexibilización de la relación laboral, ya que consentía la terminación unilateral de la misma sin previo aviso y sin tener que cancelar indemnización alguna, generándose así inestabilidad para el trabajador, quien adicionalmente perdía derechos como la jubilación patronal, toda vez que en la práctica a ningún empleador le beneficiaría que el trabajador cumpla el número de años establecidos por el Código de Trabajo, y que por ende se le reconozca este derecho. O bien derechos como el de asociación o contratación colectiva, que se plasman en la práctica como una suerte de los trabajadores sujetos a un régimen estable.

Sin embargo, la flexibilidad laboral que admitía esta forma contratación permitía a los Empleadores demandar en gran cantidad y dentro de los márgenes establecidos por ley, esto es el 20% del total de trabajadores, a personal bajo esta modalidad, para de esta manera aumentar la producción sin adquirir una carga laboral representativa, y por su parte el Trabajador tenía mayor posibilidad de encontrar un puesto de trabajo y adicionalmente disponer de su tiempo en la forma en que considere correcto considerando que su remuneración era totalmente variable ya que dependía del número de horas o fracciones de la misma que este trabajase, permitiendo de acuerdo a este razonamiento y por lo establecido por Ley que éste prestase sus servicios para más de un Empleador.

Pese a que esta forma de contratación en la práctica laboral se había consolidado, y que muchas empresas no tenían la capacidad de asumir a los trabajadores sujetos a esta modalidad, el Mandato Constituyente 08 eliminó a esta Institución y dispuso a su vez en su Disposición Transitoria Segunda lo siguiente: “Los trabajadores que se encontraban laborando bajo la modalidad de contratación por horas por más de 180 días con anterioridad a la aprobación de este mandato serán contratados de manera obligatoria bajo las distintas modalidades previstas en el Código de Trabajo según lo establecido en el

artículo 2 del presente mandato”³¹ De lo expuesto y ante la falta de claridad se colige las siguientes interpretaciones y preguntas:

- 1) Los trabajadores que prestaron sus servicios por más de 180 días con anterioridad a la Expedición del Mandato tuvieron que ser contratados por los Empleadores, y por tanto de esta forma desvirtuaron los Asambleístas la esencia de esta forma contratación; dejando ver claramente la inseguridad jurídica en que nos encontramos en este país, en el que el inversionista nunca tienes reglas claras y seguras.
- 2) Al disponer el Mandato Constituyente 08 la posibilidad del Empleador de contratar a un trabajador bajo las distintas modalidades previstas en el Código de Trabajo, acaso también nos está dando la posibilidad de celebrar con este un contrato precario como el de obra cierta o de prueba?
- 3) La Disposición Transitoria Segunda del Mandato se remite al Artículo 2 del mismo, en el que se dispone la eliminación de la contratación por horas y a su vez se habla de las jornadas parciales permanentes, acaso al remitirse a este artículo nos está obligando a que la forma en la que los Empleadores tienen que asumir a los trabajadores sea por jornadas parciales permanentes?

El reglamento nada dice sobre los puntos tratados y por tanto existieron dudas sobre qué tipo de contrato usar para asumir a los trabajadores; sin embargo el “criterio de la gran mayoría de abogados” fue dirigido hacia la contratación por jornadas parciales permanentes; que produjo un conjunto de consecuencias ante la falta de aplicación en la práctica a la que había estado sujeta esta modalidad contractual tales como: el número de horas que podía prestar sus servicios el trabajador bajo esta modalidad, la forma de calcular la remuneración del trabajador, el pago de horas suplementarias y

³¹ Véase Mandato Constituyente 08

extraordinarias, y la estabilidad que generaba el mismo; puntos que han sido superados más bien por la práctica que por la positivización.

Si bien los Empleadores perdieron con la contratación por horas, al tener que asumir trabajadores a la nómina de personal; el Mandato generó desempleo para otros que habían prestado sus servicios por menos de 180 días, por tanto se percibe como una norma discriminatoria, toda vez que no generaba las mismas garantías a todos los trabajadores sujetos a esta modalidad contractual.

En conclusión, hay que aclarar que nosotros apoyamos un régimen estable a los trabajadores, toda vez que deben gozar de los mismos derechos y obligaciones en virtud del principio de igualdad del que somos parte; sin embargo es oportuno decir que la eliminación del contrato por horas ha generado más consecuencias negativas que positivas, si analizamos el vacío legal del Mandato Constituyente 8, en el que prácticamente se deja a arbitrio de los Empleadores la forma en la que asuman a los trabajadores. Es interesante entender que el Mandato expresaba que se podría contratar a los trabajadores bajo las distintas formas que establece el Código de Trabajo, implicando esto la posibilidad de que en la práctica se contrate bajo otro régimen precario. Adicionalmente como quedo expuesto existe discriminación en el Mandato la cual es prohibida por la Constitución y tratados Internacionales. Como puede ser posible que el Mandato ampare a algunos y deja en la total indefensión a otros propiciando la desocupación.

Por último cabe aclarar que un sistema rígido de contratación impide la posibilidad de que las empresas satisfagan ciertas necesidades y por ende ocupen mano de obra; y si nos ponemos a considerar que en el Ecuador la "Tasa actual de desempleo para marzo de 2010 se encuentra en 9.10%, la de subocupación en un 51,29% que nos arroja a un tasa de ocupación de únicamente el 37,59%"³²; nos encontramos ante una realidad totalmente

³² http://www.inec.gov.ec/web/guest/ecu_est/est_soc/enc_hog/enemdu

desalentadora; en el que el trabajador va a preferir encontrarse en un sistema flexible de contratación que en el desempleo o desocupación.

CAPITULO IV

PRESTACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

4.1.- Prestación de Actividades Complementarias y su campo de Acción

El Artículo 3 del Mandato Constituyente 08 crea la figura de la prestación de Actividades complementarias, la cual básicamente constituye una Tercerización de Servicios Complementarios, pero limitada a cinco actividades como son: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza. Sin embargo cabe hacer un análisis detallado para un pleno conocimiento de la misma, que será realizado a continuación:

- 1) Bajo esta Institución seguimos teniendo la misma relación tripartita es decir, por un lado una empresa denominada Usuaría que es quien suscribe un contrato mercantil con una empresa denominada prestadora de actividades complementarias (antes llamada tercerizadora), para que esta con su propio personal preste un servicio ajeno al giro ordinario de la Usuaría. Cabe recalcar que la Disposición Transitoria Primera del Mandato 08 en su último inciso determina la obligación que tenían las Empresas Tercerizadoras de reformar sus estatutos, los contratos con los trabajadores quienes conservaban su puesto de trabajo y los contratos mercantiles con la Usuaría, en un plazo de 120 días desde la expedición del Mandato 08 para sujetarse a todo cuanto disponía el mismo.
- 2) La relación laboral sigue siendo entre el trabajador y la empresa prestadora de actividades complementarias, quien es la principal obligada a cumplir todas las obligaciones laborales; sin embargo

coexiste una responsabilidad solidaria con la Usuaría, quien a su vez conserva el derecho de repetición. De acuerdo a la Disposición General Segunda también se colige que la responsabilidad solidaria de la Usuaría se encuentra dada en relación al periodo en que el trabajador prestó sus servicios a la misma.

- 3) Para la celebración de contratos entre la Usuaría y la prestadora de actividades complementarias, el Reglamento al Mandato 08 dispone la obligación de añadir la autorización de funcionamiento como documento habilitante; y para dar una mayor seguridad a la Usuaría de que contratan con una persona legalmente constituida para prestar tal servicio, es obligación del Ministerio de Relaciones Laborales publicar mensualmente en el Registro oficial un listado con las autorizaciones vigentes. En caso de contratar con una persona jurídica que no cuente con tal autorización, la multa será equivalente a 10 salarios mínimos unificados. Sobre el tema es interesante entender que tal obligación se encuentra dispuesta con el objetivo de permitir que no cualquiera sea el que preste un servicio que por su naturaleza debe ser prestado por una compañía que tiene la capacidad para hacerlo, teniendo como premisa que si no se dispone esto la Institución se precarizaría ante el abuso.

- 4) La Autorización analizada en el enunciado anterior es importante entender que es suministrada por el Ministerio de Relaciones Laborales siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos en el Artículo 5 del Reglamento; autorización que tendrá una vigencia de dos años la primera vez, cinco años después de la primera renovación y luego de transcurrido este tiempo será indefinida de acuerdo al Artículo 4 del Reglamento. Esta obligación tiene un carácter muy importante toda vez que es una forma de controlar que las empresas prestadoras de actividades complementarias funcionen correctamente, cumplan sus obligaciones laborales, tributarias, entre otras, antes de consolidarse en el mercado. Adicionalmente hay que tener presente que esto no se

constituye en algo nuevo, toda vez que esta obligación se daba también en la tercerización con la única diferencia que el tiempo establecido para la primera renovación era de una año en vez de dos.

- 5) El Mandato Constituyente 08, en su artículo 3 habla de que se podrán celebrar contratos mercantiles con personas naturales o jurídicas constituidas para el efecto como prestadores de actividades complementarias; sin embargo el Reglamento hace caso omiso a tal disposición y excluye a las Personas Naturales, de acuerdo al Artículo 2 del Reglamento en el que se define la prestación de Actividad complementaria y se descarta la posibilidad de que intervenga una persona natural bajo esa calidad.

- 6) En cuanto a los trabajadores, el Mandato 08 dispone que desde la celebración del contrato de trabajo con la Empresa Prestadora de Actividades Completarias, se fije la remuneración de los trabajadores la cual nunca podrá ser inferior al salario básico mínimo unificado o a los sectoriales según sea del caso, teniendo que obligatoriamente los contratos ser legalizados por el Inspector de trabajo, prohibiéndose adicionalmente cualquier tipo de práctica que obligue al trabajador a cancelar ya sea a la Usuaría o su Empleadora por concepto de: “cantidades, honorarios o estipendios a título de gasto o en concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, formación o contratación, cualquiera que sea su denominación.”³³ Esta obligación que prohíbe la reducción de la remuneración del trabajador determinada en el Artículo 10 del Reglamento, está dada en virtud de que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, por tanto a igual trabajo igual remuneración, no hay como aplicar criterios o prácticas discriminatorios y abusivas a trabajadores sujetos a otras modalidades contractuales. Por otra parte sobre este tema también se estipula al igual que se daba en la tercerización la obligación que tiene en este caso la

³³ Véase Reglamento al Mandato 08

empresa prestadora de actividades complementarias de remitir a la Usuaria los roles de pagos firmados por los trabajadores así como las planillas de aportes al IESS, con todos los sellos necesarios para de esta forma la Usuaria cancele el monto estipulado en el contrato mercantil; esta obligación está dada para garantizar al trabajador que su remuneración sea pagada en el tiempo indicado, ya que de esta forma se presiona a la Empresa Prestadora de Actividades Complementarias a que pague puntualmente sus obligaciones ya que de las mismas dependerá sus ganancias. Por tanto cabe señalar que al igual que en cualquier relación laboral quien asume el pago y responsabilidades laborales será el Empleador.

- 7) Es importante analizar lo que dispone el Reglamento en su Artículo 12: “Obligaciones de las empresas contratantes.- La contratante y contratista de actividades complementarias, están en la obligación de informar al trabajador sobre los riesgos derivados del desempeño de su trabajo, así como suministrar los medios e instrumentos de protección y prevención respecto de aquellos.”³⁴. Sobre este punto podemos indicar primero, que esto se encuentra dado para que el trabajador una vez que tenga conocimiento sobre todos los riesgos del trabajo que va a desempeñar decida si lo hace o no y en caso de realizarlo tome todas las precauciones necesarias, adicionalmente esto guarda total concordancia con respecto a lo dispuesto por el Código de Trabajo que a su vez determina la obligación de realizar un Reglamento de seguridad industrial, en el que se determine los procedimientos a seguir en caso de una emergencia.
- 8) El Mandato 08 en su Artículo 6 que guarda concordancia con el artículo 13 del Reglamento al mismo, establecen la prohibición de que se encuentren vinculadas la empresa Usuaria y la prestadora de actividades complementarias siempre y cuando vayan a contratar entre

³⁴ Véase Reglamento al Mandato 08

sí. Esta prohibición que ya se encontraba establecida cuando existía la tercerización se encuentra dada como un mecanismo de protección al trabajador, toda vez que si existiese vinculación alguna entre las empresas contratantes pudiere convertirse en un mecanismo que proporcione mano de obra temporal y deslinde de responsabilidades patronales afectando únicamente al trabajador. Para lo cual establece a su vez el Mandato 08 en el mismo artículo la obligación de rendir una declaración juramentada por las partes contratantes donde se acredite la desvinculación total entre sus empresas. En caso de transgresión y contratación con una empresa vinculada se dispone la obligación para la usuaria en el sector privado de asumir al trabajador y una multa equivalente a seis salarios básicos mínimos unificados. Por otra parte si ocurriese este incumplimiento en el sector público el funcionario que contratase está obligado a asumir a los trabajadores bajo su responsabilidad, además de ser sancionado con una multa equivalente a seis salarios básicos unificados y la destitución del cargo sin indemnización alguna. Siendo este último punto totalmente violatorio a los derechos por cuanto es discriminatorio ya que atenta contra el debido proceso, ya que el Mandato no propone un derecho a la defensa vinculada a una investigación clara sobre los hechos que determine si el Funcionario que contrato tenía realmente conocimiento sobre la vinculación existente.

- 9) Adicionalmente cabe aclarar un punto como es la rotación de los trabajadores entre diferentes Usuaris, el Reglamento al Mandato 08 en su disposición general segunda expresa: “las empresas contratistas autorizadas para realizar las actividades solo podrán rotar al trabajador hasta en tres empresas usuarias dentro de un mismo año, según la naturaleza y características de cada actividad.”³⁵ Sobre este punto es importante entender que se encuentra dado para generar un grado de permanencia al trabajador, entendiéndose como que el mismo puede

³⁵ Véase Reglamento al Mandato Constituyente 08

sentirse en un ambiente estable. Encontrándose esto a su vez concadenado con la posibilidad de que toda vez que el trabajador goza de permanencia en un sitio de trabajo puede ante su predisposición, conocimiento, ser contratado de forma directa por la empresa Usuaria por tanto este es un mecanismo que obliga a generar una confianza en virtud de la prohibición constante de rotación al trabajador. Adicionalmente cabe aclarar que el Mandato 08 en su Artículo 5 hace nula toda clausula que impida que la Usuaria contrate directamente al trabajador, y por lo mismo este derecho se encuentra consagrado.

- 10) Por último podemos describir la limitación existente para contratar bajo esta modalidad a determinadas actividades como constituyen: la vigilancia y seguridad en Aeropuertos y puertos marítimos; los servicios de alimentación de hoteles, clínicas y hospitales; determinadas actividades agrícolas; trabajos de aseo y limpieza de calles, veredas, y de mantenimiento de parques conforme lo establece el Artículo 3 del Reglamento al Mandato 08. Limitación que desde nuestro punto de vista se encuentra dada como un mecanismo de evitar que determinadas actividades evadan cargas laborales que les corresponden bajo la modalidad de prestación de actividades complementarias.

De lo expuesto podemos claramente entender a la Prestación de Actividades complementarias, que constituye una tercerización de servicios complementarios, pero limitada a las actividades antes señaladas y que son las actividades que determinaba el Código de Trabajo antes de su reforma por el Mandato 08 de manera ejemplificativa para expresar actividades que podían ser tercerizadas.

4.2.- Razones que justifican su creación y limitantes

El Mandato 08 elimino a la Tercerización, sin embargo a su vez creo la figura de la Prestación de Actividades Complementarias, que como fue detallado anteriormente constituye una tercerización de servicios complementarios pero restringido a las cinco actividades determinadas. Por tanto es necesario realizar un análisis que determine la justificación de la creación de esta Institución así como las limitantes para el ejercicio de la misma.

La creación de la misma va direccionada a la necesidad de satisfacer la implementación de ciertas actividades que por su esencia son necesarias que sean desempeñadas por una Empresa especializada en el ámbito; dada su complejidad o bien por que se salen del objeto social de la compañía. Sin constituir esta implementación del servicio una carga laboral para la Empresa contratante, pero conservando la solidaridad como una forma de proteger al trabajador.

Es importante entender que actividades como la Seguridad deben ser desempeñadas por Empresas que han capacitado a sus trabajadores, para tal actividad y por tanto se encuentran especializadas en el desempeño de la misma, pudiendo así ofrecer un buen servicio a las empresas contratantes y disminuyendo considerablemente la tasa de robos, homicidios, en comparación a un servicio prestado por personas naturales que desconozcan sobre cómo actuar ante un acto delictivo sobre el objeto que prestan seguridad. Por ende si esta actividad no funcionase como un servicio complementario se representaría en una afectación a la empresa contratante y a la persona contratada.

Por otra parte hay que concebir que las actividades que salen del objeto social de la Compañía se constituyen en cargas, debido al desconocimiento que obliga estudiar el funcionamiento de las mismas, y que ante la implementación inicial se simboliza en un mal desempeño, así como una posibilidad de riesgo a los trabajadores expuestos, tal como fue ejemplificado anteriormente.

Todo esto nos permite entender la justificación de la creación de esta Institución que como hemos expuesto es la misma tercerización restringida a actividades determinadas, por lo que es oportuno realizar un análisis que determine las limitantes que se presentan con la misma, para de esta forma generar un criterio.

En cuanto a las limitantes podemos expresar que la restricción existente y determinada por el Mandato 08 en su Artículo tres, que dispone la posibilidad de contratar en solo cinco áreas determinadas; y que se constituyen las que se encontraban ejemplificadas como formas de tercerización en el Artículo 346.1 literal b inciso segundo del Código de Trabajo antes de su reforma por el Mandato 08. Sobre este punto podemos expresar que como hemos analizado la tercerización no se constituía en una forma precaria de contratación debido a que garantizaba todos los derechos a los trabajadores quienes eran contratados de forma bilateral y directa y dentro de las mismas condiciones que cualquier otro tipo de trabajador, por lo tanto al restringir esta modalidad de contratación se está limitando la posibilidad de especializar los servicios y de que las Empresas privadas interactúen entre sí, conllevando a generar menos plazas de trabajo.

Adicionalmente a lo expuesto encontramos como una incoherencia del Reglamento el tercer inciso de la disposición general segunda en la que se dispone que :” Las empresas que se dediquen a la actividad de mensajería para múltiples clientes en forma diaria y permanente, en recepción de correspondencia y encomiendas, no serán consideradas como contratistas de actividades complementarias sino como prestadoras de servicios técnicos especializados según lo previsto en el artículo 17 de este reglamento.”³⁶, sobre este punto podemos determinar que limitan totalmente el objeto de la mensajería como prestación de servicios complementarios, ya que ninguna Empresa se va constituir con el objeto de prestar este servicio bajo una

³⁶ Véase Reglamento al Mandato Constituyente 08

modalidad de servicios complementarios que involucra el tener solo un cliente reflejándose en una baja o nula rentabilidad del negocio.

Por último podemos aclarar como fue descrito anteriormente que el Reglamento al Mandato 08 en su Artículo 03 restringe que puedan ser contratados bajo esta modalidad a ciertas actividades como son: la vigilancia y seguridad en Aeropuertos y puertos marítimos; los servicios de alimentación de hoteles, clínicas y hospitales; determinadas actividades agrícolas; trabajos de aseo y limpieza de calles, veredas, y de mantenimiento de parques. Sin embargo esto se encuentra dado como un mecanismo para que las empresas que tienen por objeto prestar un servicio especial y propio a su objeto social no puedan evadir responsabilidades laborales. Y por tanto no se constituye en un limitante sino más bien en una restricción.

4.3.- Participación en las Utilidades de la Empresa por parte de los trabajadores sujetos a este tipo de contratación

El Código de Trabajo dispone que hasta el 15 de abril de cada año el 15 % de las utilidades líquidas de las Empresas deberán ser distribuidas entre sus trabajadores; estableciendo que de dicho porcentaje el 10 % será distribuido entre todos los trabajadores y el 5% restante será entregado a los trabajadores según su porcentaje de cargas familiares entendidas como cónyuge, o unión de hecho, hijos menores de edad e hijos con habilidades especiales de cualquier edad. Obligación que debe cumplir todo Empleador excepto los excluidos por Ley, como constituyen: “Los Empleadores que por su propia naturaleza no persiguen finalidades de lucro, tal es el caso de las Instituciones de desarrollo y promoción, las fundaciones y corporaciones de educación, siempre que realmente no persigan fines de lucro., etc.”³⁷. Así como los Artesanos con respecto a sus operarios y aprendices de conformidad con el Artículo 101 del

³⁷ TRUJILLO, Julio Cesar, Derecho del Trabajo, Tomo I, Tercera Edición, Centro de Publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2008, p. 396

Código de Trabajo. Esta obligación se encuentra encaminada hacia todo trabajador así este no haya laborado el año completo, en cuyo caso deberá recibir la parte proporcional igualmente si la relación fuese por jornadas parciales permanentes, deberá recibir un equivalente al número de horas trabajadas por el tiempo de servicios prestado, valor que será entregado de forma directa al trabajador exceptuándose la posibilidad de no poder encontrar al mismo suponiendo el caso de que ya no preste sus servicios para la Empresa, en cuyo caso deberá ser consignado este monto en la Cuenta del Ministerio de Relaciones Laborales para que este vaya a retirar hasta por el lapso de un año.

Con esta breve descripción del proceso de reparto de utilidades, es necesario entender lo que dispone el Reglamento al Mandato 08 con respecto a la prestación de actividades complementarias.

Es así que el Reglamento al Mandato 08 dispone en su Artículo 9: “Los trabajadores de las empresas contratistas de actividades complementarias de acuerdo con su tiempo anual de servicios, participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas contratantes en cuyo provecho se prestó el servicio. Si las utilidades de la empresa que realiza actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas.

Las empresas usuarias contratantes y las contratistas que realizan actividades complementarias, junto a la declaración de utilidades en el formulario de especie valorada, deberán presentar una copia de sus declaraciones del impuesto a la renta, en función de las cuales, el Ministerio de Trabajo y Empleo verificará que empresa generó mayores utilidades.”³⁸

Sobre este punto cabe analizar los siguientes escenarios:

³⁸ Véase Reglamento al Mandato Constituyente 08

- 1) Por regla general el trabajador debe percibir un porcentaje proporcional al tiempo trabajado sobre las utilidades liquidadas de la Empresa Contratante, salvo que las utilidades de la Empresa Prestadora de Actividades Complementarias sean superiores en cuyo caso solo percibirá estas.

- 2) Comprendiendo que el Reglamento al Mandato 08 en su Disposición General Segunda, permite la posibilidad de que los trabajadores puedan rotar hasta por tres empresas diferentes dentro de un mismo año; nos encontramos que de darse el caso, habría que realizar una suma del porcentaje proporcional de utilidades liquidadas que le corresponde de cada empresa en que prestó su servicio y comparar la suma de estas Utilidades con la de la Empresa Prestadora de la Actividad Complementaria y el monto que sea superior será el que le corresponda al trabajador.

Adicionalmente a lo expuesto cabe indicar que el Reglamento al Mandato 08 dispone la obligación de adjuntar con la especie valorada del pago de utilidades una copia de la declaración del impuesto a la renta tanto de la Empresa Prestadora de la Actividad Complementaria como de las Usuarias; esta obligación se encuentra dada para verificar que al trabajador se le este cancelando sobre el porcentaje mayor de utilidades, que le corresponde.

CAPITULO V

SERVICIOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

5.1.-Concepto y Características del Contrato de Servicios Técnicos Especializados

El Mandato Constituyente 08 no define al Contrato de Servicios Técnicos Especializados, sin embargo de las características expuestas en la Disposición General Segunda del cuerpo legal citado; podemos entender al mismo como una modalidad de contratación en virtud del cual una persona natural o jurídica con su propio personal, infraestructura física, organizacional, administrativa y Financiera, presta un servicio ajeno a la actividad propia de la Empresa Usuaria, siendo la relación de las partes contratantes de carácter civil.

De la definición expuesta cabe hacer el análisis de los elementos que comprenden esta forma de contratación, para una clara comprensión de la misma.

- 1) La característica esencial de este contrato se encuentra en la relación civil que dota el Mandato al mismo, por lo que al contratar bajo esta modalidad, se entiende que la Usuaria no adquiere ningún tipo de obligación laboral, y por tanto puede darse una libre terminación de la relación en cualquier momento, sin que lo mismo genere ningún tipo de indemnización, salvo pacto en contrario.
- 2) Otro de los elementos de este contrato es la posibilidad de que el mismo sea celebrado tanto con personas naturales como jurídicas, por lo que no se da ningún tipo de limitación a la persona contratada para el efecto de prestar el servicio, y mediante esta disposición más bien se incentiva

la posibilidad de celebración de este contrato, al no exigir ningún requisito para quien presta el servicio.

- 3) Un elemento importante de este contrato se constituye la obligación dispuesta tanto por el Mandato 08 como por el Reglamento, de que para contratar bajo esta modalidad debe mediar la obligación de que el servicio prestado sea ajeno a la actividad habitual de la Usuaria; constituyéndose esto en un mecanismo que evita se vuelva este contrato en un medio para disfrazar relaciones laborales en civiles, y así desvincularse de las cargas laborales involucradas.
- 4) Además de lo expuesto cabe indicar que el Mandato 08 y su Reglamento hablan de servicio técnico especializado, pero no explican que se entiende por técnico, y dan ejemplos de servicios que son susceptibles de ser contratados bajo esta modalidad, sin embargo al final expresan o dan la posibilidad de que otros servicios sean contratados bajo esta forma, por lo que dejan a la libre interpretación de las partes el término técnico, que a futuro va a generar controversias que tendrán que ser subsanadas por otras fuentes del derecho como la jurisprudencia, sin contar con la posibilidad de sanciones por parte de la Dirección Regional de Trabajo ante una discrepancia sobre un servicio contratado bajo esta modalidad que pueda ser entendido con una disfraz a la relación laboral.
- 5) Adicionalmente a lo ya analizado y como un elemento muy importante dentro de esta Institución, cabe indicar que para pueda darse este contrato, la persona contratada debe tener infraestructura física, organizacional, administrativa y Financiera; por lo que debe ser una persona independiente a la Usuaria, entendiéndose esto como que debe trabajar en sus propias Instalaciones donde guarda autonomía en su campo de acción.

- 6) Otro punto interesante es la determinación expuesta por el Mandato 08 y su Reglamento, en cuanto a los trabajadores, quienes en caso de trabajar para el prestador del servicio técnico especializado, seguirán teniendo una relación personal y directa para con este pese a que el mismo suscriba un contrato con la Usuaria; disponiendo a su vez el Reglamento al Mandato 08 en su Artículo 16 que no acarreea solidaridad patronal la celebración de este contrato, por lo que si el Empleador deja de cumplir con sus obligaciones laborales, los trabajadores no podrán demandar a la Usuaria que cumpla con las mismas.

- 7) Como excepción al punto tratado anteriormente se constituye la existencia de una vinculación entre la Usuaria y la Persona o Empresa contratada para prestar el servicio técnico especializado, en cuyo caso existirá solidaridad patronal entre ambas con respecto a los trabajadores de la persona que preste el servicio.

- 8) Copias certificadas de los contratos celebrados de acuerdo al Artículo 17 del Reglamento al Mandato 08 deberán ser enviadas al Ministerio de Relaciones Laborales para registrarlos y así mismo poder controlarlos. Sobre este punto cabe indicar que el Registro se constituye en un mecanismo de hacer valer derechos de terceros al hacer pública esa información. Sin embargo carece de sustento legal la posibilidad de que el Ministerio controle un relación civil, toda vez que esta fuera de su campo de acción, quizás la voluntad de los Asambleístas fuese que en caso de estar disfrazada una relación laboral bajo esta modalidad, el Ministerio tendría la posibilidad de controlar y sancionar.

- 9) Por último cabe indicar que el Reglamento al Mandato 08 prohíbe la celebración de este contrato, si se encuentran inmersos los elementos de la relación laboral como son la dependencia, remuneración y prestación de servicios lícitos y personales; esto desde nuestro punto de

vista se encuentra inmerso con el objeto de recordar cuando una relación es laboral y por lo tanto se deben cumplir todas las obligaciones que acarrea la misma; disponiendo a su vez que no se deba disfrazar esta bajo el carácter de civil so pena de las sanciones establecidas en el Mandato 08 y su Reglamento.

En conclusión podemos establecer que existen falencias en cuanto a la determinación de este Contrato, que van a generar discrepancias y sanciones hasta que la costumbre, jurisprudencia y doctrina creen un criterio formado que nos ayude a direccionar esta institución. Por otra parte encontramos absurdo que el Mandato 08 siendo laboral norme el ámbito Civil, y deje la puerta abierta para que cualquier actividad si es ajena a la de la Usuaría pueda ser contratada bajo esta modalidad, toda vez que existen trabajos que por su naturaleza deben tener el carácter de laboral y a raíz de este mandato quedan desprotegidos.

5.2.- Comparación entre Servicios Técnicos Especializados y Prestación de Servicios Profesionales

El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales se encuentra sujeto a la normativa dispuesta en el Código Civil para el Arrendamiento de Servicios Inmateriales, en el que se dispone que los servicios en que predomina la inteligencia por sobre la mano de obra se encuentran sujetos al régimen civil; sin embargo a raíz del Mandato Constituyente 08 y su Reglamento se instauro una prohibición para la aplicación de este contrato por cuanto se argumentaba que constituía un mecanismo que disfrazaba la relación laboral, y por tanto se incentiva utilizar el contrato de servicios técnicos especializados; sin embargo constituyen Instituciones diferentes por lo que es necesario realizar un análisis detallado que nos permita comprender que semejanzas comparten y que diferencias los constituyen.

- 1) Ambos contratos se encuentran sujetos a las normas del Código Civil, por lo tanto no existe obligaciones laborales para con los prestadores del servicio, tal como el pago de decimo tercero, decimo cuarto, vacaciones, afiliación al IESS y utilidades.
- 2) Ambos contratos son de libre terminación, sin embargo en el contrato de prestación de servicios profesionales, el Código Civil estipula en el Artículo 1943: “(...) Si la retribución consiste en pensiones periódicas, cualquiera de las dos partes deberá dar noticia a la otra de su intención de dar fin al contrato, aunque en este no se haya estipulado desahucio, y la anticipación será de medio período, a lo menos.”³⁹. Sobre este punto cabe indicar que esto se aplicaba estrictamente para el Contrato de prestación de servicios profesionales en el que si mediaba la característica de una retribución periódica era imperativo hacer el desahucio al trabajador, mientras que en el contrato de prestación de servicios técnicos especializados, el Mandato 08 y su Reglamento no hacen obligatoria la aplicación del desahucio, por lo que depende del acuerdo de las partes dicha práctica.
- 3) Al ser ambos contratos de carácter civil no se encuentra determinada la obligación de indemnizar al prestador del servicio en caso de terminación unilateral de la relación contractual; salvo pacto en contrario, como la existencia de una cláusula penal.
- 4) El artículo 1946 del Código Civil en aplicación del artículo 2022 del mismo cuerpo legal, expresan que el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales se encuentra dirigido exclusivamente para personas que sean profesionales o tengan un carrera de largos estudios; por tanto si no se enmarcaban en alguna de estas dos realidades no había posibilidad de ser contratado bajo esta modalidad. Por su parte el contrato de servicios técnicos especializados, al no definir el Mandato 08

³⁹ Véase Código Civil

o su Reglamento que se entiende por servicio técnico especializado se presta a la libre interpretación de las partes contratantes, pudiendo incluso considerarse un curso de un año o unos cuantos meses bajo esta calidad; y consecuentemente afectar a muchos trabajadores quienes por el vacío legal sobre el tema pudiesen entrar a un régimen civil de contratación.

- 5) Otro punto clave para diferenciar estas dos Instituciones es la posibilidad que otorga el Mandato 08 en su Disposición General Segunda, para que el Prestador del Servicio Técnico Especializado de su Servicio de forma individual o con un equipo de trabajo asumido bajo su responsabilidad patronal, en tanto que en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales el contratado prestaba su servicio de forma individual a la Usuaría.
- 6) Del punto anteriormente expuesto se colige la posibilidad de que el prestador del servicio cuente con sus propios trabajadores, en cuyo caso este tendrá la responsabilidad laboral para con estos, sin que exista solidaridad alguna, excepto si existiese vinculación entre la Usuaría y el prestador del servicio; realidad que difiere de la Prestación de Servicio Profesional en cuanto el contratado no contaba con personal bajo su dependencia.
- 7) El Mandato 08 y su Reglamento Disponen la obligación de que para que exista la posibilidad de celebrar el Contrato de Servicios Técnicos Especializados, el objeto de servicio debe ser ajeno a la Actividad propia y habitual de la Empresa, en tanto que para la celebración del contrato de Servicio Profesional únicamente debía estar latente el “predominio de la inteligencia por sobre la obra de mano”⁴⁰ en aplicación del artículo 1941 del Código Civil, por tanto esta institución se veía como un hábil

⁴⁰ Véase Código Civil

mecanismo que proporcionaba la facilidad de disfrazar una relación laboral bajo la calidad de civil, aplicando la norma citada.

- 8) Otra gran diferencia y que puede ser considerada como intromisión en el campo civil constituye la obligación de registro de los Contratos de Servicios Técnicos Especializados en el Ministerio de Relaciones Laborales, para efectos de control, obligación que se encuentra encaminada a proteger derechos de terceros, pero que sin embargo carece de sustento legal ante la falta de competencia del Ministerio para intervenir en el Campo Civil, quizás como fue analizado anteriormente, la voluntad de los Asambleístas fuese que en caso de estar disfrazada una relación laboral bajo esta modalidad, el Ministerio tendría la posibilidad de controlar y sancionar. Por su parte esta obligación no existía en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, que era un acuerdo civil privado en el que no debía intervenir Ministerio alguno.
- 9) Adicionalmente a lo expuesto cabe recalcar que en el contrato de prestación de servicios profesionales en la práctica el contratado prestaba sus servicios en las Instalaciones de la Usuaría, mientras que el Mandato 08 y su Reglamento disponen que en el contrato de servicios técnicos especializados el contratado debe contar con su propia infraestructura física; por lo que este desempeñara sus funciones en sus propias Instalaciones.
- 10) Por último y como una característica importante se encuentra la que dispone el Reglamento al Mandato 08 que determina la prohibición de utilizar el Contrato de Servicios Técnicos especializados si se encuentran inmersos los elementos de la relación laboral como son: la dependencia, prestación de servicios lícitos y la remuneración; de esta forma se trata de proteger a los trabajadores para que su relación laboral no sea disfrazada en una civil; diferencia fundamental con respecto a la prestación de servicios profesionales, en que toda vez que no existía

una norma clara que limitase la contratación de los mismos, era muy común disfrazar las relaciones laborales.

De lo analizado podemos entender las diferencias entre estas Instituciones, que constituyen modalidades civiles de contratación, pero con distintas limitaciones.

5.3.- Limitantes en la Contratación de Servicios Técnicos Especializados

Toda vez que ha sido realizado un análisis detallado que nos permitió comprender al contrato de servicios técnicos especializados, es oportuno entender las limitaciones del mismo para así formar un criterio objetivo.

Por lo expuesto cabe indicar que la principal limitante como ya hemos recalcado es la obligación de las partes contratantes de enviar copias certificadas de los contratos al Ministerio de Relaciones Laborales para un revisión y control por parte de las Autoridades; esta disposición se instaura como una intromisión del Ministerio en el Campo Civil, si es que las partes de la relación jurídica realmente están celebrando un contrato de Servicio Técnico Especializado, y por tanto carecería de competencia cualquier tipo de disposición por parte del Ministerio de Relaciones Laborales; por otra parte si es que se descubre que mediante la suscripción del mencionado contrato se pretende disfrazar una relación laboral, la competencia del Ministerio sería total, teniendo a su vez que sancionar con una multa de hasta veinte salarios básicos unificados, además de asumir al trabajador que fue contratado bajo esta simulación.

Por otra parte consideramos que el Mandato 08 es discriminatorio para con los trabajadores con respecto a la aplicación del Contrato de Servicios Técnicos Especializados, por cuanto promueve que personas naturales celebren este

contrato que es de carácter civil sin compartir una solidaridad patronal para con los trabajadores del prestador del servicio técnico especializado; si se supone que este constituye un Mandato que tiende a proteger al trabajador, ¿Porqué hace extensiva una relación civil al mismo?; afectando incluso esta medida en aéreas que deberían en la práctica ceñirse a la prestación de actividades complementarias que es una modalidad que garantiza derechos de los trabajadores como lo determina la Disposición General Segunda último inciso del Reglamento al Mandato 08 que dispone: “Las empresas que se dediquen a la actividad de mensajería para múltiples clientes en forma diaria y permanente, en recepción de correspondencia y encomiendas, no serán consideradas como contratistas de actividades complementarias sino como prestadoras de servicios técnicos especializados según lo previsto en el artículo 17 de este reglamento.”⁴¹, de lo expuesto se verifica que para que una Empresa preste un actividad complementaria en el aérea de mensajería únicamente debe tener un solo cliente, lo cual involucra una rentabilidad casi insignificante del negocio.

Por último cabe indicar que al no definir el Mandato 08 o su Reglamento que se entiende por Servicio Técnico Especializado, se genera un vacío legal, que tiene que ser subsanado por la interpretación de las partes contratantes; pudiendo entenderse por tanto que una persona que tiene un conocimiento generado por la práctica o por una capacitación de unos meses, pueda ser contratado bajo esta modalidad, y así perder todos los derechos que genera una relación laboral. Es importante comprender que el Mandato 08 ejemplifica servicios que pueden ser contratados bajo esta modalidad tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, sin embargo al expresar el término “entre otros”, deja abierta a la posibilidad para que cualquier servicio que sea considerado como técnico y especializado tenga el carácter de civil siempre y cuando sea ajeno a la actividad habitual de la compañía.

⁴¹ Véase Reglamento al Mandato Constituyente 08

CAPITULO VI

CONTRATO COLECTIVO

6.1.- Concepto

El Contrato Colectivo puede ser de dos clases:

- a) Por acuerdo entre las partes.- El Código de Trabajo en el Artículo 220 lo define como: “el convenio celebrado entre uno o más empleadores y uno o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto”⁴². De lo expuesto cabe expresar que este se constituye como un mecanismo por el cual los trabajadores reunidos en una asociación, comité de empresa, comité especial o sindicato, hacen un llamado a su patrono, para que con la intervención del Ministerio de Relaciones Laborales, pacten un acuerdo sobre las nuevas bases jurídicas que surtirán efecto sobre los contratos individuales de trabajo de la Empresa.

- b) Contrato Colectivo Obligatorio.- “Por su parte nuestro Código del Trabajo no señala una definición con respecto a esta figura jurídica existente en nuestra legislación, sin embargo establece la posibilidad de que un contrato colectivo pueda volverse obligatorio para todos los empleadores y trabajadores de una misma rama de la industria en una provincia. Este hecho puede producirse, cuando el contrato haya sido celebrado por las dos terceras partes de empleadores y trabajadores organizados de esa

⁴² Véase Código de Trabajo

rama industrial en la provincia en cuestión, siempre y cuando así se resolviere mediante decreto ejecutivo”⁴³. De lo expuesto claramente se verifica que esta forma de celebrar un contrato colectivo está en total desuso.

El procedimiento para realizar un contrato colectivo es “muy sencillo” en el Sector Privado, deberá presentar el proyecto ante el Inspector de Trabajo la directiva del Comité de Empresa o Comité Especial constituido para él efecto, y en caso de no existir, la asociación o sindicato que tenga mayor número de trabajadores afiliados siempre y cuando sean superiores al cincuenta por ciento de trabajadores de la Empresa, justificando su calidad de representantes. Una vez hecho esto el Inspector dispondrá se notifique en el término de 48 horas al Empleador, y practicada la diligencia en el plazo de quince días las partes iniciaran un proceso de negociación que concluirá en un plazo de treinta días salvo pacto en contrario; si realizada la negociación las partes no llegasen a un acuerdo total sobre todos los puntos del proyecto de contrato colectivo, este se someterá a la decisión de un Tribunal de Conciliación y Arbitraje, integrado por dos representantes de los Trabajadores y dos representantes del Empleador con sus respectivos suplentes y el Director Regional de Trabajo quien presidirá. Ante quien se presentará la reclamación que contendrá puntos equivalentes a los requisitos de una demanda tales como fundamentos de hechos y de derecho, la designación y aceptación de los vocales principales y suplentes que integrarán este tribunal acompañando todas las pruebas pertinentes, reclamación que deberá ser contestada en el término de tres días después de haber sido notificado el requerido por el Director Regional del Trabajo, de igual manera acompañada de las pruebas necesarias y la designación de los vocales principales y suplentes. Si esta contestación fuese totalmente positiva terminará el conflicto, pero si no se contestase, o fuese esta contestación totalmente negativa o parcialmente favorable se convocará a las partes y los integrantes del Tribunal para una audiencia de conciliación que deberá ser

⁴³ ALOMÍA RODRIGUEZ, José, “Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social”, Primera Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2002, p. 108

realizada en un término de 48 horas, en la que se tratará de buscar un acuerdo total de las partes, si no fuese posible se concederá un término de seis días para las indagaciones. Concluido dicho término, en tres días se dictará resolución, sobre la que únicamente se podrá interponer recurso de aclaración o ampliación en el término de dos días.

En las Instituciones del Estado, entidades y empresas del sector público o en las del Sector privado con finalidad social o público, no difiere mucho el procedimiento para realizar un contrato colectivo, salvo algunas excepciones que se determinan a continuación:

- 1) Los contrato colectivos se suscribirán con un comité central único conformado por más del cincuenta por ciento de los trabajadores

- 2) Se debe aplicar el Acuerdo No. 00144 (Véase Anexo 7) del Actual Ministerio de Relaciones Laborales, que determina la obligación del Representante Legal ya sea de la Institución del Estado, entidad o empresa del sector público o del Sector privado con finalidad social o público; de presentar a la Dirección o Subdirección Regional del Ministerio de Relaciones Laborales: “la solicitud de informe, dictamen y aprobación adjuntando en cuatro ejemplares debidamente certificados: Contrato Colectivo vigente, Proyecto de revisión del Contrato Colectivo o Acta Transaccional acordado por las partes, certificado financiero de la respectiva entidad, a través del cual se determine el origen de los fondos con los cuales se financiarán el proyecto de revisión del contrato colectivo y acta transaccional y un cuadro comparativo que refleje la incidencia del proyecto de contrato colectivo o acta transaccional, con relación al contrato vigente”⁴⁴, una vez recibida esta documentación el funcionario competente reenviará, esto al Ministerio de Economía y Finanzas y a la Procuraduría General del Estado con la finalidad de que estas Instituciones se pronuncien sobre el mismo en los términos

⁴⁴ Acuerdo No. 00144 del Ministerio de Relaciones Laborales

establecidos por Ley, pronunciamiento que en el Ministerio de Economía y Finanzas se encontrará dirigido a determinar la posibilidad económica de celebrar el contrato a diferencia de la Procuraduría que se pronunciará sobre el Aspecto Legal. Una vez recibido los pronunciamientos se pondrá en conocimiento de las partes quienes suscribirán el contrato colectivo o acta transaccional si son totalmente favorables, en caso de existir observaciones o condiciones se acogerán a estas para poder suscribir.

Por último cabe mencionar que en el caso de existir varias asociaciones de trabajadores dentro de una misma empresa, los beneficios obtenidos por medio del Contrato Colectivo se hacen extensivos a todos los trabajadores de la misma tal como dispone una resolución de la Corte Suprema de Justicia, actualmente Corte Nacional de Justicia que determina: “Que el Contrato Colectivo de trabajo ampara a todos los trabajadores sujetos al régimen del Código de Trabajo, aunque no estuvieren afiliados a la asociación de trabajadores que lo suscribió. Está resolución adoptada por unanimidad, será generalmente obligatoria, mientras la ley no disponga lo contrario (R.O: N 412, 6 de Abril de 1990)”⁴⁵

6.2.- Garantías y Perjuicios de los Contratos Colectivos que genera el Mandato 08 y su Reglamento

El Mandato 08 dispuso la obligación de que a partir de su expedición los Contratos Colectivos suscritos, en los que tuviese participación el Estado, ya sea por que han sido celebrados con una Entidad Pública, Empresa Pública, Organismo Seccional, o Entidades Privadas con participación mayoritariamente estatal, sean revisados para ver si existen excesivos beneficios otorgados a los trabajadores, para este fin determino los siguientes criterios:

⁴⁵ ALOMÍA RODRIGUEZ, José, “Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social”, Primera Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2002, p. 106

- 1) Se estableció que la Función Ejecutiva tenía el plazo de 1 año luego de un proceso de diálogo para dictar los criterios que regirán la contratación colectiva en el Sector Público; sobre este punto es importante entender que el Ejecutivo no puede reformar el Código de Trabajo, por tanto en teoría sus criterios carecerían de valor alguno. En la práctica no se ha dado un proceso de dialogo propiamente dicho sino más bien uno de imposición, en el que el Ejecutivo a través del Decreto Ejecutivo No. 1701 (Véase Anexo 8) Publicado en el Registro Oficial No. 592 del 18 de Mayo de 2009 y el Decreto Ejecutivo No. 225 (Véase Anexo 9), del 18 de enero de 2010 que reforma al decreto ejecutivo antes citado, se regulo a la contratación colectiva estableciéndose un conjunto de situaciones que serán consideradas a futuro como privilegios excesivos y que a partir de su regulación debieron ser suprimidas en los contratos colectivos del sector público pese a que ya se encontraban consagrados como derechos adquiridos.

- 2) Otra disposición fue la que estableció que el Ministerio de Trabajo actualmente Ministerio de Relaciones Laborales tenía un plazo de 180 días para revisar de forma pública los Contratos Colectivos y así determinar y restringir los beneficios otorgados de forma excesiva a los trabajadores, medida que en lo jurídico coarta derechos adquiridos, como los que se encuentran plasmados en un Contrato Colectivo siendo contraria esto a lo estipulado por Convenios Internacionales suscritos por el Ecuador y por la propia Constitución que determina en su Artículo 11 numeral 6 que: “Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”⁴⁶, sin embargo en la práctica por disposición del Mandato 08 y su Reglamento los derechos adquiridos que habían sido ganados por los Trabajadores en el Sector Publico fueron eliminados. Debemos mencionar que en muchas Instituciones debido a la mala gestión de las Autoridades se

⁴⁶ Véase Constitución de la República del Ecuador

prestó esta figura jurídica para un real abuso que iba en detrimento de la Sociedad, ¿Porqué no se hizo extensiva una sanción a quienes negociaron estas cláusulas abusivas?

- 3) A su vez también se hizo hincapié en que solo pueden encontrarse sujetos a los beneficios otorgados por la contratación colectiva, los obreros que hubiesen prestado sus servicios en el sector público a partir del segundo año de relación laboral directa, luego de la revisión de los contratos por parte del Ministerio. Sobre este punto podemos expresar que es correcta esta determinación por cuanto en la práctica muchas veces se trataba de hacer extensivo los beneficios del Contrato Colectivo, a individuos que no tenían calidad de obreros dentro de las Instituciones Públicas; por otra parte consideramos que existe una indebida determinación en cuanto a que los trabajadores solo puedan ser beneficiarios del Contrato Colectivo a partir del segundo año de prestación de sus servicios en la Institución, debido a que si partimos de la ejemplificación de que un trabajador suscribe un contrato indefinido se estuviera coartando su derecho, por otra parte si un trabajador tuviese un contrato a plazo fijo por dos años se le haría extensivo un derecho propio de la estabilidad, y que por lo mismo no le correspondería.

- 4) Además de esto el Reglamento al Mandato 08 obliga a que las regulaciones y procedimientos para la revisión de los Contratos Colectivos dictadas por el actual Ministerio de Relaciones Laborales sean ejecutadas por las máximas Autoridades de cada Institución Pública quienes serán personal y civilmente responsables; mecanismo que ha servido en la práctica para que la eliminación de los derechos adquiridos por parte de los trabajadores mediante contratos colectivos, se haya producido de forma tan ágil; conllevando a que se representen para efectos de demandas internacionales por violación de derechos laborales como únicos responsables quienes ejecutaron las directrices dictadas por el Ministerio de Relaciones Laborales.

- 5) “Las cláusulas de los contratos colectivos que no se ajusten a los parámetros y restricciones que se indican en esta disposición transitoria y que contengan privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atentan contra el interés general, son nulas de pleno derecho.”⁴⁷ lo señala la Disposición Transitoria Tercera, y a mi criterio se generaba un gran vacío legal por cuanto no establecía que era susceptible de ser considerado como un beneficio desmedido, y por tanto podía ser interpretado de forma diferente según quien lo analizase, hasta que fue regulado a través del decreto ejecutivo No 1701 que posteriormente fue reformado por el decreto ejecutivo No. 225, y estableció qué era considerado un beneficio desmedido y por tanto susceptible de ser eliminado de los contratos colectivos suscritos en el sector público, atacando así contra todo tipo de privilegios cuando la esencia de la celebración de un Contrato Colectivo es mejorar las condiciones de los contratos individuales de trabajo y por los mismo se verifican como privilegios.

En conclusión podemos expresar que la figura de la Contratación Colectiva ha sido limitada en el Sector Público, la función ejecutiva ha dictado las directrices que van a ser las que se utilicen para la suscripción de los futuros Contratos, determinando así las bases de negociación y el límite para que el Estado considere que un beneficio es excesivo para ser otorgado, constituyéndose así en un mecanismo que coarta derechos de los trabajadores, quienes siendo sujetos a una normativa privada de contratación como lo constituye el ámbito laboral quedan excluidos del principio de generalidad que se desprende de la Ley, y partiendo de la premisa de que realmente en el Sector Público sí se abuso de esta Institución donde los trabajadores tenían privilegios que no eran equiparables a los otorgados en el sector privado y al resto de la sociedad, y que en muchos casos eran desmedidos como la transmisión de puestos,

⁴⁷ Véase Reglamento al Mandato 08

gracias a “la mala gestión” de las Autoridades que negociaron el Contrato, quienes deberían ser las responsables por el perjuicio causado.

Además cabe indicar que el Mandato da ejemplos de prácticas consideradas como beneficios otorgados de forma excesiva a los trabajadores mediante contratos colectivos en el Sector Público, que realmente se plasman como tal, sin embargo al expresar el término entre otros deja la puerta abierta a la sana crítica del Ministerio de Relaciones Laborales, por tanto puede ser un mecanismo para eliminar totalmente estos contratos que en muchas ocasiones no son sino mecanismos de reconocimiento de derechos existentes.

Por último y partiendo de la premisa de que la ley es general, me pregunto por qué no se obligó al Sector Privado revisar sus contratos colectivos donde en muchas ocasiones por una mala gestión del Abogado, Corrupción de las Autoridades, se han generado cláusulas abusivas que perjudican totalmente a la Empresa Privada?.

CAPITULO VII

SANCIONES

7.1.- Concepto de Sanción

“Es sanción administrativa aquel mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, a través de un procedimiento administrativo, con una finalidad represora, y consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, siendo los principios y garantías del derecho sancionador administrativo sustancialmente iguales a los del derecho penal (...). Aunque la sanción administrativa más característica es la multa, no es este el único tipo de sanción al poder consistir estas en la pérdida de un derecho o expectativa, aunque no en la privación de la libertad, debiendo cuidarse de la proporcionalidad entre infracción y sanción”⁴⁸, teniendo como antecedente esta cita, podemos definir a la Sanción Administrativa, como el mecanismo punitivo mediante el cual el Estado ejerce coacción en el administrado, como consecuencia de la violación de un precepto legal. Es importante entender que las sanciones administrativas pueden ir desde la amonestación verbal, hasta la multa, siendo esta última el medio más utilizado, ya que es el mecanismo que ejerce más presión en el administrado.

En materia laboral el Director Regional del Trabajo y en algunos casos los Inspectores del Trabajo son los competentes para sancionar a las personas naturales o jurídicas que incurran en la transgresión de la norma; por regla general la multa más común es equivalente a un máximo de doscientos dólares de América y la corrección de la falta cometida; sin embargo y como consecuencia de la expedición del Mandato Constituyente 08 y su Reglamento

⁴⁸ FUNDACIÓN TOMAS MORO, DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid España, p. 1295

se han generado un sin número de Sanciones que serán analizadas a lo largo de este Capítulo.

7.2. -Tipos de Sanción conforme al “Acuerdo 00167 del Ministerio de Trabajo y Empleo”

El Ministerio de Trabajo y Empleo, actual Ministerio de Relaciones Laborales en atribución concedida por el Artículo 11 del Reglamento al Mandato Constituyente 08 del Suplemento del Registro Oficial No 593, del 05 de Junio del 2008, expidió el Acuerdo No 00167 (Véase Anexo 10) en el que se califica y divide a las infracciones cometidas por las Empresas Prestadoras del Servicio Complementario y se establece una escala de sanciones; es así que se divide a las mismas en leves, graves y muy graves, las cuales serán analizadas a continuación.

- 1) Infracciones Leves: El Acuerdo 00167 del Ministerio de Relaciones Laborales en su Artículo 2, expresa que incurre en una infracción leve aquella Empresa que no presente la información o documentación requerida por el Ministerio que tenga que ver con controles periódicos o denuncias presentadas en contra de la misma. Siendo la sanción en caso de incumplimiento una remuneración mínima unificada. Sobre este punto es importante acotar que como teoría el artículo tiene como finalidad la protección de derechos de los trabajadores o terceros interesados toda vez que exige que el Ministerio investigue denuncias hechas por particulares y adicionalmente realice controles periódicos estableciéndose como mecanismo coercitivo una sanción en caso de no brindar la información y/o documentación requerida; sin embargo en la práctica la sanción podría ser totalmente irrisoria partiendo del hecho de que la falta puede afectar derechos de los trabajadores incuantificables en un primer momento.

2) Será considerada como infracción grave de acuerdo al artículo 3 del Acuerdo 00167 el cometimiento de alguna de las siguientes causales:

- 2.1) “Incumplir el Contrato de Trabajo celebrado con el trabajador
- 2.2) Incumplir el Contrato de Trabajo celebrado con la Usuaría
- 2.3) No celebrar por escrito el contrato mercantil de actividades complementarias o los contratos de trabajo
- 2.4) Incumplir lo establecido en el Artículo 10 del Reglamento al Mandato 08
- 2.5) No entregar al trabajador copia del contrato de trabajo celebrado con este
- 2.6) No registrar los contratos de trabajo en las Direcciones Regionales de Trabajo
- 2.7) No incluir en la publicidad de sus labores, su denominación e identificación como empresa dedicada a actividades complementarias, así como el número de autorización y registro otorgado por el Ministerio de Relaciones Laborales
- 2.8) Reincidir en más de una infracción dentro de un período de un año”.⁴⁹

En caso de caer en alguna de estas infracciones la sanción será equivalente con multa de seis remuneraciones básicas mínimas unificadas, siendo considerada también la reincidencia en alguna de estas infracciones en el lapso de un año una causal para la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

3) Por último el Acuerdo 00167 establece como infracción muy grave las siguientes:

- 3.1) “Realizar Actividades Complementarias, sin contar con la autorización otorgada por el Ministerio de Relaciones Laborales o cuando esta se encontrase vencida, sin perjuicio de las acciones que correspondan adoptar a la Superintendencia de Compañías por incumplimiento de su objeto social

⁴⁹ Véase Acuerdo No. 00167 del Ministerio de Relaciones Laborales

- 3.2) No renovar la autorización cuando esta venciere durante la ejecución del contrato
- 3.3) Realizar actividades al margen de su objeto social exclusivo
- 3.4) No depositar al IESS lo que le corresponda al trabajador por concepto de aportes, fondo de reserva y demás obligaciones
- 3.5) Celebrar contratos de trabajo al margen de las regulaciones o las actividades no previstas en el Mandato Constituyente 08 y su Reglamento de aplicación”⁵⁰

En caso de producirse alguna de las causales aquí citadas la sanción será equivalente a una multa de diez remuneraciones básicas unificadas y la revocatoria definitiva de la autorización de funcionamiento.

El Acuerdo 00167 del Ministerio de Relaciones Laborales dispone que las Direcciones Regionales del Trabajo deberán llevar un registro con de las infracciones, reincidencias y sanciones, el cual también se encontrará a disposición del público en general en forma virtual a través de la página del Ministerio de Relaciones Laborales; obligación que se encuentra dirigida con el objeto de proteger derechos de terceros.

Por último se establece como prohibición la posibilidad de que un Representante Legal de una Empresa Prestadora del Servicio Complementario cuyo permiso se encuentre revocado preste su servicio en otra empresa de la misma especie; prohibición que se encuentra dirigida con el objeto impedir que una persona que como Representante Legal no desempeño sus funciones correctamente y así afecto a las personas dependientes y terceros involucrados con las prestadora del servicio complementario afecte nuevamente a otra persona jurídica constituida para el mismo objeto. A mi criterio, la sanción de no poder volver a trabajar en la misma función, es una medida totalmente discriminatoria por cuanto se le está negando el derecho al trabajo del que gozan todos los ciudadanos contemplada en la Constitución.

⁵⁰ Véase Acuerdo No. 00167 del Ministerio de Relaciones Laborales

7.3. - Sanciones que establece el Mandato 08 y su Reglamento

El Mandato 08 y su Reglamento establecen un conjunto de sanciones en caso de transgresión a las normas antes citadas, por lo que merecen una compilación clara que será realizada a continuación:

- 1) El Artículo 6 del Mandato Constituyente 08 determina que de existir vinculación entre la Usuaría y la Prestadora de la Actividad Complementaria los trabajadores deberán ser asumidos por la Usuaría quién pagará adicionalmente una multa equivalente a seis remuneraciones básicas unificadas, esto si es que hablamos del ámbito privado, sin embargo si se cometió esta violación en el sector público, el funcionario que suscribió incurriendo así en esta infracción, deberá asumir a los trabajadores bajo sus responsabilidades, tendrá que pagar esta multa de seis remuneraciones básicas unificadas y será destituido del cargo
- 2) El Artículo 7 del Mandato 08 determina que en el caso de existir una violación a lo dispuesto en el Mandato o su Reglamento y no haber una sanción especial para el caso, se pondrá una multa de mínimo tres y máximo veinte salarios básicos unificados
- 3) El Artículo 1 del Reglamento al Mandato 08 determina que en caso de existir una violación a lo dispuesto para la tercerización e intermediación se sancionará al infractor con una multa equivalente a veinte salarios básicos unificados
- 4) Por otra parte el Artículo 13 del Reglamento al Mandato 08 establece que en caso de contratar con conocimiento con prestadores de actividades complementarias que no estuvieran autorizados para prestar el servicio serán sancionados con una multa equivalente a diez remuneraciones básicas unificadas; en este caso será necesario probar

la falta de conocimiento que se plasmaría en el proceso de registro del contrato en el Ministerio de Relaciones Laborales.

- 5) La Disposición Transitoria Segunda del Reglamento al Mandato 08 determina una sanción que a futuro ya no es aplicable como era la obligación de reintegrar a los trabajadores contratados bajo la modalidad de intermediación so pena de una multa equivalente a veinte salarios básicos unificados; esto se debía aplicar si los trabajadores cumplían las condiciones tratadas en el capítulo pertinente.
- 6) Por último la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento al Mandato 08 estableció que las máximas Autoridades de las Instituciones públicas tenían la obligación de revisar los Contratos Colectivos en la forma y con los procedimientos que el Ministerio de Relaciones Laborales determinase teniendo responsabilidad personal y civil para el caso.

En conclusión podemos determinar, que fue necesario que el Mandato 08 y Reglamento regulen a través de un sistema rígido de sanciones pecuniarias las violaciones a los preceptos legales en estos instaurados; toda vez que si omitíamos la determinación de estas sanciones nos hubiésemos encontrado en la penosa sanción que determina el Código de Trabajo cuando hay transgresión a una norma legal es decir una Multa equivalente hasta un máximo de doscientos dólares de los Estados Unidos de América, que se constituye en una burla si tomamos como referencia que el infractor puede recibir por conceptos de ingreso a través de una violación legal cantidades considerables de dinero.

CONCLUSIONES

La justicia laboral, la inclusión social y un sistema estable que involucre remuneraciones justas, han sido objetivos que gran parte de los gobiernos han tratado de promulgar; premisas que fueron establecidas como considerandos en la expedición del Mandato Constituyente 08; pero que luego de un análisis claro y detallado se han establecido como ideales, puesto que las Instituciones atacadas siguen vigentes con ciertas regulaciones en algunos casos y flexibilizadas en otros.

Si bien el objetivo se centro en atacar prácticas precarias de contratación, habría que correlacionar este punto con la hipótesis planteada durante el desarrollo de esta tesis como constituye si los objetivos fueron cumplidos y que consecuencias generó este cuerpo legal, preceptos que solo pueden ser revelados a través de cifras o análisis objetivos, que permitan esclarecer el grado de afectación al sistema laboral ecuatoriano.

Por tanto es importante destacar lo expuesto por la revista Líderes del Comercio que manifiesta en una publicación de 28 de Septiembre de 2009 denominada el Mandato 8 complico la contratación en la que se reflejan algunos datos interesantes como: “La Hotelería: A raíz del Mandato 8 cerca de 10000 personas perdieron sus trabajos según la Federación Hotelera Ecuatoriana (...) Según datos de Expoflores, los recortes en el sector de flores superan los 8000 puestos de trabajo debido a la rigidez laboral y reducción de ventas en este año”⁵¹. De lo expuesto se colige que la incidencia al Mandato 08 fue inmediata planteándose como un incremento en la tasa de desempleo ante la rigidez en la contratación laboral, sumado a esto factores como: “Para el analista económico Walter Spurrier, el desempleo es consecuencia del efecto recesivo en el que vivimos, agravado el primer semestre del año. Este fenómeno se origina, en parte por la caída de los ingresos petroleros y exportaciones “No hay suficiente liquidez en la economía y poco a poco las

⁵¹ LÍDERES, “EL MANDATO 8 COMPLICO LA CONTRATACIÓN”, 28 de Septiembre de 2009

empresas reducen personal”⁵², que tuvieron como consecuencia directa un decrecimiento en la economía Ecuatoriana, y la pérdida de la capacidad adquisitiva que afectó considerablemente al comercio.

En estas condiciones es importante destacar que el Mandato 08 aunque tuviera finalidades positivas, se instauró en el Mercado que ya se encontraba afectado como un mecanismo generador de desempleo, sumado a esto que el desconocimiento sobre la aplicación del mismo, ante los vacíos no regulados por el Reglamento, generó un ambiente de incertidumbre, en el que la práctica fue el mecanismo para subsanar el desconocimiento.

Es necesario entender que los principios promulgados por el Mandato 8 eran las finalidades que busca el derecho laboral como rama social, principios que iban a ser realizables mediante la eliminación de instituciones precarias, las cuales únicamente fueron disfrazadas en algunos casos o limitadas, ante la imposibilidad de eliminación, tal como el caso de la prestación de servicios profesionales o la tercerización laboral.

Por otra parte hay que reconocer que Instituciones como la contratación por horas que realmente terminaba convirtiendo al trabajador en un individuo no susceptible de derechos, fue abolida de la contratación ecuatoriana, lo cual se verificó en un beneficio para los trabajadores, quienes por disposición del Mandato tuvieron que ser contratados por las otras modalidades que permite el régimen laboral en este punto dándose una clara lucha por la estabilidad laboral.

Sin embargo y luego de haber hecho un análisis detallado es importante entender que las Instituciones atacadas no tenían por esencia precarizar la relación laboral sino dinamizar el mercado; y las prácticas abusivas de los Empleadores fueron las que transformaron estas figuras jurídicas, distorsionándolas y generando así un ambiente precario para el trabajador, que

⁵² LÍDERES, “EL MANDATO 8 COMPLICÓ LA CONTRATACIÓN”, 28 de Septiembre de 2009

históricamente y al constituirse como la parte débil de la relación jurídica contractual, siempre va a ser el abusado, por lo que se debe buscar crear una conciencia en el empleador, para que esta realidad cambie, toda vez que las leyes siempre van a ser violadas o van a tener vacíos por ser hechas por seres humanos, y en algunos casos van a estar sujetas a intereses.

Es imposible determinar cuan beneficioso ha sido el Mandato Constituyente 08, toda vez que para realizar este tipo de apreciación habría que parcializarse, y en ese momento se perdería la objetividad del análisis, y el punto de equilibrio que debe tener un Profesional del Derecho, lo que si se ha podido establecer son las ventajas y desventajas que ha generado este, visto desde las dos perspectivas posibles la del Empleador y la del Trabajador.

En lo futuro hay que entender que este Mandato será asimilado por la Sociedad y así se generarán transgresiones que caerán nuevamente en la precarización laboral, así como reformas que tratarán de limitar esas actitudes. Y lo que le queda a uno es simplemente actuar conforme a los principios que le han inculcado para hacer que los Empleadores tengan una relación de respeto y consideración para con los trabajadores, que ante un ambiente cordial de trabajo se manifestaran en un incremento de la productividad.

RECOMENDACIONES

La práctica ha sido el elemento que ha subsanado los vacíos generados por el Mandato 08 y su Reglamento; sin embargo, siempre van a existir discrepancias con respecto a la aplicación de determinados preceptos, que deberán utilizar el principio in dubio pro operario. Las normas de interpretación al mismo deberán ser realizadas conforme a las reglas establecidas en el Código Civil, teniendo los juzgadores, entendidos como Jueces, Inspectores de Trabajo, Directores Regionales del Trabajo, que aplicar la sana crítica, en la que valorarán la prueba en conjunto para establecer resoluciones y jurisprudencia según sea el caso, que complementen al Mandato 08 y enriquezcan al derecho laboral.

Se debe estar al día respecto a las actualizaciones que determine el Ministerio de Relaciones Laborales, con relación a los prestadores de actividades complementarias, para conocer que la persona con quien se suscribe el contrato está legalmente acreditada, lo cual también se verificará con los respectivos permisos que confirmen esta calidad, incluyéndose la obligación de que para realizar el pago al mismo este certifique mediante roles de pago y certificado del IESS, el haber cumplido sus obligaciones patronales.

Con referencia a la suscripción de contratos de servicios técnicos especializados, deberá verificarse que no se reúnan los elementos de la relación laboral, así como que el servicio prestado sea fuera de las Instalaciones de la compañía y que el individuo que presta el servicio tenga su propia infraestructura física, así como estructura organizacional, financiera y administrativa.

En los contratos de Jornadas Parciales Permanentes, en caso de excederse las horas convenidas se deberán pagar los recargos correspondientes.

Debería establecerse en forma clara qué se entiende por servicios técnicos especializados, ya que a la fecha, queda a libre interpretación de las partes,

especialmente de los empleadores y en esa virtud, garantizar de mejor manera los derechos de los trabajadores consagrados en Convenios Internacionales, la Constitución y leyes laborales.

Por último, es necesario buscar el diálogo con el reclamante de un derecho, para evitar el tema jurisdiccional.

BIBLIOGRAFIA

1. Acuerdo No. 00144 del Ministerio de Relaciones Laborales
2. Acuerdo 00167 del Ministerio de Relaciones Laborales
3. ALOMÍA RODRIGUEZ, José, “Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social”, Primera Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2002
4. CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario de Derecho Usual”, tomo V, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina
5. Código Civil
6. Constitución de la República del Ecuador
7. Código de Trabajo antes de la reforma del Mandato Constituyente 08
8. FUNDACIÓN TOMAS MORO, DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid España
9. <http://es.wikipedia.org/wiki/Precarizaci%C3%B3n>
10. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4542&Itemid=426
11. <http://www.eluniverso.com/2009/01/04/1/1356/C3529B35BD1842E3A3DEA5B8D0F00879.html>
12. <http://www.eluniverso.com/2009/01/04/1/1356/436D90C1CD02495C87EE50840446ED70.html>
13. http://www.inec.gov.ec/web/guest/ecu_est/est_soc/enc_hog/enc_emp_sub/inf_act_are/ser_his
14. http://www.inec.gov.ec/web/guest/ecu_est/est_soc/enc_hog/enemdu
15. ICAZA, Patricio, “Historia del Movimiento Obrero Ecuatoriano”, Ediciones la Tierra, Quito, Ecuador, 2007
16. LÍDERES, “EL MANDATO 8 COMPLICÓ LA CONTRATACIÓN”, 28 de Septiembre de 2009
17. LÍDERES, “Decreten las exportaciones industriales”, 28 de Septiembre de 2009
18. Mandato Constituyente 08

19. NOLIVOS, Iván, "Tercerización no es intermediación laboral", Mundo laboral, Quito, Ecuador, 2006
20. PÁEZ, Andrés, "Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal" Editorial Che, Quito, Ecuador, 2006.
21. Reglamento al Mandato Constituyente 08
22. ROBALINO, Isabel, "Manual de Derecho del Trabajo", Tercera Edición, Fundación Antonio Quevedo, Quito, Ecuador, 2006
23. TRUJILLO, Julio Cesar, Derecho del Trabajo, Tomo I, Tercera Edición, Centro de Publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2008
24. VASQUEZ LOPEZ, Jorge, "Derecho Laboral Ecuatoriano derecho individual", Primera Edición, Editora Librería Jurídica Cevallos, Quito, Ecuador, 2004

ANEXOS

