



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO DE LA CERVECERÍA NACIONAL CN S.A.,
EN RELACIÓN A LA DEMANDA PRESENTADA POR LOS EX
TRABAJADORES

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados
de la República.

Profesor Guía:

Abg. Álvaro Pólit García.

Autora:

María Laura Fuenzalida Fuenzalida.

Año:

2013

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Álvaro Pólit García

ABOGADO

CI: 1707782486

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”

María Laura Fuenzalida **Fuenzalida**

CI: 1712155058

AGRADECIMIENTOS

La elaboración y la finalización de mi trabajo de titulación, ha sido logrado con el gran apoyo de mi esposo, el cual siempre estuvo ahí alentándome en los momentos de debilidad, le agradezco a él su apoyo incondicional en todo este tiempo.

DEDICATORIA

Este trabajo de titulación se lo quiero dedicar a mi familia, a mis padres, mis hermanos, sobrinos pero sobre todo a mi esposo. Se lo dedico a mi familia que siempre estuvo en el transcurso de mi carrera apoyándome y alentándome para que siga adelante. A mi mamá que me acompañó al inicio de mi carrera, dándome la mano para que el día siguiente pueda ser una profesional, lastimosamente no me acompaña en la culminación de este largo y duro trabajo como es esta carrera y su tesis, pero se la quiero dedicar a ella que sea donde quiere que este, se sienta orgullosa de mí y decirle que valió la pena todos esos malos ratos y que logré terminar mi carrera.

Dedicado a mi esposo Santiago que me aguantó mi mal humor, las malas noches y no permitió que dejara esto, siendo el más estricto juzgador de mi trabajo, pero sobre todo el más orgulloso y creyente en mi, y en mis capacidades que me ayudaron con la terminación de mi trabajo de titulación.

Como último a mi profesor guía al abogado Álvaro Pólit, que sin su ayuda y sus exigencias seguramente nunca me hubiera sentido satisfecha de haber realizado este trabajo.

RESUMEN

Las figuras de tercerización e intermediación laboral, son herramientas que ayudan tanto a empresarios y trabajadores. Por una parte ayudan a que los empresarios contraten estos servicios para aumentar su nivel de productividad. Por otra parte estas figuras ayudan a la creación de nuevos puestos de trabajo.

En el Ecuador antes de la expedición del Mandato Constituyente No. 8 era legal contraer obligaciones y derechos bajo las figuras de tercerización e intermediación laboral. Con la expedición del Mandato Constituyente No. 8, se eliminaron de nuestra legislación estas figuras, ya que fueron consideradas como una forma de precarización laboral. A consecuencia de esto muchas empresas que contrataron y realizaban estos servicios se vieron perjudicadas, ya que este mandato establecía que toda relación laboral debía ser directa y bilateral.

La Cervecería Nacional CN S.A. es un ejemplo de aquellas empresas que resultaron perjudicadas con la expedición del Mandato Constituyente No. 8. La Cervecería Nacional contrataba estos servicios a través de algunas empresas tercerizadoras antes de que se eliminara la figura de la tercerización. Con la eliminación de la tercerización, los ex trabajadores de estas empresas tercerizadoras alegaron que no se había respetado sus derechos laborales. Mediante una demanda presentada por los ex trabajadores, ellos exigieron que la Cervecería Nacional se haga cargo de hacer cumplir sus derechos laborales. Los jueces que conocieron la causa mandaron a que dichas obligaciones sean reconocidas por la Cervecería Nacional, más no por las empresas tercerizadoras. Esto implica que se aplicó el Mandato Constituyente No. 8 de manera retroactiva, desconociendo que antes de dicho mandato la figura de la tercerización era legal en el Ecuador, y al hacerlo exoneró a las empresas tercerizadoras de que se hagan responsables por aquellos derechos y obligaciones que debían cumplir.

La aplicación retroactiva de la ley es peligrosa ya que además de crear inseguridad jurídica, puede llegar a desconocer y vulnerar los derechos y obligaciones que en su momento fueron adquiridos bajo las leyes vigentes.

ABSTRACT

Outsourcing and labor intermediation are tools that help both employers and employees. On the one hand they help employers increase their productivity. On the other hand they create new jobs.

In Ecuador before the passage of Constitutional Mandate No. 8 it was legal to acquire rights and obligations using the legal figures of outsourcing and labor intermediation. With the passage of Constitutional Mandate No. 8 outsourcing and labor market intermediation were eliminated as legal figures from our legislation because they were considered to be a form of labor precarization. As a consequence of Constitutional Mandate No. 8 many companies that contracted and provided these services were negatively affected since this mandate established that all labor contracts between employer and employee had to be direct and bilateral.

Cervecería Nacional CN S.A. is an example of one of the companies negatively affected by Constitutional Mandate No. 8. Before the elimination of outsourcing Cervecería Nacional contracted for services from outsourcing companies. When outsourcing was eliminated the ex-employees of these outsourcing companies alleged that the companies had not fulfilled their labor obligations. The ex-employees of the outsourcing companies sued Cervecería Nacional claiming that it had to bear responsibility on behalf of the outsourcing companies. The judges that heard the suit ruled that Cervecería Nacional had to fulfill these labor obligations, instead of the outsourcing companies. This means that the Judge applied Constitutional Mandate No. 8 in a retroactive manner, disavowing the legality of outsourcing before the passage of this mandate and exonerating the outsourcing companies from their legally acquired rights and obligations.

Applying the law retroactively is dangerous because it not only undermines the rule of law, but can also disavow rights and obligations that at their time were legally acquired.

ÍNDICE

Introducción.....	1
Capítulo I.....	4
1. Antecedentes de la tercerización laboral y su marco jurídico.....	4
1.1. Historia de la tercerización o outsourcing.....	4
1.1.1. La tercerización en América Latina.....	6
1.1.2. La tercerización en Ecuador.....	7
1.2. Concepto de la tercerización.....	11
1.3. Teoría de la tercerización y sus obligaciones.....	13
1.3.1. Ventajas de la tercerización.....	15
1.3.2. Desventajas de la tercerización.....	15
1.4. ¿Qué pasaba en el Ecuador en el 2004 antes de la regulación de la Tercerización?.....	16
1.5. Evolución legislativa y normativa de la tercerización, realizando un análisis comparativo entre la Constitución de 1998 y la del 2008 respecto a la tercerización.....	17
Capítulo II.....	20
2. Principio de retroactividad de la ley y el principio de igualdad ante la ley.....	20
2.1. Concepto del principio de retroactividad.....	20

2.1.1. Principio de retroactividad y su análisis.....	22
2.1.2. Derecho a la seguridad jurídica.....	23
2.1.3 Principio de igualdad y su análisis.....	33
Capítulo III.....	36
3. El Mandato Constituyente No. 8.....	36
3.1. El Mandato Constituyente No. 8 y su naturaleza jurídica....	36
3.2. Conceptos claves del Mandato Constituyente No. 8.....	43
3.2.1. Concepto de la intermediación laboral.....	43
3.2.2. Semejanzas entre la tercerización e intermediación laboral.....	43
3.2.3. Diferencias entre la tercerización e intermediación laboral.....	44
3.3. Concepto de la contratación por horas.....	45
Capítulo IV.....	47
4. Análisis de la resolución del caso de la Cervecería Nacional CN S.A. y su crítica.....	47
4.1. Antecedentes del caso.....	47
4.2. Desarrollo y análisis crítico de la sentencia.....	49
4.3. Situación actual del proceso.....	61
Capítulo V.....	63
5. Conclusiones y Recomendaciones.....	63
5.1. Conclusiones	63

5.2. Recomendaciones	65
Referencias.....	69

INTRODUCCIÓN.

La demanda interpuesta por los ex trabajadores de tercerizadoras en contra de la Cervecería Nacional CN S.A. presenta aspectos muy interesantes sobre la figura de la tercerización y la aplicación retroactiva de la ley. El caso generó mucho interés a nivel nacional por el alto perfil de la Cervecería Nacional y por como se fue desarrollando rodeado de acusaciones de corrupción y su gran cobertura en los medios. Sin embargo este trabajo no se enfocara en las acusaciones de corrupción y su cobertura en los medios, ya que analizará los aspectos jurídicos de la demanda en el contexto de la figura de tercerización y la aplicación retroactiva de la ley.

En el Ecuador antes de la expedición del Mandato Constituyente No. 8 era legal contraer obligaciones y derechos bajo las figuras de Tercerización e Intermediación Laboral. Con la expedición del Mandato Constituyente No. 8, el cual fue promulgado bajo el gobierno del actual Presidente el economista Rafael Correa Delgado y elaborado por la Asamblea Constituyente, se eliminó de nuestra legislación la Tercerización e Intermediación Laboral, ya que fue considerado por la Asamblea Constituyente como una forma de precarización laboral. El actual gobierno del Presidente Rafael Correa Delgado lucha por la recuperación de los derechos laborales en el Ecuador, dado que por muchos años existía abuso laboral por parte de los empleadores y por lo tanto los derechos de los trabajadores no eran respetados. Es por ello que se eliminan de nuestra legislación todo trabajo de servicios complementarios, salvo las excepciones que estipula la ley.

A consecuencia de la expedición del Mandato Constituyente No. 8 muchas empresas que contrataron y realizaban estos servicios se vieron perjudicadas, ya que este mandato establecía que todo contrato laboral bajo las modalidades de Tercerización e Intermediación Laboral debía darse por terminado. A partir de su promulgación la relación laboral entre trabajador y empleador debía ser directa y bilateral. Esto creó graves problemas para los empresarios ya que no podrían contratar directamente a todos los trabajadores tercerizados, pues sus costos de contratación incrementarían. Esto también resultaría perjudicial para

los trabajadores, ya que se quedarían sin empleo.

La Cervecería Nacional CN S.A. es un ejemplo de aquellas empresas que resultaron perjudicadas con la expedición del Mandato Constituyente No. 8. La Cervecería Nacional contrataba estos servicios a través de algunas empresas tercerizadoras antes de que se eliminara la figura de la tercerización. Con la eliminación de la tercerización, los ex trabajadores de estas empresas tercerizadoras alegaron que no se había respetado sus derechos laborales. Mediante una demanda presentada por los ex trabajadores, exigieron y comprometieron a la Cervecería Nacional para que se haga cargo de hacer cumplir sus derechos laborales. Demanda que los jueces conocieron la causa, y mandaron a que dichas obligaciones sean reconocidas por la Cervecería Nacional, más no por las empresas tercerizadoras. Esto implica que el Juez aplicó el Mandato Constituyente No. 8 de manera retroactiva, desconociendo que antes de dicho mandato la figura de la tercerización era totalmente legal en el Ecuador. Al hacerlo exoneró a las empresas tercerizadoras de que se hagan responsables por aquellos derechos y obligaciones que debían cumplir.

Las figuras de tercerización e intermediación laboral, son herramientas que ayudan tanto a empresarios y trabajadores. Por una parte ayudan a que los empresarios contraten estos servicios para aumentar su nivel de productividad y brinden un servicio o producto de mejor calidad a sus clientes. Por otra parte estas figuras ayudan a la creación de nuevos puestos de trabajos, ya que al deslocalizar actividades de una empresa se crean nuevas aéreas las cuales requieren de mayor mano de obra, generando y dando la oportunidad a que se contrate a más personal.

Cuando la Cervecería Nacional contrató estos servicios de tercerización laboral, en el Ecuador era legal y bajo esta figura se celebraron centenares de contratos laborales. En las figuras de tercerización laboral existe una relación lineal, compuesta por tres partes; la empresa usuaria que en esta caso es la Cervecería Nacional la cual contrata los servicios de tercerización, la empresa tercerizadora y los trabajadores. La empresa usuaria tiene solamente relación

laboral con las empresas tercerizadora más no con los trabajadores. La empresa tercerizadora si tienen una relación laboral con los trabajadores, siendo esta empresa tercerizadora su empleador directo.

Con la expedición del Mandato Constituyente No. 8 el Juez aplicó la ley de manera retroactiva, mandando a que la Cervecería Nacional se haga responsable y pague por aquellas obligaciones que le correspondían a las empresas tercerizadoras. Las empresas tercerizadoras fueron los empleadores directos pues con ellas se celebraron los contratos laborales. La sentencia que se analizará aplicó el mandato retroactivamente, ya que cuando se celebraron estos contratos laborales en el Ecuador la tercerización era legal. Al hacer que la empresa usuaria se haga responsable de las obligaciones laborales de las empresas tercerizadoras, se está aplicando el mandato retroactivamente, pues se está desconociendo la figura de la tercerización, y exonerando a las empresas tercerizadoras de cumplir con sus obligaciones.

La aplicación de la ley de manera retroactiva puede resultar peligrosa para una sociedad, pues nos aleja de unos de los roles que tiene el Estado, que es brindar seguridad jurídica a los todos los ciudadanos. La aplicación de la ley retroactivamente puede en algunos casos llegar a desconocer aquellos derechos y obligaciones que a su tiempo se adquirieron conforme a la ley. Esto no solo genera inseguridad jurídica ya que los sujetos no saben a que atenerse, si no que también vulnera sus derechos.

Esta tesis está organizada en cinco capítulos. Los primeros capítulos presentan los conceptos utilizados en el análisis de la sentencia. El primer capítulo introduce el concepto de la tercerización de manera general y como esta figura fue incorporada históricamente en la legislación del Ecuador. El segundo capítulo evalúa la aplicación retroactiva de la ley y sus efectos jurídicos. El tercer capítulo habla de el Mandato Constituyente No. 8 que elimina la figura de la tercerización e intermediación laboral y los efectos que este mandato generó. El cuarto capítulo hace un resumen de la demanda interpuesta por los ex trabajadores en contra de la Cervecería Nacional y analiza la sentencia de dicho caso. El quinto capítulo presenta mis conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1.- ANTECEDENTES DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y SU MARCO JURÍDICO

1.1. HISTORIA DE LA TERCERIZACIÓN O OUTSOURCING.

La tercerización es utilizada para que una compañía externalice sus actividades a un tercero. Estas actividades son realizadas por empresas especializadas. En teoría se puede tercerizar todas las actividades de una empresa. Entre los tantos servicios que pueden ser otorgados a una empresa tercerizadora podemos citar como ejemplos a los servicios de tecnología, la limpieza, la seguridad, el mantenimiento, y el transporte de los empleados.

La tercerización es utilizada por empresas para poder separar las actividades principales de aquellas que no están en su área de especialización. De esta manera una empresa puede desarrollar su actividad principal de una manera más productiva.

Otro ejemplo de la tercerización que podemos citar data desde épocas antiguas donde los reyes contrataban a mercenarios. Estos eran guerreros que luchaban o participaban en conflictos. Los reyes contrataban estos servicios de otros pueblos, los cuales se especializaban en entrenar a guerreros para ganar batallas. Los contratistas militares solían emplear soldados formados en las estructuras feudales y los enviaban a quienes estuvieran dispuestos a pagar por ellos, ya sean ciudades, estados o reyes (Agonizo, A., 2004). La tercerización fue utilizada para que los reyes puedan centrarse en la administración de su pueblo y no entrenando guerreros, al tener la facilidad de poder externalizar este tipo de servicios.

Como nos dice Nicolás Maquiavelo, existen aspectos negativos de externalizar este tipo de actividades. En la época del Renacimiento "Las tropas que sirven para la defensa de un Estado son: o nacionales, o extranjeras, o mixtas. Las de la segunda clase, bien sirvan en calidad de auxiliares o como mercenarios, son inútiles y peligrosas, y el Príncipe que se confía en tales soldados jamás estará

en seguridad, a causas de estar siempre desunidos, ser ambiciosos, carecer de disciplina y tener poca fidelidad; valerosos contra los amigos, cobardes en presencia del enemigo, y no tener ni temor de Dios ni de buena fe con respecto a los hombres. A causa de todo ello, un Príncipe no puede retardar su caída sino lo que tarde en poner su valor a prueba. O sea, por decirlo todo en pocas palabras: saqueen al Estado en tiempos de paz como lo haría el enemigo en tiempos de guerra. ¿Cómo podría ocurrir esto de otro modo? Esta clase de tropas no sirven a un Estado sino por el interés de una soldada que jamás es suficientemente fuerte como para permitirles comprar lo que necesitan para vivir. Naturalmente, sino tienen inconveniente en servir mientras dura la paz (pues por no hacer nada se encuentran con algo), apenas la Guerra ha sido declarada huyen o tan solo piensan en hacerlo” (Maquiavelo, N., 1971, p.157). La tercerización puede resultar negativa aplicando erróneamente las leyes, como veremos más adelante en su encarnación moderna.

A partir de la década de los noventa la tercerización empieza a ser una herramienta atractiva para lo empresarios, dado a la crisis económica que se vivía en esa década. Los empresarios se vieron en la necesidad de buscar nuevas técnicas que ayuden a bajar sus costos y a encontrar nuevas maneras de contratación laboral. Unas de las primeras empresas que empezaron a desarrollar este tipo servicios son KODAK e IBM. Estas empresas se dedican a la realización de actividades tecnológicas (Hawrylim, M.).

Cuando la empresa KODAK no podía sostener toda la información de sus clientes, al no contar con un departamento de atención al cliente, decide entregar toda la información de sus clientes a la empresa IBM. Esta se encargo de recolectar la información de los clientes para guardar y administrarla.

Esta medida empieza a ganar terreno en el mercado ya que las empresas lo comenzaron a utilizar como una estrategia competitiva. El externalizar ciertas actividades fue beneficiario para la reducción de gastos en la empresa. Fue cotizado en departamentos tales como la tecnología, contabilidad, recursos humanos y en la administración.

Resultó ser una medida muy conveniente para los empresarios por su reducción de costos, por lo que muchas empresas empezaron a adoptarla. Esto empezó a generar consecuencias en lo que se refería a la relación laboral por la falta de compromiso que existía por parte de la empresa usuaria hacia los trabajadores tercerizados, ya que no era una relación directa y bilateral entre trabajador y empresa usuaria.

A consecuencia de la relación informal que existía entre trabajador y empresa usuaria la calidad de los servicios tercerizados empezó a decaer. La causa fue la falta de compromiso y la poca seguridad laboral que tenían los trabajadores tercerizados. La mala calidad de estos servicios llevo a muchos clientes insatisfechos, lo cual le dio un aspecto negativo a la tercerización.

1.1.1. LA TERCERIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA.

A medida que las empresas empiezan a mejorar sus estrategias productivas, entran a competir en un mercado mucho más riguroso. La tercerización logra extenderse e introducirse en América Latina con mucha más fuerza a partir de los años noventa. Países como Chile, Argentina, México, Brasil y Colombia realizan servicios de tercerización y lo siguen haciendo hasta hoy en día (Información, Comunicación y Entretenimiento, 2009). Se explicará a continuación cronológicamente como se va introduciendo en la legislación de estos países las figuras de tercerización e intermediación laboral, como una modalidad de contratación de servicios para el desarrollo económico de un país.

En los años setenta en Argentina y Brasil empiezan a haber contratos bajo esta modalidad y se introducen en sus legislaciones como un medio de contratación laboral que en un principio se realizaban como empleos temporales.

Sucede lo mismos en Colombia, Perú y Venezuela en la década de los noventa donde se modifican sus legislaciones para que se permita la relación laboral bajo la modalidad de la tercerización. La tercerización empezó como trabajos temporales, pero el poco control de las leyes laborales permitió abusos de los derechos laborales de los trabajadores por parte de los empleadores. La

legislación venezolana tiene un retroceso en la tendencia hacia mayor tercerización y flexibilidad laboral, ya que en la actualidad se eliminó la tercerización.

Con la excepción de Venezuela, estos países empiezan a dictar leyes laborales más flexibles que impulsan la producción. La ventaja de tener leyes laborales más flexibles es que permite a los empresarios contratar mano de obra más barata y de esta manera competir en el mercado global.

“Un ejemplo de esta tendencia es Colombia, la cual en los últimos años ha logrado estabilizarse política y económicamente. Al crear políticas estables que generan seguridad jurídica para empresarios y trabajadores a impulsado su crecimiento económico. Uno de los aspectos que han permitido este crecimiento económico es la flexibilidad laboral que ofrece la tercerización. De esta manera sectores como la exportación pueden reducir sus costos y volverse más competitivos en el mercado global”

1.1.2. LA TERCERIZACIÓN EN EL ECUADOR.

En la Constitución del Ecuador de 1945, la cual se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 228 del 6 de marzo de 1945, se hace mención por primera vez de las figuras de la tercerización e intermediación laboral. El artículo 148 literal X) dice: “La persona en cuyo provecho se presta el servicio es responsable del cumplimiento de las leyes sociales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario”

Más adelante en la historia del Ecuador en donde se ha visto constantes cambios en nuestra Constitución, se vuelve a mencionar el tema de la tercerización en la Constitución del año de 1979. El régimen militar realiza un referéndum para la elaboración de una nueva Constitución de la República, la cual se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 800 del 27 de marzo.

El artículo 31 literal J) de Constitución de la República del Ecuador de 1979 dice:

“Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo, y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio es responsable solidaria del cumplimiento de las leyes sociales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario”.

Años más tarde bajo el gobierno del Ing. Lucio Gutiérrez Borbúa (2003 – 2005) se expide el Decreto Ejecutivo No. 2166, publicado en el registro oficial No. 442 del 14 de octubre del 2004, se agrega un capítulo al código de trabajo el cual se refiere a la Intermediación Laboral y la Tercerización de servicios complementarios.

El artículo uno del Decreto Ejecutivo No. 2166 permite los servicios de tercerización y dice:

“ Las prestaciones de servicios de intermediación laboral a través de las sociedades conocidas como tercerizadoras es válida para la contratación de personal para servicios temporales, complementarios y de duración indefinida. Entiéndese que la relación laboral directa del contrato en las modalidades indicadas es con la intermediaria laboral o tercerizadoras ”.

Es necesario detenerse un momento en lo que se refiere al tema de la tercerización en el Ecuador, y darse cuenta que no existía una clara distinción entre la tercerización y la intermediación laboral, ya que cuando se dictó el Decreto Ejecutivo No. 2166 titulado las “Normas que se deben observar en la prestación de servicios de intermediación laboral conocida como la tercerización”.

Este decreto confunde estas dos figuras diciendo que la intermediación laboral es lo mismo que la tercerización laboral, lo cual genera problemas en el momento de su aplicación ya que son figuras parecidas pero tienen efectos jurídicos distintos.

Por los objetivos y necesidades que existían en ese momento, el decreto era de carácter urgente, pues por parte de empresarios y trabajadores existieron conflictos. Por una parte surgieron empresas que no estaban legalmente constituidas las cuales no estaban capacitadas de brindar este tipo de servicios siendo su única finalidad hacer “dinero fácil”. Como no estuvieron constituidas legalmente generaron inestabilidad laboral. Las empresas legalmente constituidas y los trabajadores sufrieron por estas empresas informales, ya que generó poca credibilidad a estos servicios, perjudicando a las empresas tercerizadoras y perjudicando a los trabajadores ya que sus derechos laborales fueron abusados.

Al par de esto también existieron empresas que evadían impuestos y obligaciones laborales, con el fin de reducir sus costos laborales. Es por eso que se agregó al código de trabajo un capítulo llamado “La Intermediación Laboral y de la Tercerización de Servicios Complementarios”, diferenciando estas dos figuras para que en futuro no existan confusiones. El código dice:

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

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

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

Muchas empresas bajo la figura de la tercerización realizaron contratos apoyándose en el Decreto Ejecutivo No. 2166, ya que era legal constituir empresas que brindaran servicios de tercerización e intermediación laboral. Pero con la eliminación de estas figuras muchas empresas se vieron afectadas, ya que debían dar por terminado todo tipo contrato realizado bajo esta modalidad. Muchas empresas y empleadores se vieron perjudicados como se verá en los siguientes capítulos.

Con la expedición de Mandato Constituyente No. 4 se trata de proteger a los trabajadores. En su artículo uno dice: “El Estado garantizara la estabilidad de los trabajadores, la contratación colectiva y la organización sindical, en cumplimiento a los principios universales del derecho social que garantizan la igualdad de los ciudadanos frente al trabajo, evitando inequidades económicas y sociales”

El artículo 35 numeral 11, de la Constitución de 1998 encontramos este artículo que hace referencia al tema:

“Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria el cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediación”

Con el Decreto Ejecutivo No. 2166 se trató de regular la tercerización e intermediación en el Ecuador incorporando un capítulo al código de trabajo, estableciendo el concepto de estas figuras, los derechos, obligaciones y las sanciones respectivas.

Es importante determinar que la Asamblea Constituyente de esa época no estaba facultada para expedir este tipo de Decretos ya que la Constitución de 1998 no lo contemplaba. Es recién en la actualidad con la reforma de la Constitución del 2008 a través del referéndum del mismo año que se otorgó plenos poderes a la Asamblea Constituyente, la cual consideró que la

tercerización e intermediación laboral es una forma de precarización laboral y deciden eliminarla con el fin de recuperar los derechos laborales.

Cuando el actual presidente del Ecuador el economista Rafael Correa Delgado sube al poder se vuelve a mencionar la tercerización e intermediación laboral, pero esta vez fue distinta ya que fue para eliminarla del código de trabajo. Esto se lo realizó a través del Mandato Constituyente No. 8. La relación laboral desde ese entonces debía ser directa y bilateral con empresas e instituciones donde se encontraban desempeñando sus actividades los trabajadores tercerizados e intermediados. A partir de ese momento en el Ecuador cambio la relación laboral, ya que era prohibido contratar a través de un tercero y todo contrato laboral debía ser directo y bilateral como se hace referencia en el artículo uno del Mandato Constituyente No. 8;

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

Únicamente se podrán celebrar contratos con personas autorizadas como prestadoras de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, actividades como de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza.

Para muchas empresas esto les generó un problema, ya que no contaban con la capacidad de soportar y asumir el incremento de gastos que les generó la eliminación de estas figuras. Muchas empresas se vieron obligadas a cerrar sus instalaciones y dejar a los trabajadores tercerizados e intermediados sin trabajo.

1.2. CONCEPTO DE LA TERCERIZACIÓN.

El código de trabajo del 2007 en su capítulo agregado define a la tercerización como:

“Servicios complementarios, aquella que realiza una persona jurídicas constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operara exclusivamente entre las empresas tercerizadoras de servicios complementarios y el personal por esta contratado en los términos de la Constitución de la República y la ley”

Considero que la figura de la tercerización es una herramienta que facilita a las empresas a deslocalizar actividades, contratando a un tercero especializado para que las realice. Esto ayuda a que las empresas mejoren su nivel de productividad, aumentando la fuerza laboral, mejorando su calidad y en algunos casos bajando sus costos de producción. Esta figura jurídica llamada tercerización, se hace cargo de desempeñar ciertas actividades que no son primordiales para las compañías pero que son necesarias para que estas funcionen; se la ha aplicado especialmente en actividades tales como: la limpieza, seguridad, transporte, manufactura entre otras.

Los trabajadores contraen obligaciones y derechos únicamente con las empresas tercerizadoras, por lo que la empresa usuaria de este servicio no es solidario patronal, mientras tanto las empresas tercerizadoras sí. Esta es una garantía que tienen los trabajadores con el fin de evitar cualquier tipo de abuso laboral por parte de la compañía contratante, por ello el contrato se celebra entre la tercerizadoras y los trabajadores. Estas empresas son encargadas de capacitar a su propio personal y con ella celebran los contratos laborales. En este tipo de figura no opera una relación triangular sino lineal. Con el siguiente gráfico se explicara mejor en que consiste esta relación.

A

TERCERIZADORA

DEL PROCESO PRODUCTIVO DE C (a cuenta y riesgo propio)

B**TRABAJADOR**

NO EXISTE VÍNCULO LABORAL CON C (tiene vínculo laboral con A)

C**USUARIA**

CEDE UNA PARTE COMPLEMENTARIA DEL PROCESO PRODUCTIVO

CON A (no de su actividad principal) (Páez, A., 2006).

Emilio del Peso Navarro, especialista en servicios complementarios, define a la tercerización como un “proceso económico en el cual una empresa mueve o destina los recursos orientados a cumplir ciertas tareas hacia una empresa externa por medio de un contrato” (Navarro, E., 2003). La tercerización o Outsourcing llamado así en inglés, significa sacar de la empresa actividades y ponerlas a cargo de un tercero para que las realice. Generalmente no son actividades básicas y estratégicas para una empresa.

1.3. TEORÍA DE LA TERCERIZACIÓN Y SUS OBLIGACIONES.

La tercerización brinda servicios especializados en productos o servicios a una empresa usuaria. Es considerado como una modalidad que promueve el crecimiento de un país. Es un mecanismo que genera nuevos puestos de trabajo, sin el cual resultarían difíciles de generar por la falta de recursos económicos, de esta manera lleva a que el sector público y privado crezcan.

La tercerización a partir de la década de los noventas ha ido creciendo a pasos gigantes, logrando exitosamente que actividades como la limpieza, mantenimiento, transporte, seguridad, entre otras sean un éxito y una ayuda fundamental para los empresarios (Rubinsztejn, G., 2012).

Esta figura de la tercerización tienen como teoría la organización de actividades, como nos explica Ronald H. Coase: “Las empresas buscan su expansión hasta el punto en el que los costos de transacción de la organización son iguales a las del mercado abierto” (Coase, R., 1937)

La tercerización busca la integración de actividades realizadas por gente especializadas para desarrollarlas ayudando a los empresarios a que se apoyen en estas empresas tercerizadoras facilitando y mejorando la productividad de un empresa.

Considero que las obligaciones de una empresa tercerizadoras consisten en:

- Preparar gente que se especialice en desarrollar actividades que son necesarias para una empresa, brindando un apoyo a las empresas usuarias buscando, capacitando, contratando al personal, actividades que consumen tiempo, tiempo valioso para un empresa.
- Estar legalmente constituidas. Al estar legalmente constituidas existe un constante control de los inspectores de trabajo que protegen los derechos y obligaciones de las partes, tanto de los trabajadores como de la empresa usuaria.
- Las tercerizadoras deben mantener una buena relación con las empresas usuarias y los trabajadores, ya que los reclamos serán dirigidos a las empresas tercerizadoras, siendo estas las intermediarias entre los trabajadores y la empresa usuaria. Es esencial que todo tipo de relación sea establecida en un contrato, con el fin de evitar cualquier tipo de reclamo, determinando las obligaciones y derechos que contraen las partes.

La tercerización posee varias ventajas que ayudan a la producción de una empresa pero también se encuentran aspectos negativos que han desprestigiado mucho a esta figura.

1.3.1. VENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN.

- La tercerización ayuda para que una empresa usuaria reduzca su costos de producción, ayudando a incrementar la fuerza laboral y a su vez mejorando su producto.
- La competencia entre las empresas tercerizadoras lleva a que estas se actualicen, innovando los servicios que brindan para ofrecer productos de mejor calidad permitiendo que los empresarios usuarios mejoren sus productos a un menor costo.
- La tercerización genera la implantación de nuevos puestos de trabajos. Al deslocalizar actividades de una empresa usuaria se abren nuevos puestos de trabajos que requieren de mayor personal capacitado para que lo realice.

1.3.2. DESVENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN.

- Las empresas usuarias, al deslocalizar sus actividades y encargarlas a un tercero que las realice por el, pierden en una parte del control de estas actividades, lo cual puede perjudicarlas si estas empresa tercerizadoras actúan de mala fe. También puede decaer la calidad del producto de la empresa usuaria ya que tiene menos control sobre las actividades de sus trabajadores.
- Si no se contrata servicios de una buena empresa tercerizadora, la empresa usuaria puede verse afectada por una desorganización administrativa provocando pérdidas, reclamos y en mucho de los casos hasta demandas.

1.4. ¿QUÉ PASABA EN EL ECUADOR EN EL 2004 ANTES DE LA REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN?

La figura de la tercerización es una herramienta muy útil para empresarios y trabajadores. Ayuda a las empresas a dar su máximo potencial productivo, deslocalizando actividades para que sean desempeñadas por profesionales y a su vez generando empleos. Pero por ciertas personas que obraron de mala fe dando un mal uso a esta figura creando empresas que no eran legalmente constituidas y evadiendo responsabilidades laborales se vieron perjudicadas tanto los empresarios como los trabajadores. Es por eso que bajo el gobierno de el Ing. Lucio Gutiérrez Borbúa, se dictó el Decreto Ejecutivo No. 2166, con el fin de que las empresas que no fueron legalmente constituidas desaparezcan o que se legalicen, que no se evadan las obligaciones laborales, y que exista un mayor control entre las empresas y sus trabajadores.

Las empresas informales llámese así aquellas que no fueron legalmente constituidas, perjudicaron gravemente a los trabajadores, cobrándoles cierto tipo de honorarios, quitándoles una parte de su sueldo. Las capacitaciones que estas empresas brindaban a sus trabajadores también se las cobraban de sus sueldos, y prácticamente no se quedaban con nada del sueldo pagado por su trabajo. Era esencial que existiera un control realizado por los inspectores de trabajo. Pero en ese entonces los inspectores de trabajo desempeñaban varios trabajos a la vez; eran jueces de paz, tramitaban los vistos bueno y desahucios, eran parte de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, entre otras actividades, lo cual les dejaba sin poder desempeñar su labor como inspectores. Por esto les resultó bastante difícil controlar los problemas entre trabajadores y las empresas tercerizadoras (Páez, A., 2006).

Con este decreto ejecutivo se logró controlar en parte a tercerizadoras que no estaban legamente constituida paras que no sigan funcionando, brindando a empresarios y trabajadores seguridad jurídica al momento de realizar contratos laborales bajo esta modalidad. Pero no se logró controlar en su totalidad la evasión de impuestos y otorgar protección a los trabajadores ya que las empresas informales no eran las únicas que hacían mal uso de estas figuras,

sino también ocurrió lo mismo con empresas tercerizadoras que estaban legalmente constituidas y obraban de una manera errónea haciendo un mal uso de esta modalidad de trabajo.

1.5. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y NORMATIVA DE LA TERCERIZACIÓN, REALIZANDO UN ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA CONSTITUCIÓN DE 1998 Y LA DEL 2008 RESPECTO A LA TERCERIZACIÓN.

Como se vio en este análisis sobre los servicios que presta la tercerización como figura, podemos hacer un análisis comparativo de lo que ocurrió en el Ecuador, antes y después que se eliminara la tercerización en el país.

Ecuador se ha visto en los últimos años como un país que da poca fiabilidad a los empresarios en el momento de realizar inversiones. Como vimos, en lo que hace referencia a este tema la figura de la tercerización ha estado en constantes reformas a través de los años hasta llegar a eliminarse. Esto genera poca seguridad jurídica cuando se trata de constituir empresas, de contratar a personal, o para celebrar actos, ya que no resulta claro cuáles son nuestros derechos y obligaciones que adquirimos al momento de la celebración cualquier acto y como estos derechos pueden cambiar en el futuro.

La figura de la tercerización resulta ser una herramienta útil para empresarios y trabajadores, pero siempre y cuando existan leyes que protejan tanto al empresario como al trabajador. Antes de que se expida el decreto ejecutivo No. 2166 existía cierta ambigüedad y vacíos legales en lo que se refiere al tema de tercerización e intermediación laboral. Se confundía a las dos figuras en la mayoría de los casos lo cual resultaba en que personas abusaran de esto obrando de mala fe y perjudicando a los empresarios y trabajadores. La finalidad de este decreto fue esclarecer aquellos vacíos legales que se contemplaban en la ley, controlar y evitar todo tipo de reclamo y abuso que se generó a causa de este tipo de acciones mal intencionadas por personas que no obraron conforme a derecho y como último brindar protección a los trabajadores.

El decreto ejecutivo No. 2166 mandó a agregar un capítulo al código de trabajo que permitió el funcionamiento de los servicios de tercerización e intermediación laboral. Al comienzo resultó ser positivo ya que desaparecieron aquellas empresas que no se encontraban legalmente constituidas, obligando a las empresas que respeten y cumplan con las responsabilidades laborales. Los trabajadores fueron los más beneficiados con esto ya que la ley los amparaba, prohibiendo que el tercerizador les descuente su sueldo, descuentos que la ley no preveía tales como los honorarios y capacitaciones. Los trabajadores tenían derecho al mismo monto de dinero que la empresa tercerizadora cobraba por sus servicios. La ley con el fin de evitar toda forma de abuso laboral fijó una serie de infracciones que las tercerizadoras debían evitar, brindando seguridad jurídica a las partes involucradas. Este tipo de infracciones eran: incumplir con el contrato suscrito con los trabajadores, no legalizar su contrato de servicios, cobrar al trabajador cobros que no estén contemplados en la ley, evadir responsabilidades patronales, entre otras.

Pocos años después bajo el gobierno del economista Rafael Correa Delgado, se eliminó a través del Mandato Constituyente No. 8 todo tipo de tercerización laboral, intermediación laboral y contratación por horas; con excepción de servicios complementarios tales como nos dice el artículo 3 del Mandato Constituyente No. 8:

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

La Asamblea Constituyente determinó la eliminación de este tipo de servicios, con el fin que se eliminara la inseguridad laboral, el abuso que se tenía por parte de las empresas tercerizadoras hacia los trabajadores vulnerando sus derechos pagándoles remuneraciones que se encontraban por debajo de lo

que establecía la ley. Miles de personas que trabajaban bajo esta modalidad se quedaron sin trabajo, las empresas tercerizadoras y usuarias se vieron perjudicadas con la pérdida que estos les generó, liquidando a sus trabajadores que no podían seguir obrando bajo esta figura y con la liquidación de sus empresas. La eliminación de esta figura generó juicios que les ordenaban a pagar las utilidades, incapaces de pagar ya que les ocasionaría quebrar. Esto generó inseguridad jurídica por parte de los empresarios al momento de celebrar contratos laborales ya que no sabrían si la ley iría a cambiar nuevamente. La inseguridad jurídica se agravaría si los cambios a la ley les generaran efectos retroactivos, vulnerando aquellos derechos y obligaciones que fueron adquiridos.

CAPÍTULO II

2. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

2.1. CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD.

Guillermo Cabanellas define al principio de la retroactividad como: "Efecto, eficacia de un hecho o disposición presente sobre lo que paso. Por autoridad de Derecho o hecho, extenderse una ley a hecho anteriores a su promulgación" (Cabanellas, G., 2003). En su sentido Etimológico significa "retro agere" "accionar hacia atrás, obrar hacia atrás" (Verdera, B., 2006, p. 47). La retroactividad es la aplicación de una ley nueva, en actos celebrados en el pasado, generando efectos jurídicos en el presente. A continuación se analizara los aspectos negativos que puede acarrear la aplicación de la ley de una manera retroactiva.

Cuando se aplica la ley retroactivamente los actos jurídicos se pueden ver atrapados bajo los efectos de dos normas, la ley nueva que derogó a la ley antigua. Dichos actos celebrados bajo el imperio de la ley antigua que en ese entonces fueron legales, no se pueden anular, derogarse ni incluso desconocerse.

El Código Justiniano nos habla de las leyes y normas que deben dar seguridad jurídica a los ciudadanos y no generar incertidumbres al momento de la celebración de cualquier tipo de acto. Estas fueron palabras citadas por la Constitución de Teodosio II del año 440 el cual dice: "Las leyes y las constituciones deben dar forma cierta a los asuntos futuros, no revocar los hechos pretéritos, como los que en la actualidad penden".

La Ley como tal tiene varias funciones, con las leyes podemos saber cuáles serán los derechos y obligaciones que adquirimos al momento de la celebración de un acto, las leyes nos protegen cuando los sujetos incumplen estos actos. Las leyes son hechas para protegernos y para dar cierta

predicción al futuro en caso de incumpliendo de las obligaciones que adquirimos, su efecto como tal debe ser para un futuro, más no para el pasado.

La Ley trata de resguardar la seguridad jurídica en todos sus aspectos posibles, es por eso que para tratar de resolver los problemas que puede afectar la promulgación de una nueva ley, tiene que ir a la par con el derecho transitorio. El derecho transitorio es el: “Conjunto de normas que regulan los conflictos intertemporales derivados de la eficacia derogatoria de las propias leyes” (<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>) .

Es decir cuando existe la aplicación de una nueva norma sus efectos jurídicos van siendo progresivos a través del tiempo. Se puede decir que el principal objetivo del derecho transitorio es ir resolviendo los problemas de una cambio de norma por otra sin verse afectados los actos realizados en el pasado.

Para explicar mejor el principio de retroactividad existen dos conceptos para entender que es la retroactividad:

- a) **EX NUNC:** Expresión latina que significa “desde ahora” y da a entender que la ley, contrato o condición no existe retroactividad en cuanto a sus efectos y empiezan a regir desde que el momento en que se inicie o perfeccione (Cabanella, G., 2012).

- b) **EX POST FACTO:** “Después de haberlo hecho”, significa que nadie puede ser castigado si no lo es en virtud de una ley promulgada con anterioridad al hecho delictivo. La prohibición se basa en el principio “nullum crimen sine lege”, lo que quiere decir “no hay crimen sin ley” (Cabanella, G., 2012).

Una ley nueva tiene efectos desde el momento de su promulgación “Ex Nunc”, quiere decir que todo acto celebrado bajo esta nueva Ley tendrá efectos jurídicos hacia el futuro. Beatriz Verdera Izquierdo, la autora del libro “La Irretroactividad: Problemática General” se refiere al Derecho Transitorio como: “una solución a los problemas de aplicación que se tiene con una promulgación de una nueva ley y con la interpretación de ésta, manera que se debe resolver

los problemas “a posteriori”. Lo más adecuado es tomar la ley nueva y la antigua y, de acuerdo con las mismas determinar sus efectos en un ordenamiento jurídico“(Verdera, B., 2006, p. 132).

En esencia el derecho transitorio trata de buscar la mejor solución a los problemas que surgen cuando se aplica la retroactividad a los actos celebrados por una ley antigua. Considero que esta afirmación cae en una línea muy delgada ya que se favorecerá, a los unos encima de los otros. Con esto me refiero a que personas que celebraron actos jurídicos bajo una ley antigua, se podrían ver discriminadas con el paso del tiempo de los efectos jurídicos que genera una ley nueva. Esto viola el principio de igualdad que se encuentra contemplada en nuestra Constitución de la República.

Con las aplicaciones de leyes de manera retroactiva, se está discriminando un grupo a favor de otro en base al tiempo en el cual se realizaron actos jurídicos. La ley no debe discriminar en base a quien comete el acto, en el lugar donde se comete el acto o el tiempo en el cual se comete el acto, la autoridad de ley se deriva de su aplicación universal.

La aplicación retroactiva de la ley puede llegar a vulnerar los derechos que consagra la ley suprema, esto quiere decir la Constitución del Ecuador. En algunas ocasiones la retroactividad de la ley puede ser beneficiaria para los sujetos, como así pasa en materia penal cuando este beneficie al reo, con esto me refiero la aplicación de una nueva ley jamás podrá empeorar la situación de un reo, sino ya sea para mejorarla. Pero también existen algunos aspectos negativos los cuales con la aplicación de la ley de manera retroactiva acarrearán incertidumbre al momento que los sujetos celebren sus actos, es por eso que a continuación se analizara aquellos derechos que se pueden llegar a vulnerar cuando se aplica la ley de manera retroactiva.

2.1.1. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD Y SU ANÁLISIS.

Como se mencionó anteriormente con la aplicación de la ley de manera retroactiva se puede vulnerar aquellos derechos que se encuentran escritos en nuestra ley, contradiciendo una norma por otra. Es por eso que a continuación

veremos como la retroactividad puede contradecir aquellos derechos que uno tiene como ciudadano, por ejemplo el derecho a la seguridad jurídica.

2.1.2 DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA.

La seguridad jurídica es, una necesidad a “saber a qué atenerse, es el momento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón como valor jurídico” (Pérez, E., 1991, p. 8). El abogado italiano Mario Longo, define a la seguridad jurídica como: “La cognoscibilidad de las normas jurídicas y la paralela previsibilidad de las consecuencias de cada conducta y, en concreto de los poderes públicos al aplicar las normas” (Longo, M., 1959, p. 126).

Los sujetos tienen que tener certeza y seguridad cuando celebran actos jurídicos, una confianza que debe ser proporcionada por las leyes. El derecho como tal debe ser propulsor en brindar seguridad jurídica a los sujetos al momento de la celebración de los actos, con la falta de la seguridad jurídica es muy difícil que un país mantenga el orden y la justicia.

La retroactividad puede caer en una peligrosísima línea entre brindar seguridad jurídica o generar inseguridad jurídica. El motivo de la creación de leyes nuevas es poder mejorar las condiciones de los sujetos y para poder aclarar esos vacíos legales que podemos llegar a encontrar en los ordenamientos jurídicos. Cuando el juez aplica la ley de manera retroactiva genera inseguridad jurídica contradiciendo ciertos derechos y obligaciones que fueron adquiridos con la celebración de actos bajo una ley antigua.

Toda celebración de actos se lo debe definir por medio de un contrato ya sea verbal o escrito, por respaldo de las partes es mejor que sea por escrito. Las partes sabrán explícitamente cuáles serán las obligaciones y derechos que contraen, y cuáles serán las leyes a seguir en caso de controversia o bajo cuales leyes se respaldarán para que la celebración del acto sea legal. Cuando se celebra todo acto se estipulan cuáles serán las reglas del juego que los

sujetos aceptarán, cuando existe la promulgación de una ley nueva se entiende que regirá para el futuro, para aquellos actos que se celebren en el presente, más no para los actos que se celebraron en el pasado. Cuando se aplica la ley de manera retroactiva cambian las reglas del juego creando inseguridad jurídica hacia los sujetos, al no saber estos a qué atenerse. Más adelante se hablará a profundidad sobre la seguridad jurídica y en el siguiente punto se aclarará que el principio de retroactividad aplicándolo de una manera correcta, esto quiere decir no discriminando los unos sobre los otros llegue a ser beneficiaria para la sociedad la promulgación de nuevas leyes.

El principio de retroactividad no es perjudicial para una sociedad si tiene una correcta aplicación de las leyes por parte del Juez, esto quiere decir no generando inseguridad jurídica y haciendo respetar ante todo el principio de igualdad donde todos somos iguales antes la ley. Pero es importante saber hasta dónde podemos llegar con los efectos jurídicos de una ley nueva para que no genere inseguridad jurídica los actos realizados en el pasado.

Considero que para que una sociedad pueda tener plena confianza en que la ley haga respetar dicha seguridad jurídica, es esencial respetar aquellos derechos y obligaciones que fueron adquiridos en ese entonces por la ley vigente y que ninguna ley nueva desconozca de ellos. Es por eso que podemos decir que la seguridad jurídica es la protección que tenemos al momento de la celebración de cualquier tipo de acto, la certidumbre que todo sujeto necesita al momento de contraer derechos y obligaciones.

Vincenzo Simoncelli hace un punto en el cual se refiere que cuando se aplica una ley retroactivamente muere en sí, la esencia que tiene el derecho que es brindar confianza y estabilidad a los sujetos, la cual dice: “La absoluta retroactividad sería la muerte de la evolución del Derecho” (Simoncelli, V., 1921, p.170).

En la Constitución de la República el artículo 82 habla de la seguridad jurídica en los siguientes términos: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta

en el respeto de la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

La Constitución establece parámetros que todo ciudadano debe respetar y una de ellas es el respeto que se debe tener a las normas vigentes.

Las normas son las guías de comportamiento que todo sujeto debe seguir, con esto me refiero a que las normas establecen las limitaciones, obligaciones, derechos y/o sanciones que los sujetos tienen al momento de celebrar transacciones o cualquier acto jurídico. Es por eso que aplicando la ley de una manera retroactiva genera inseguridad jurídica, es decir aplicando una ley nueva a actos celebrados con una ley antigua crea situaciones de incertidumbres jurídicas.

Enrique Aftalion define a la norma como: “Es una regla dirigida a la ordenación del comportamiento humano prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar aparejado una sanción generalmente, impone deberes y confiere derechos” (Aftalion, E., 1956).

El juez debe perseguir y aplicar la norma conforme a su vigencia no provocando confusiones jurídicas, salvaguardando ante todo la seguridad jurídica. Por eso es necesario establecer que la ley tiene dos momentos; la primera de ellas es la entrada en vigor y la segunda su derogación. La primera se refiere al momento que se crea una nueva ley, la cual se promulga y entra en vigencia y la segunda es el momento que la ley anterior es derogada por la nueva, lo cual quiere decir que muere quedando sin ningún efecto jurídico (Verdera, B., 2006, p.28).

Teniendo claro y respetando los dos momentos que tiene una ley su nacimiento y su muerte, no caeríamos en un momento de retroactividad o que un acto quede atrapado entre dos normas. Si bien es cierto que la ley tiene dos momentos, su nacimiento y su muerte, esto no quiere decir que los actos celebrados bajo la antigua ley, se puedan anular o desconocer su efecto. Los actos que fueron derivados bajo el imperio de la ley antigua fueron legales en

su momento, así como los efectos que ésta generó y una ley nueva no podrá desconocer de ellos.

Unos de los principales roles del Estado es el tratar de mantener certeza jurídica para que los sujetos actúen conforme a derecho y que éste a su vez los ampare. Las nuevas leyes no deberían generar efectos contrarios con su modificación o la promulgación de nuevas leyes, deben perseguir la evolución del derecho y el beneficio de los sujetos no en perjuicio de ellos.

El Código Civil ecuatoriano en el artículo siete hace referencia al principio de retroactividad, el cual dice: “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior se observaran las siguientes reglas:

- 1.- Las leyes que establecieren para la adquisición de una estado civil condiciones diferentes de las que prescribía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen a regir;
- 2.- El estado civil adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución subsistirá, aunque dicha ley deje de regir; pero las obligaciones y derechos inherentes a él se subordinaran a la ley posterior, ora constituya nuevos derechos u obligaciones, o modifique o derogue los antiguos. En consecuencia, la subordinación o dependencia entre cónyuges, padres e hijos, guardadores y pupilos, etc., se sujetarán a la nueva ley desde que principie a regir, sin perjuicio del efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de una ley anterior;
3. - Los derechos de usufructo legal y de administración que el padre o madre de familia tuvieren en los bienes del hijo, y que hubieren sido adquiridos bajo una ley anterior, se sujetaran, en cuanto a su ejercicio y duración, a las disposiciones de la ley posterior;
- 4.- Las personas que bajo el imperio de una ley hubieren adquirido la condición de hijos, conservaran esa condición, gozarán de todas las ventajas, y estarán sujetas a todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior;

5.- El hijo que hubiere adquirido derecho a alimento bajo el imperio de una ley, seguirá gozándolos bajo el de la que se dé posteriormente. Pero, en cuanto al goce y extinción de este derecho, se seguirán las reglas de ley posterior;

6.- Las meras expectativas no constituyen derecho;

7.- El que según las disposiciones de una ley hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá aunque otra posterior prescriba nuevas condiciones para adquirirlo; pero la continuación y ejercicio del derecho se sujetaran a la ley nueva;

8.- Los guardadores y demás administradores de bienes ajenos, constituidos validamente bajo una ley anterior, seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad a la posterior, aunque según ésta hubieren sido incapaces de obtenerlos. Pero, en cuanto a sus funciones y remuneración y a las incapacidades o excusas supervenientes, se observara la nueva ley.

Respecto a la pena en que, por descuidada o torcida administración, hubieren incurrido, se les sujetará a la reglas de la ley que fuere menos rigurosa; pero las faltas cometidas bajo la nueva ley, se castigaran en conformidad a ésta;

9.- Todo derecho real adquirido según una ley, subsiste bajo el imperio de otra nueva; pero en cuanto al goce y cargas, y en lo tocante a la extinción, prevalecerán las disposiciones de la ley posterior;

10.- La posesión adquirida según una ley anterior no se retiene, pierde o recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios, o con los requisitos prescritos a ésta;

11.- Los derechos concedidos bajo una condición que, según la nueva ley, debe considerarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán por el tiempo que hubiere señalado la ley precedente, a menos que excediere del plazo fijado por la posterior, contando desde la fecha en que ésta principie a regir; pues, en tal caso, si dentro de él no se cumpliera la condición, se mirará como fallida;

12.- Siempre que una nueva ley prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos, y expirado el primero antes que ella empiece a regir, hubiere empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley, por todo el tiempo para el cual le autorice su título; pero caducará el derecho de los usufructuarios posteriores, si los hubiere.

La misma regla es aplicable a los derechos de uso o habitación sucesivos, y a los fideicomisos;

13.- Las servidumbres validamente constituidas bajo el imperio de una ley se sujetarán a la posterior, en cuanto a la conservación y ejercicio;

14.- Las solemnidades externas de los testamentos se sujetarán a la ley que regía al tiempo de su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos se subordinarán a la que estuviere vigente cuando falleciere el testador.

En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores a la muerte del testador las que reglen la incapacidad o indignidad de los herederos o legatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones;

15.- Si el testamento contuviere disposiciones que no debían llevarse a ejecución, según la ley bajo la cual se otorgó, se cumplirán, sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley que estuviere vigente al tiempo de la muerte del testador;

16.- En las sucesiones forzosas o intestadas, el derecho de representación de los llamados a ellas se regirá por la ley que estuviere vigente al tiempo de la muerte del intestado;

Pero si el fallecimiento sucediere bajo el imperio de una ley, y en el testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiere llamado voluntariamente a una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en el todo o parte de la herencia por derecho de representación, se determinará esta persona por las reglas a que estaba sujeto ese derecho, según la ley bajo la cual se otorgó el testamento;

17.- En la adjudicación y partición de una herencia o legado se observarán las reglas que regían al tiempo de la muerte de la persona a quien se suceda;

18.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición: 1º, las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y, 2º, las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido;

19.- Los actos o contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse, bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere;

20.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente;

21.- La prescripción principiada cuando regía una ley, y que no se hubiere completado al tiempo de promulgarse otra que modifique la anterior, reduciendo el plazo para la prescripción, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente; pero no podrá acogerse a la segunda sino después de dos años de su promulgación.

En las cuestiones judiciales pendientes a la época de la promulgación de la ley que modifique el plazo para la prescripción, regirá la ley vigente a la época en que se trabó la litis;

22.- Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá

ganarse por tiempo, bajo el imperio de la nueva ley, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseer conforme a la ley anterior que autorizaba la prescripción; y,

23.- Las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas; pero no alterarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

Como principio universal cuando se promulga una ley se entiende que debe ser aplicada a futuro. Los actos que se realicen bajo una ley que en ese momento se encuentra vigente son los derechos y obligaciones que las partes contraen al momento de celebrarlas. La sociedad busca seguridad jurídica al momento de la celebración de cualquier acto y cómo podemos ver nuestro ordenamiento jurídico contempla este principio que es el poder resguardar y brindar confianza a los sujetos al momento de la celebración de cualquier acto jurídico.

Cuando el legislador crea una norma y el juez aplica esta norma a actos celebrados en el pasado, surgen efectos retroactivos creando cambios arbitrarios a dichos actos ya celebrados en el pasado, contradiciendo el derecho a la seguridad jurídica que tiene los sujetos. La esencia del principio de retroactividad es de no acarrear consecuencias jurídicas a hechos ya formalizados, “la retroactividad de la ley es una medida técnica escogida para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Su zona ontológica no está pues, en la filosofía sino en la jurisprudencia o ciencia de derecho, la retroactividad es un principio que reza con la relación jurídica, la cual es siempre intersubjetiva” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1962, p. 881).

La ley no debe ser aplicada en perjuicio de los unos y en beneficios de los otros, con esto me refiero en perjuicio de los sujetos involucrados en la celebración del acto. En la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789, dice: “ Ningún hombre puede ser sometido sino a las leyes consentidas por él o por sus representantes, anteriormente promulgadas y legalmente aplicadas”.

Muchos pensadores han coincidido que una ley no debe ser aplicada retroactivamente, ya que las personas están confiadas en las normas del momento celebrando sus actos teniendo en cuenta cuáles son sus derechos y obligaciones que se desprenden de un acto jurídico celebrado. Ninguna persona puede estar sometidas a leyes que no han sido consentida al momento de celebración de un acto.

La retroactividad de ley no existe sino desde el momento que se promulga por lo tanto, no puede tener efectos hacia el pasado, sino desde el momento que la nueva ley se encuentre vigente. El jurista y político García Goyena decía: "La ley, como norma y regla que es de acciones, no puede tener por objeto sino de acciones futuras: para las pasadas hubo ya otra ley, otra norma y regla" (Goyena, F., 1852).

El Estado establece leyes para que sean obedecidas y para poder mantener un equilibrio entre los sujetos al momento de contraer derechos y obligaciones a través de un acto.

La aplicación de la retroactividad genera una incógnita ¿Cómo puede ser obedecida una ley que todavía no existe?, la respuesta debería ser sencilla, que no se puede celebrar ningún acto bajo una ley que no existe y que los sujetos no tienen la obligación de obedecer ninguna ley que no existe. Por regla universal se deben celebrar actos bajo el imperio de la ley vigente. Pero ¿Por qué los actos celebrados en el pasado, cae en los efectos jurídicos de la promulgaciones de una ley nueva?. Dichos conflictos no deberían existir ya que cuando se promulga una nueva ley debe tener efectos para el futuro no para el pasado, cuando dicha ley tiene efectos a actos ya celebrados en el pasado estamos hablando de retroactividad de la ley, generando inseguridad jurídica a las personas. El Estado es responsable de generar seguridad jurídica y esta seguridad jurídica solo la podemos conseguir si se respeta la ley del momento con la cual se celebraron los actos jurídicos.

Chabot De L' Allier nos detiene un poco en este conflicto que genera el principio de irretroactividad y formula dos grandes preguntas que al momento

de aplicar una ley en forma retroactiva deben tener en consideración los legisladores al momento de crear nuevas leyes y el alcance que ésta dará, “¿Cuándo se debe detener la ley antigua para no anular la autoridad de la ley nueva? o ¿Cuál es el tiempo que debe detenerse la ley nueva para no desconocer los efectos jurídicos que se crearon bajo el imperio de la ley anterior?” (Chabot, G., 1829). Al momento que el juez se ve en la necesidad de aplicar la ley para resolución de conflictos, su decisión puede quedar atrapada en el efecto de dos normas. Lo cual dicha decisión puede darse en perjuicios de los sujetos, que como hemos mencionando en varios oportunidades cambiaría los efectos jurídicos, los cuales en su momento los sujetos estuvieron de acuerdo.

Considero que el problema de retroactividad no recae en el momento de su promulgación, sino consiste de cómo el juez aplicará esta nueva ley. El juez debe ser justo no debe irse en contra del principio de igualdad discriminando los unos en beneficios de los otros. Con esto me refiero que la retroactividad de la ley debe ser aplicada de manera general, la aplicación de la ley debe ser universal donde sus efectos jurídicos deben ser para todos. Cuando existe la aplicación de una ley nueva a actos celebrados ya en el pasado donde los sujetos ya obraron conforme a una ley vigente en ese entonces, los efectos que puede generar la aplicación de una ley nueva en muchas ocasiones no sería equitativa o justa ya que se estaría anulando y desconociendo aquellos derechos y obligaciones que ya fueron adquiridas en un pasado bajo una ley en ese entonces vigente. Se podría favorecer a ciertos sujetos que al momento que celebraron los actos no debían ser favorecidos y con la aplicación retroactiva de ley les otorgarían ciertos derechos o beneficios que no le corresponde, perjudicando aquellos sujetos que les corresponde estos derechos o beneficios y no se podría hablar de la igualdad ante la ley, ya que no se estaría dando el mismo trato. En el siguiente punto hablaremos a profundidad de dicho principio de igualdad ante la ley.

2.1.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y SU ANÁLISIS.

La actual Constitución de la República del Ecuador habla del Principio de Igualdad en su artículo once, numeral dos el cual dice:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad cultural, estado civil idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionara toda forma de discriminación.

El Estado adoptara medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

La actual Constitución República del Ecuador hace hincapié en los derechos y obligaciones que todo ciudadano tiene. Es deber de todo ciudadano actuar conforme a ley y es deber del Estado respetar y hacer respetar la ley. Cuando nos vemos frente a un conflicto es fundamental el papel que desempeña un Juez ya que de ellos depende la solución del conflicto y el giro que este dará hacia las partes involucradas. La finalidad del Juez es salvaguardar la seguridad y tranquilidad de una sociedad, siendo esto cumplir con la ley, respetando ante todo el principio de igualdad. Cuando existe una correcta aplicación del Principio de Igualdad, al momento de dictar un fallo es esencial que no exista discriminación alguna y que sean juzgados conforme a ley del momento, generando seguridad jurídica que es el fin que buscamos todo ciudadano al momento de interactuar.

El principio de igualdad ante la ley, es creado con el fin que ningún ciudadano sea discriminando y que sean tratados de manera equitativa. Cuando se aplica el principio de retroactividad en algunos caso puede romper esta regla, ya que puede generar efectos jurídicos perjudicando a los sujetos que celebrarlo actos en el pasado.

La Constitución de la República del Ecuador se encuentra dentro de un ordenamiento jurídico, estableciendo garantías al ciudadano, siendo este principio obligatorio y de fiel cumplimiento por todos. Es por eso que en su larga lista de garantías, hace mención la Constitución el artículo once, numeral dos nos resume que todos somos iguales ante la ley.

La Constitución del Ecuador contempla dos tipos de principios de igualdad, el principio de igualdad formal y el principio de igualdad material, es fundamental poder definir y diferenciar cada una de ellos.

1.- El principio de Igualdad Formal: Es lo que constituye un postulado fundamental de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, a lo que se refiere a la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho (Leibholz, G., 1959, p. 16).

2.- El principio de Igualdad Material: Se entiende como una reinterpretación de igualdad formal en el Estado Social de Derecho, que se toma en cuenta la posición social real en que se encuentra los ciudadanos, tiene una equiparación real y efectiva de los mismos (Heller, V., 1985, p. 332).

El principio de igualdad formal es la aplicación tácita que hace mención un cuerpo legal, en este caso sería la Constitución y el principio de igualdad material es la aplicación e interpretación o como se va aplicar el principio de igualdad que el caso requiere. El principio de igualdad ya sea formal o material conlleva a un fin mismo, es la dignidad que el ser humano requiere.

En varios países el principio de igualdad está consagrado en la Constitución como un derecho inviolable que tiene todo ciudadano desde el momento que

nace. La Declaración de Derechos de Virginia del año de 1776, en su artículo uno dice:

“... todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales cuando entran en estado de sociedad; no pueden por ningún contrato privar o despojar a su posteridad especialmente el goce de la vida libertad...”.

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hace referencia en algunos artículos sobre el principio de igualdad que tienen las personas ante la ley, como dice el artículo uno: “ ... todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad de derechos”,

En el artículo dos de la misma Declaración de los Derechos del Hombre del año 1948 dice;“... todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción de raza, color, idioma, religión, opinión política...”

Como podemos ver el principio de igualdad ante la ley, es un derecho inviolable que todo ciudadano tiene no importando su color, su raza, su nacionalidad, su ideología política, entre tantos otros aspectos. Es fundamental que este principio sea aplicado y respetado, sobre todo al momento de aplicar la ley. Los hombres nacen libres y con igualdad de derechos, es por eso que es deber del Estado resguardar los derechos, hacer que se respeten, proteger a los ciudadanos y sobre todo promover la interrelación de sus ciudadanos.

Como se mencionó anteriormente aplicando la ley retroactivamente puede llegar en ocasiones a romper esta regla de igualdad y se podría afectar los derechos de los sujetos, los cuales celebraron actos en el pasado vulnerando aquellos derechos y obligaciones que fueron adquiridos bajo una ley antigua que en ese entonces estaba vigente.

CAPÍTULO III

3.- EL MANDATO CONSTITUYENTE NO. 8

3.1. EL MANDATO CONSTITUYENTE NO. 8 Y SU NATURALEZA JURÍDICA

El Mandato Constituyente No. 8 se realizó bajo el actual gobierno del Presidente Rafael Correa Delgado, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 236 del 20 de diciembre del 2007. Dicho Mandato prohíbe y elimina todo tipo de intermediación laboral, tercerización y la contratación por horas. Todos aquellos contratos que estén bajo esta figura deberán darse por terminado.

El capítulo primero del Mandato 8, en su artículo primero habla sobre la prohibición de la tercerización e intermediación laboral y la respectiva sanción por violar este mandato, la cual dice que: “ Se prohíbe la tercerización de servicios complementario y la intermediación laboral, que estuvieron reguladas en la Ley Reformativa al Código del Trabajo, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 del 23 de Junio del 2006, ya derogada”. A este artículo se le añadió un listado de excepciones donde es legal el servicio de actividades complementarias tales como son: vigilancia y seguridad, alimentación, mensajería y limpieza. Toda otra actividad será sancionada con una multa de veinte sueldos o salarios básicos unificados por cada trabajador que sea tercerizado o intermediado.

Como se mencionó anteriormente, a través del Mandato 8 se eliminó los servicios de tercerización de actividades, la intermediación laboral y la contratación por horas. A partir de la expedición del mandato la contratación laboral fue directa y bilateral entre empleador y trabajador. Este mandato fue creado con la finalidad de que los trabajadores recuperen sus derechos laborales, ya que se consideraba que los trabajadores que se encontraban sujetos a esta modalidad no estaban en la misma igualdad de condiciones que los trabajadores que tenían una relación directa con la empresa usuaria. Existía una gran diferencia entre los trabajadores directos y los trabajadores

tercerizados. Dada cierta informalidad que se daba entre los trabajadores tercerizados y la empresa usuaria, se prestó para que se haga un mal uso de esta figura y los empleadores evadan sus obligaciones laborales.

Como resultado de la inestabilidad laboral los trabajadores se ven afectados ya que sus derechos laborales fueron vulnerados, esto dio paso a que existieran reclamos por una inadecuada aplicación de la ley. No se respetaban los derechos que tenían los trabajadores por parte de su empleador, y no existía una igualdad de condiciones entre los trabajadores tercerizados y los trabajadores directos.

La Asamblea Constituyente decide eliminar las figuras de tercerización de servicios e intermediación laboral que se encontraba contemplada en el Código de Trabajo, por la explotación laboral y la evasión de responsabilidades patronales que existía por falta de regulación.

El Mandato 8 tuvo como finalidad la recuperación de los derechos laborales, dado que toda persona tiene derecho a un trabajo y un salario justo. El empleador debía contratar al trabajador directamente y cumplir con todas las obligaciones laborales, a partir de la expedición de este Mandato es ilegal todo contrato de trabajo que sea realizado por una tercera persona que ofrezca servicios de tercerización o intermediación, salvo excepciones que ya fueron mencionadas.

En el artículo 327 de la Constitución de la República del Ecuador, manda:

“La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.

Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, a contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizaran y sancionaran de acuerdo con la ley”.

En Ecuador a consecuencia de la aprobación de este mandato se generó polémica por parte de las empresas tercerizadoras y las empresas usuarias. Ya que las empresas que ofrecen estos tipos de servicios complementarios o de intermediación son un apoyo significativo para las empresas usuarias y aparte generan empleo. La eliminación de estas figuras generó desempleo ya que muchas empresas tercerizadoras e intermediadoras debían cerrar sus instalaciones ya que no sería legal seguir funcionando bajo esta modalidad.

"Pilar Moncayo Presidenta de la Fedehumana (Federación de Empresarios de la Intermediación Laboral, Promoción de Empleo y Servicios Complementarios), sostuvo que: en el Ecuador existía antes del Mandato 8, 550 empresas que brindan servicios de intermediación laboral las cuales deberán cerrar sus operaciones y que solo el 5% de 580 empresas tercerizadoras que existían iban a seguir funcionando,"

Con la prohibición y eliminación de la tercerización e intermediación miles de personas que trabajaban bajo esta modalidad se quedaron sin trabajo.

Si bien es cierto que muchas empresas evadían sus obligaciones patronales y explotaban a sus empleados, habían otras que no. Ecuador posee una alta tasa de desempleo, y el cerrar fuentes de empleos como lo son las tercerizadoras e intermediadoras conlleva a más gente desempleada.

La Constitución del 2008 del Ecuador, es una constitución que garantiza el trabajo, el artículo 325 hace referencia a esto:

"El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconoce todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todos las trabajadoras y trabajadores".

Considero que todo gobierno cuando presenta un nuevo proyecto de ley, es con la finalidad de resguardar y proteger los derechos que tiene todo ciudadano ya sea ecuatoriano o extranjero. El Estado ecuatoriano establece en la Constitución de la República al trabajo como un derecho que tiene todo

ciudadano, como un derecho económico y social, como dice en el artículo 33: “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía”.

Como se mencionó el Estado ecuatoriano garantiza el derecho al trabajo y eliminando fuentes de trabajo, como lo eran las tercerizadoras y las intermediadoras ¿No se estaría violando el derecho al trabajo que garantiza la Constitución?. La Constitución establece en el artículo 326, que el derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

- 1.- El Estado impulsara el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
- 2.- Los derechos laborales son irrenunciable e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
- 3.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
- 4.- A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.
- 5.- Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en una ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.
- 6.- Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.
- 7.- Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.

8.- El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadores y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.

9.- Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.

10.- Se adoptará el dialogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos.

11.- Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

12.- Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

13.- Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.

14.- Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

15.- Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potables y alcantarillado, producción hidrocarburíferas, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.

16.- En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplen actividades de representación, directivas, administrativa profesionales, se

sujetarán a las leyes que regulan en esta categorización estarán amparados por el Código de Trabajo.

Esta Constitución garantiza el trabajo a través de estos principios, el cual busca el desarrollo económico de los sujetos y garantiza los derechos que tiene cada trabajador.

El Mandato 8 como idea es muy buena, ya que toda persona tiene derecho a un justo trato laboral. Pero figuras como la tercerización, la intermediación laboral y la contratación por horas, no son figuras que perjudican a los trabajadores, sino todo lo contrario, estas figuras generan empleo, y ayudan a la economía de un país entre otros aspectos positivos que brindan. Pero esto genera una incógnita ¿Cómo solucionamos el problema de los derechos vulnerados?. Como se ha mencionado ya en varios puntos, la ley debe regir para el futuro, para actos celebrados ya en el pasado hubo otra ley. Para no caer en este problema de los derechos vulnerados de los sujetos, se debe respetar la ley con que se celebró los actos.

Con toda propuesta de ley, ya sea laboral, civil, penal, etc... debe ir a la par un análisis profundo y un estudio comparado para establecer los derechos, obligaciones, y las sanciones que tengan los trabajadores y el empleador a la violación de dichos derechos. Considero que el Mandato 8 fue una medida apresurada por parte de la Asamblea Constituyente para recuperar los derechos laborales. No era necesario la eliminación de estas figuras jurídicas, sino una reforma a estas normas resguardando y protegiendo los derechos de los trabajadores y empleadores.

A mi criterio no fue un proyecto al cual le dedicaron el tiempo y el estudio correcto, lo que vulneró muchos derechos ya adquiridos, afectando a una gran mayoría de personas que tenían contratos ya celebrados bajo estas figuras.

Con la expedición de la nueva Constitución de la República del 2008, la Asamblea Constituyente se reunió para elaborar el Mandato 8 para que se eliminara los servicios tercerizados y la intermediación laboral. La Asamblea Constituyente estaba embestida de plenos poderes y consideraron que las

figuras de la tercerización e intermediación laboral son formas de precarización y vulneración a los derechos laborales, así que las decidieron eliminar.

De acuerdo con el Mandato Constituyente No. 1, los mandatos en el Ecuador se encuentran en el mismo orden jerárquico que las leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones.

El artículo dos del mismo mandato constituyente, establece las atribuciones que tiene la Asamblea Constituyente la que dice:

“La Asamblea Constituyente ejercer sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdo, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones.

Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente. De igual manera, serán sancionados los funcionarios públicos que incurran o promuevan, por acción u omisión, el desacato o desconocimiento de las disposiciones de la Asamblea Constituyente”

Lo que hace en este caso que la expedición de este decreto se encuentre al mismo nivel que la Constitución de la República, confiriéndole total poder para que todo decreto sea de fiel cumplimiento y obligatorio para todos. Este decreto fue completamente legal en su expedición ya que la ley como vimos anteriormente facultó a la Asamblea Constituyente para que lo realizara y lo ejecutara.

3.2. CONCEPTOS CLAVES DEL MANDATO CONSTITUYENTE NO. 8

3.2.1. CONCEPTO DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL.

La Constitución colombiana del 2007, define a la intermediación laboral como: “Es la actividad organizada encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de la mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades...”

3.2.2. SEMEJANZAS ENTRE LA TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL; (Roja, A., 2004, Págs. 187-270).

- La intermediación la laboral y la tercerización, están compuestas por tres partes; la empresa usuaria, la empresa que brinda estos servicios de tercerización e intermediación y por último los trabajadores que realizan las actividades;
- En la intermediación laboral y en la tercerización, las empresas que brindan este trabajo son las encargadas de poner a disposición a los trabajadores para que realicen sus actividades en la empresa usuaria;
- En los dos casos, el trabajador pone a disposición de las empresas usuarias su mano de obra a cambio de una remuneración, por lo cual es esencial que se celebre un contrato de trabajo determinando el trabajo a cumplir y el salario a pagar.

Como se pudo ver tanto en la tercerización e intermediación laboral es esencial estás tres partes, para poder realizar estos tipos de servicios complementarios. Pero existe una importante diferencia entre estas dos figuras; en la intermediación laboral la relación laboral es directa y bilateral entre trabajadores y empresa usuaria, lo cual no pasa en la tercerización laboral.

La diferenciación entre tercerización e intermediación laboral es bastante reciente y es por eso que en la mayoría de los casos se da a confundir estos dos conceptos. Pese a que la finalidad de estas dos figuras es la misma, brindar servicios a un tercero, el esclarecimiento de la diferencia en términos de la relación laboral es relativamente reciente. Como vimos, desde la Constitución de 1945 tenemos registro de los servicios complementarios, pero en nuestra legislación no se realiza una diferenciación entre estas dos figuras, y así como también se pudo ver en la Constitución de 1979 donde se vuelve a hacer referencia al tema. Es esencial tener claro los conceptos de estas figuras ya que sus efectos jurídicos son distintos. En la constitución de 1998 ya se divide estos dos temas y la legislación los diferencia, pero sin embargo se hizo un mal uso de estas figuras dejándolas obsoletas.

3.2.3. DIFERENCIAS ENTRE LA TERCERIZACIÓN Y LA INTERMEDIACIÓN LABORAL.

- La intermediación laboral es la subcontratación de la mano de obra para que se trabaje en la compañía usuaria, la cual será quien de órdenes y la cual remunerará a sus trabajadores. La relación laboral es directa y bilateral entre la empresa usuaria y los trabajadores intermediarios.
- En la intermediación laboral existen dos empleadores, que es la empresa usuaria y la intermediadora.
- En la tercerización laboral solo existe un empleador, que es la tercerizadora.
- La intermediación laboral se distingue de la tercerización ya que su relación es triangular entre la empresa usuaria, la empresa intermediadora y los trabajadores. Todas las partes mientras que dure la relación laboral trabajaran en conjunto. La empresa usuaria

en este caso puede poner sanciones, obligaciones e incluso hasta puede dar por terminado la relación laboral

- En la tercerización tenemos una relación lineal, donde la empresa usuaria tiene relación únicamente con la empresa tercerizadoras y los trabajadores con la tercerizadoras. La empresa usuaria no tienen ningún tipo de relación con los trabajadores de las tercerizadoras.

- Las empresas tercerizadoras son responsables por la capacitación y contratación de sus trabajadores. Están obligadas a proporcionar toda aquella herramienta o recurso que sea necesario para su capacitación.

- La tercerización consiste en la subcontratación de servicios por parte de la empresa usuaria, pero ésta no será quien de las órdenes a sus trabajadores. En este tipo de figuras la relación laboral es entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora.

3.3. CONCEPTO DE LA CONTRATACIÓN POR HORAS.

El Código de Trabajo del 2007 definía al contrato por horas, actualmente ya derogado, en el artículo 17 numeral seis como:

“Son contratos por horas aquellos en que las partes convienen el valor de la remuneración total por cada hora de trabajo. Este contrato podrá celebrarse para cualquier clase de actividad. Cualesquiera de las partes podrá libremente dar por terminado el contrato”

Considero que este tipo de contratos permitía que no existiera un abuso laboral por parte del empleador ya que las dos partes estaban de acuerdo con horas de trabajo a cambio de una remuneración. El patrono debía afiliar a su empleado al IESS y cumplir con todo requisito necesario que en ese entonces estaba contemplado en el Código de Trabajo.

El contrato por horas le sirve al trabajador que realice varias actividades a la vez, ya que tiene obligaciones con el empleador por ciertas horas lo cual le da al trabajador tiempo libre para desempeñar otras actividades fuera de la jornada laboral. El trabajador puede realizar otros contratos con varios empleadores respetando las horas estipulas en el contrato o los contratos de trabajo que este celebre. En muchas ocasiones es positivo trabajar bajo esta modalidad, ya que se puede llegar a ganar más que si celebrara un contrato a plazo fijo.

Sin embargo esta figura, la cual también fue eliminada del código de trabajo con la expedición del mandato 8, fue considerada como una forma de precarización de trabajo. Como dice el código de trabajo, este tipo de relación laboral puede darse por terminado por cualquiera de las partes, esto genera cierta inestabilidad laboral al trabajador por lo que en cualquier momento se puede quedar sin trabajo. Esta figura también sufrió el mismo problema que la intermediación laboral y la tercerización, ya que su mal uso tuvo consecuencias semejantes de parte de empresarios que lo usaron para la evasión de obligaciones y la explotación laboral.

El concepto de tercerización laboral también es una palabra clave en lo que se refiere a este tema del Mandato 8, el cual fue explicado y analizando a profundidad en el capítulo primero.

CAPÍTULO IV

4.- ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DEL CASO DE LA CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. Y SU CRÍTICA

4.1. ANTECEDENTES DEL CASO.

A consecuencia de la expedición de la Mandato Constituyente No. 8 en el cual como vimos se prohibieron los servicios tales como la tercerización y la intermediación laboral, en el Ecuador se originaron un sin número de demandas por parte de los ex trabajadores tercerizados exigiendo el pago de utilidades. Recordando que con la eliminación de estas figuras muchas empresas tuvieron que cerrar sus instalaciones ya que por sí solas no podrían sostenerse económicamente, ya que la Constitución de la República obliga en su artículo 327 que toda relación laboral debía ser directa y bilateral, prohibiendo toda relación laboral por medio de un tercero.

Como un ejemplo que podemos citar de una empresa que fue afectada por la eliminación de la tercerización, de lo cual se trata este trabajo, es la demanda interpuesta por los ex trabajadores de la Cervecería Nacional CN S.A. por el reclamo por concepto de utilidades atrasadas de los años trabajados de 1990 hasta el 2005. Estos trabajadores que exigen dicho derecho, estando bajo una relación laboral por medio de la tercerización.

Ex trabajadores presenta la demanda ante el Ministerio del Trabajo, llamado ahora Ministerio de Relaciones Laborales, el Ministro de Relaciones Laborales Richard Espinoza Guzmán, dijo que carecía de competencia para conocer la causa. Por este motivo los ex trabajadores interponen una acción de protección la cual fue sorteada y cae en conocimiento del Juzgado Décimo de los Civil del Guayas, donde el juez de turno manda que se pague por concepto de utilidades atrasadas, utilidades que no fueron repartidas al ser un derecho que les correspondían a los ex trabajadores entre los años de 1990 al 2005. Este fallo fue apelado posteriormente por la compañía de Cervecería Nacional, el cual por sorteo tuvo por conocimiento la Tercera Sala de lo Penal de Penal y

Tránsito del Guayas, donde el Juez rectifica el fallo ordenando nuevamente a la Cervecería Nacional que pague por concepto de utilidades.

Por otra parte los ex trabajadores solicitaron medidas cautelares ante el Juzgado Noveno de la Niñez y Adolescencia del Guayas, la Jueza interpuso a la Cervecería Nacional medidas cautelares, por lo que los trabajadores actuales de la Cervecería Nacional, solicitaron que se revoque estas medidas ante el Juez Vigésimo de Garantías Penales.

Para el desarrollo de esta sentencia la cual manda a pagar a la Cervecería Nacional por concepto de las utilidades atrasadas, se tomó en consideración varios puntos, los cuales serán tratados más adelante. El primer punto a tratar es el tema de la tercerización, que como analizamos en el capítulo primero las empresas tercerizadoras son los empleadores directos de los trabajadores y que la empresa usuaria la cual contrata estos servicios de tercerización no tienen ninguna relación laboral directa con los trabajadores tercerizados. Es importante notar en este punto que los ex trabajadores no presentaron la demanda ante su empleador directo, o sea a la empresa tercerizadora y la presentaron ante la Cervecería Nacional.

El segundo punto que analizaremos será la temporalidad del cobro por concepto de utilidades, si la demanda interpuesta por los ex trabajadores en el año 2008 está dentro del término puesto por la ley para exigir el derecho a las utilidades referentes a los años de 1990 hasta el 2005. Analizaremos en este punto si el Juez aplicó la Ley de manera retroactiva al ordenar a la Cervecería Nacional al pago inmediato de utilidades.

Por último y tercer punto a tratar será si la demanda interpuesta por los ex trabajadores debía ser individual o colectiva, ya que cada trabajador tiene una situación laboral y carga familiar distinta que a los demás trabajadores. Estos puntos serán analizados más adelante.

El caso de la Cervecería Nacional es un caso de mucha relevancia jurídica que se dio a conocer en todo el país, que hasta el día de hoy, y después de tres años de litigio sigue en proceso. En la siguiente sección se analizará cada

punto relevante al proceso que culminó con el Juez de la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito del Guayas, confirmando la sentencia que exigía el pago por concepto de utilidades atrasadas dado por el Juez Décimo de los Civil del Guayas.

4.2. DESARROLLO Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA.

Esta demanda por concepto de utilidades interpuesta por los ex trabajadores de la Cervecería Nacional fue presentada ante el Ministerio de Trabajo, llamado ahora Ministerio de Relaciones Laborales, con el fin de que se haga respetar sus derechos. Derechos que por años trabajados en las empresas tercerizadoras, esta debía reconocer, ya que con ellas se realizaron los contratos laborales.

El derecho por concepto de utilidades que tiene el trabajador debía ser reconocido y por lo tanto pagado por las empresas tercerizadoras, ya que estas eran sus empleadores directos. El reclamo que hacen los ex trabajadores fue conforme a derecho, el cual establece el artículo 97 del Código del Trabajo al derecho de utilidades. Se citara del Código de Trabajo del 2007 y no del actualizado ya que las sentencia se deben fundamentar conforme a la norma vigente cuando sucedieron los hechos, el cual dice:

“El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuirá así:

El diez por ciento (10%) se dividirá para los trabajadores de la empresa, sin consideración a las remuneraciones recibidas por cada uno de ellos durante el año correspondiente al reparto y será entregado directamente al trabajador.

El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargar familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho,

los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad.

El reparto se hará por intermedio de la asociación mayoritaria de trabajadores de la empresa y en proporción al número de estas cargas familiares, debidamente acreditadas por el trabajadores ante el empleador. De no existir ninguna asociación, la entrega será directa.

Quienes no hubieren trabajado durante el año completo, recibirán por tales participaciones la parte proporcional al tiempo de servicios.

En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicios Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneración del Sector Público”.

Partiendo desde este punto la demanda presentada exigiendo el pago de las utilidades atrasadas, no debía ser dirigida a la Cervecería Nacional, ya que los contratos laborales se los hizo con las empresas tercerizadoras, pese a que se comprobara posteriormente que estas empresas tercerizadoras, eran controladas por la Cervecería Nacional.

El Ministro de Relaciones Laborales, dijo que no era competente para conocer esta causa, ya que la ley no lo facultaba para obligar a la Cervecería Nacional que realice el pago de utilidades. El Ministerio de Relaciones Laborales, no tiene la facultad de dictar sentencias, ya que la ley solo lo faculta para resolver dudas que se presenten para la aplicación al pago de utilidades, como lo dice el artículo 110 del código del trabajo; “El Ministerio de Trabajo y Empleo resolverá las dudas que se presentaren en la aplicación de las disposiciones relativas al pago de utilidades”

Por ello los ex trabajadores presentan una acción de protección la cual por sorteo cae en conocimiento del Juzgado Décimo de los Civil del Guayas. La acción de protección es dirigida en contra del Ministro de Relaciones Laborales,

ya que los ex trabajadores reclamaban que sus derechos fueron vulnerados al declararse el Ministro de Relaciones Laborales incompetente para conocer la causa y así obligar a la Cervecería Nacional a que pague por utilidades atrasadas. La acción de protección es presentada cuando una autoridad vulnera los derechos de los sujetos y no los reconoce, el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador hace referencia a la acción de protección la cual dice:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de los derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefinición o discriminación”

Cabe en este punto aclarar que la acción de protección presentada por parte de los ex trabajadores, no fue hacia la Cervecería Nacional sino contra el gobierno al declararse el Ministro de Relaciones Laborales incompetente para conocer la causa. Para poder ser exigible un derecho que a sido vulnerado, el ministerio no tienen la facultad en este caso de obligar a la Cervecería Nacional a que pague por concepto de utilidades, ya que es facultad de los Jueces laborales reconocer este derecho y exigir que se lo respete.

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador en 1989 resolvió que:

“Sin perjuicio de las facultades que en el orden administrativo competen al Director General, a los subdirectores e inspectores del trabajador, los jueces de la material tienen competencia para reconocer y resolver acerca de las reclamaciones individuales sobre el pago de utilidades que plantearen los trabajadores.”

En esta sala del Juzgado Décimo de los Civil del Guayas, donde el caso fue tratado y las partes expusieron sus puntos, el Juez de lo Civil analizó el caso y mandó a la Cervecería Nacional a que realice el pago inmediato de utilidades atrasadas a los ex trabajadores, pese a que no es obligación de la Cervecería Nacional reconocer estos derechos, ya que los contratos laborales se realizaron con las empresas tercerizadoras.

Por otro lado, al mismo momento que el caso era tratado en el Juzgado Décimo de lo Civil del Guayas, los ex trabajadores solicitaron medidas cautelares ante el Juzgado Noveno de la Niñez y Adolescencia del Guayas. La Jueza admite la validez de dichas medidas con el fin que la compañía cervecera no siga evadiendo sus obligaciones laborales. Estas medidas consistían en la prohibición de la venta de los productos tales como Pilsener y Club, mandó a que se retengan los depósitos e inversiones de la compañía de Cervecería Nacional y la prohibición de salida del país de los representantes de la compañía de Cervecería Nacional. Los actuales trabajadores de la Cervecería Nacional, ante estas medidas interpuestas, solicitaron que se revoquen estas medidas ante el Juez Vigésimo de Garantías Penales, el cual determinó y levantó dichas medidas cautelares y permitió el funcionamiento normal de la Cervecería Nacional.

Mientras tanto donde el caso seguía su proceso ante la sala del Juzgado Décimo de lo Civil del Guayas, el Juez falla como se mencionó anteriormente a favor de los ex trabajadores, mandando a que la compañía cervecera pague las utilidades atrasadas. Es importante analizar los puntos que se tomaron en cuenta, que llevaron al Juez a tomar la decisión. Se analizara críticamente si la sentencia estaba acorde a derecho, conforme a lo que manda ley.

El Juez Civil en esta instancia donde manda a la Cervecería Nacional a pagar por concepto de utilidades, no tomó en cuenta que la demanda debe ser dirigida en contra de las empresas tercerizadoras, ya que con ellas se celebraron los contratos laborales y admite el Juez que la demanda interpuesta por los ex trabajadores era válido. Si bien es cierto que se demostró que las tercerizadoras eran controladas por la Cervecería Nacional, esto no quiere

decir que la Cervecería Nacional como tal deba reconocer estos derechos. Ya que la ley en ningún lugar prohíbe que empresas usuarias, puedan tener y controlar a empresas tercerizadoras. Ya que cada una de ellas son independientes de la otra, y el giro de sus negocios es completamente diferente al otro, ya que los servicios que brinda una compañía no tiene nada que ver con la otra compañía.

Cuando los ex trabajadores realizaron los contratos de relación laboral, en el Ecuador el funcionamiento de empresas tercerizadoras era legal. El Mandato Constituyente No. 8 que se expidió en el 2008 elimina la tercerización e intermediación laboral. Al mandar a pagar utilidades a la Cervecería Nacional como si esta fuese la parte responsable, el Juez está aplicando el Mandato Constituyente No. 8 de manera retroactiva, pues está eximiendo de responsabilidad alguna a las empresas tercerizadoras. El eximir de responsabilidad a estas empresas e inculpar a la Cervecería Nacional, es equivalente a decir que las relaciones laborales bajo la tercerización estuvieron prohibidas desde antes de que se establezca el Mandato Constituyente No. 8, como si la tercerización nunca hubiese sido legal en el Ecuador. En otras palabras, al mandar a pagar utilidades atrasadas a la Cervecería Nacional y no a las empresas tercerizadoras, se da a entender que la relación laboral fue entre los ex trabajadores y la Cervecería Nacional, lo cual no se asemeja al caso. Dicha conclusión es válida solamente si aplicamos el Mandato Constituyente No. 8 de manera retroactiva para que la relación laboral sea entre los ex trabajadores y la Cervecería Nacional. Esto obliga a que la Cervecería Nacional se haga responsable de la obligación de pagar las utilidades a los ex trabajadores tercerizados, obligación que por ley no le correspondía, dado que con ella no se celebraron los contratos laborales. Esto genera que el Juez vulnere los derechos de la Cervecería Nacional.

Un punto que tiene mucha relevancia es si la demanda por concepto de utilidades hubiese sido interpuesta contra las empresas tercerizadoras, ya que estas eran los empleadores directos. Si este hubiese sido el caso, la demanda fuese planteada conforme a derecho.

La ley es clara cuando los sujetos tienen derecho a un reclamo que se considera que haya sido vulnerado. Es por eso que el código de trabajo establece la prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos, el artículo 635 hace mención a esto:

“Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de los dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en este Código”.

Este artículo se refiere a la prescripción de las acciones provenientes de actos y contratos laborales. Establece que los ex trabajadores tienen derecho a exigir que se les pague las utilidades hasta después de tres años terminada la relación laboral. Se entiende que después de estos tres años el reclamo de derechos como trabajadores prescribe. También resulta complicado poder determinar si los derechos de los trabajadores prescribieron de manera colectiva, como se planteó esta demanda,. Por lo que lo más factible es que la demanda sea presentada individualmente, para que el Juez pueda determinar si los ex trabajadores tienen derecho a este reclamo basado en la terminación laboral de cada uno de ellos.

El autor Antonio Gidi se refiere que los reclamos laborales deben ser colectivos o individuales, alegando que: “La competencia de los jueces de trabajo es una competencia limitada a las reclamaciones, es decir, no abarca reclamaciones que se plantean de forma colectiva” (Gidi, A., 2009, Págs. 416 y 417).

Tomando las palabras de autor Antonio Gidi y la decisión que tomó la Corte Suprema de Justicia en el año 1989, resulta difícil que el Juez pueda tomar una decisión de manera colectiva a lo que se refiere al pago por concepto de utilidades, ya que se puede determinar que cada trabajador tiene un carga laboral distinta al otro. El juez debe analizar cada caso de manera individual para poder tomar una decisión justa y conforme a derecho, con esto me refiero lo que le pertenece a cada trabajador por años de trabajo.

Cabe mencionar que con la expedición del Mandato Constituyente No. 8 como se mencionó anteriormente en el capítulo tercero, se eliminó del código de trabajo las figuras de la tercerización e intermediación laboral, en su disposición transitoria primera señala que:

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

El Mandato Constituyente No. 8, en esta disposición dispone que una vez expedido el mandato no cabe reclamo alguno, ya que las figuras de tercerización e intermediación dejan de existir y por lo tanto ya no es legal celebrar contratos laborales conforme a ellas. Generando, o más bien no generando ningún efecto jurídico a partir de su promulgación.

Es importante establecer que en materia laboral la retroactividad no es aplicable, que la ley dispone para lo venidero, más no al pasado, con el fin que una sociedad goce de plena seguridad jurídica al momento de la celebración de actos. Las decisiones de los jueces juegan un papel muy importante para una sociedad, ya que de ellos depende que se respete o no la ley. El juez debe garantizar la seguridad jurídica y no aplicar la ley de manera retroactiva, ya que haciéndolo podría desconocer aquellos derechos y obligaciones que adquirieron los sujetos a través de los actos, actos que fueron realizados conforme a la ley del momento.

Dada la resolución del Juez de lo Civil, la Cervecería Nacional hizo uso de sus derechos e impugnó la sentencia la cual mandaba que se cumpla el pago inmediato de utilidades por parte de la Cervecería Nacional. Impugnación que por sorteo cae en la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito del Guayas, donde el Juez que da conocimiento a la sentencia, rectifica el fallo venido del Juzgado Décimo de los Civil del Guayas y ordena nuevamente a la Cervecería Nacional

que pague por concepto de utilidades más intereses, en un plazo de 48 horas. Desconociendo y vulnerando una vez más los derechos de la Cervecería Nacional.

La Tercera Sala de lo Penal, Tránsito y Colusorio de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, para resolver esta causa tomó en consideración que el Ministro de Relaciones Laborales, violó los derechos que reconocen y garantizan los siguientes artículos:

De la Constitución de la República del Ecuador:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

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

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

L) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

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

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

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

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

Para el pago de indemnizaciones, la remuneración comprende todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales y las remuneraciones adicionales.

Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley.

Declaración Universal de Derechos Humanos:

Art. 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos:

Art. 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda

discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Convención Americana de Derechos Humanos:

Art. 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Una vez citados los artículos que el Juez tomó en consideración para motivar la sentencia, vemos que hace referencia al derecho de igualdad que tienen los sujetos y como tal deben ser juzgados. Los ex trabajadores de la Cervecería Nacional alegan que deben ser tratados por igual, tomando como precedente judicial el fallo del caso donde los ex trabajadores de los cementos "HOLCIM", presentaron una demanda laboral ante el Ministerio de Relaciones Laborales exigiendo que se pague por concepto de utilidades atrasadas. En este caso el Ministro de Relaciones Laborales que conoció la causa, obligó a la empresa HOLCIM a que realice el pago inmediato por concepto de utilidades, a lo cual la empresa HOLCIM obedeció la decisión que determinó el Ministro de Relaciones Laborales y realizó el pago inmediato de las utilidades a sus ex trabajadores.

Los ex trabajadores de la Cervecería Nacional exigen que se les trate igual como se les trató a los ex trabajadores de la empresa HOLCIM. Cabe recalcar que si bien es cierto los precedentes son importantes al momento que un Juez dicte una sentencia y que esta debe ser motivada conforme a derecho. Es por ello que es importante volver a mencionar que el Ministerio de Relaciones Laborales, no tiene la facultad de actuar como Juez obligando a la compañía de Cervecería Nacional a exigir que se realicen los pagos, ya que como vimos anteriormente donde la Corte Suprema de Justicia de Ecuador en 1989 y el mismo código de trabajo en el artículo 110, establece que el Ministro de

Relaciones Laborales no puede exigir que se cumpla el pago por concepto de utilidades, ya que la ley solamente faculta al Ministros de Relaciones Laborales aclarar dudas en la aplicación del pago de utilidades. Es competencia netamente de los jueces laborales exigir y obligar a que se cumpla el pago de utilidades.

Esta sentencia también determina que es responsabilidad de la empresa Cervecería Nacional CN S.A. o cualquiera de sus responsables solidarios, que pague y deposite a las órdenes del juez *a quo* en la cuenta del juzgado de primera instancia la suma de USD \$ 90.929.135, 00, más los intereses de ley que serán liquidados por un perito acreditado por el Consejo de la Judicatura, con cargo a utilidades no repartidas a sus trabajadores entre 1990 y 2005, en un término máximo de cuarenta y ocho horas.

Partiendo de este punto, la sentencia no fue conforme a ley ya que el mismo código de trabajo en el artículo 97, donde hace referencia al pago de utilidades dice que es responsabilidad del empleador directo cumplir con estas obligaciones laborales. Recordemos que el empleador directo de los ex trabajadores eran las empresas tercerizadoras, más no la Cervecería Nacional. La empresa usuaria, la cual contrata los servicios de tercerización no es responsable solidario con las empresas tercerizadoras, por lo tanto no es obligación de la Cervecería Nacional reconocer estas obligaciones y por lo tanto pagarla.

Considero que en estos puntos mencionados la decisión del Juez no fue conforme a derecho, ya que por más que se contemple que todos somos iguales ante la ley no se puede desconocer de aquellas facultades o deberes que la ley establece, en lo que se refiere a los deberes y facultades que tienen los Jueces y Ministros de la República del Ecuador. Tampoco se puede imponer a un empresa usuaria, en este caso a la Cervecería Nacional CN S.A., hacerse responsable de obligaciones que por ley no le corresponde, ya que se estaría desconociendo de aquellos derechos y obligaciones que fueron

contemplados por la misma ley, con esto me refiero a los derechos y obligaciones que una empresa usuaria adquiere cuando contrata servicios tercerizados. Haciendo esto se estaría desconociendo y exonerando las obligaciones que las empresas tercerizadoras debían cumplir, cuando era legal su funcionamiento antes de la expedición del Mandato Constituyente No. 8. En el siguiente punto se hablara de la situación actual del proceso, de la demanda interpuesta por los ex trabajadores de la Cervecería Nacional exigiendo que se le pague por utilidades atrasadas.

4.3. SITUACIÓN ACTUAL DEL PROCESO.

Después de cuatro años de litigio, las cosas entre la Cervecería Nacional CN S.A. y los ex trabajadores aún no están resultas. Durante dos ocasiones como vimos las autoridades mandaron a pagar a la compañía Cervecería Nacional utilidades atrasadas a los ex trabajadores por los años trabajados entre 1990 hasta el 2005. Dichas utilidades hasta el día de hoy no han sido canceladas por parte de la Cervecería Nacional CN S.A.

En el transcurso de todo este tiempo de litigio, la Cervecería Nacional ha estado involucrada en presuntas compras de fallos, donde supuestamente la compañía pagó para que los jueces dicten un fallo a favor de la Cervecería Nacional, lo cual a desprestigiado mucho a esta compañía. Sin duda alguna para las partes involucradas, tanto para los ex trabajadores y la compañía Cervecería Nacional este proceso resulta interminable.

Lo que hace que la Corte Constitucional avoque conocimiento de las acciones presentadas por incumplimiento de la sentencia por parte de la Cervecería Nacional y resuelve dejar sin efecto a todo lo actuado. Por lo que el proceso vuelve a su estado original y se determina que cada caso de los ex trabajadores debe ser tratado de manera individual.

Los ex trabajadores alegan que no van a dejar que tantos años de litigio queden en el limbo y reclaman justicia. Las partes durante todos estos años

han hecho mucho para que se resuelva la situación; realizando plantones, acudiendo a las audiencias de arbitraje y mediación, haciendo propagandas, entre otras. En el transcurso del proceso distintas entidades han sido acusadas de sobornos por emitir fallos a favor de las partes. Los jueces han sido acusados de vulnerar los derechos de las partes excusándose que no son competentes para conocer la causa, la fiscalía también ha estado presente en el proceso con el fin de investigar las actuaciones de las autoridades competentes, ya que está en juego la imagen institucional.

Este caso marca sin duda un precedente en la historia del país, por ser un caso con tantas sentencias contradictorias. Las partes han puesto todo sobre la mesa, han hecho uso de todos sus derechos que contempla la ley, para poder demostrar que sus derechos han sido vulnerados, esperando que la justicia haga respetar sus derechos y como tal sean reconocidos. La finalidad de la ley es poder proteger a los individuos de una sociedad, reconociendo aquellos derechos y obligaciones que han sido adquiridos con conciencia y voluntad al momento de la celebración de un acto, esperando que la ley no cambie desconociendo de ellos.

CAPÍTULO V

5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1. CONCLUSIONES.

Una vez estudiadas y analizadas las figuras de tercerización e intermediación laboral, podemos concluir que la eliminación de ellas en nuestra legislación salvo excepciones no era la solución más adecuada, ya que para que un país crezca es necesario el desarrollo económico que depende de la implementación de nuevos puestos de trabajos. Trabajos que dada la realidad del Ecuador son necesarios por la alta tasa de desempleo.

La tercerización e intermediación laboral dado el poco estudio y conocimiento que se tenía de ellas, fueron mal utilizadas por parte de empresarios que se aprovecharon de la ambigüedad que existía en las leyes. Con la eliminación radical de estas figuras en nuestra legislación, varias personas jurídicas y naturales se vieron afectadas, buscando soluciones alternativas e inmediatas que en muchas ocasiones no fueron las mejores.

El cambio frecuente de las normas tiene el fin de buscar una mejora en la sociedad, pero se ha podido ver que en el Ecuador desafortunadamente no se aplica este principio, ya que con cada gobierno las leyes cambian a beneficio propio del gobierno vigente. Esto genera todo lo contrario a una mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, alejándose del rol que debe cumplir el gobierno.

En el Ecuador es de conocimiento de todos y no resulta nada nuevo, que siempre existió un cierto abuso laboral y evasión de obligaciones laborales por parte de empresarios, dada la inflexibilidad laboral que existía en el Ecuador y al poco control que existía. La eliminación de figuras tales como la tercerización e intermediación no es la solución para la recuperación de los derechos laborales, sino un mejor estudio y una correcta aplicación de las leyes. Como se pudo ver, en otros países una correcta aplicación de las leyes y un adecuado estudio que establece los límites de estas figuras, países como el

nuestro pueden tener un creciente desarrollo económico. De esta manera no nos viéramos en la necesidad de tener tantos cambios en las leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Cambios que generan a los sujetos inseguridad jurídica al momento de la celebración de un acto.

La Cervecería Nacional CN S.A. fue una de las empresas que realizaron contratos laborales bajo esta modalidad de trabajo tercerizados, creando nuevas fuentes de trabajo y mejorando la calidad de sus servicios. Cuando la Asamblea Constituyente decide eliminar esta figura a través del Mandato Constituyente No. 8, desconoce la responsabilidad que tenían las empresas tercerizadoras de reconocer el pago de utilidades y manda a la Cervecería Nacional a que se haga responsable por ellas. Con la reforma a las leyes laborales se le da una protección excesiva a los trabajadores, desconociendo aquellos derechos que ya fueron prescritos conforme manda la ley.

Por lo tanto considero que se debe incorporar nuevamente en nuestra legislación las figuras de tercerización e intermediación laboral bajo ciertos límites, ya que como se pudo analizar los servicios que estas empresas brindan tiene muchos aspectos positivos. Con la incorporación nuevamente de estas figuras podríamos gozar de los beneficios que brindan la tercerización e intermediación laboral, pero para que no caigamos nuevamente en una mal utilización de estas figuras es fundamental establecer ciertos límites en la ley para que en un futuro no existan conflictos entre los sujetos. Uno de esos límites considero que podría ser; restringir a una empresa que contrata estos servicios de tal manera que no tercerice todas sus actividades con la única finalidad que bajo su relación laboral declare cero trabajadores ante el SRI. Con esto estaríamos resguardando los derechos de los trabajadores y de los empleadores, existiría una flexibilidad laboral determinado los límites de actuación de cada una de las partes, y con la finalidad que no se exista demasiada inflexibilidad laboral.

La ley establece que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, salvo que la ley estipule la prescripción de los derechos. Por el concepto de utilidades la ley establece que para ser exigible tal derecho los trabajadores

tienen un plazo de tres años terminada la relación laboral. El Juez civil, el cual manda la ejecución del pago inmediato de utilidades a la Cervecería Nacional lo hace de manera retroactiva, pues actúa como si la tercerización nunca hubiese sido legal. Es decir actúa como si el Mandato Constituyente No. 8 hubiese estado vigente en el momento en el cual se celebraron los contratos laborales.

La aplicación de la ley de manera retroactiva puede generar efectos peligrosos, ya que puede desconocer de aquellos derechos y obligaciones que fueron adquiridos bajo el imperio de la ley, irrespetando la autoridad de la ley.

5.2. RECOMENDACIONES.

Para garantizar los derechos de los trabajadores el gobierno crea nuevas leyes. Estas leyes tienden a crear inflexibilidad laboral, la cual es necesaria hasta cierto punto para proteger los derechos de los trabajadores. Sin embargo leyes que crean demasiada inflexibilidad laboral suelen tener efectos negativos para los mismos trabajadores que las leyes buscan proteger. Debemos reconocer que tanto los empleadores como los trabajadores velan por sus propios intereses. Al crear un mercado laboral más inflexible, estas leyes incrementan el costo de contratación para el empleador, lo cual tiene consecuencias que afectan el bienestar de los trabajadores.

La primera consecuencia de incrementar el costo de contratación para el empleador es que hay mayor desempleo. Los empleadores siguen contratando en un mercado laboral inflexible ya que los necesitan para producir. Sin embargo ya que el costo es más alto contratan menos de lo que contratarían si el mercado laboral fuese más flexible. El resultado es negativo para los trabajadores ya que en un mercado laboral inflexible algunos no podrán encontrar empleo.

La segunda consecuencia es la evasión de las obligaciones laborales. Como ya vimos, mayor inflexibilidad laboral lleva a mayor desempleo. De todas maneras las personas desempleadas necesitan recursos para sobrevivir, de tal manera

que busquen empleo ya sea de manera formal o informal. Aquellos trabajadores que encuentren trabajo de manera informal quedan desprotegidos, y sus derechos pueden ser vulnerados. Al mismo tiempo, como el costo de la contratación es más alto, el empleador prefiere emplear informalmente, conllevando al abuso laboral por parte del empleador.

Por lo tanto para proteger los derechos de los trabajadores y fomentar la creación de nuevos puestos de trabajo, considero que se debe incorporar a nuestra legislación nuevamente las figuras de la tercerización e intermediación laboral, tomando en cuenta los derechos de los trabajadores.

Antes de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 2166 en Ecuador no existía una clara distinción entre la figura de la tercerización e intermediación laboral, lo cual llevo a que empresas hagan mal uso de esta figura. Aprovechándose de la ambigüedad que existía en la ley tuvo como consecuencia la explotación laboral y la evasión de las obligaciones laborales. El Decreto Ejecutivo aclaró aquellos vacíos incorporando como se vio en el código de trabajo un capítulo que hablaba de la tercerización e intermediación laboral, por lo que considero que la eliminación de estas figuras a través del Mandato Constituyente No. 8 fue un tanto inconsistentes con el propósito que perseguían, siendo esta la recuperación de los derechos laborales, ya que a partir de este Decreto las empresas que brindaban los servicios complementarios, fueron legalmente constituidas y se hacía una clara distinción entre las dos figuras de tercerización e intermediación laboral, la misma ley no permitía que existiesen abusos.

Es primordial para que una sociedad respete aquellos derechos que se encuentran consagrados en un ordenamiento jurídico, que las leyes ejerzan autoridad a través del tiempo. La promulgación de una ley es de cumplimiento obligatorio e inmediato, pero cuando hay constantes cambios en la leyes existe inseguridad jurídica, ya que los sujetos no saben a que atenerse. Esta inseguridad jurídica lleva a que exista poco respeto por la ley. Por esto es necesario que en un ordenamiento jurídico se pueda restringir al gobierno en lo

que compete a la creación de nuevas leyes, que no vaya cambiando de acuerdo a su ideología, sino garantizando los derechos de los sujetos.

Frederic Bastiat, legislador francés de siglo XIX habla del gran problema cuando una Ley es corrompida por la autoridad y se aleja de su papel principal de brindar seguridad jurídica y salvaguardar los derechos de los sujetos:

“Por desgracia, es mucho de lo que falta para que la ley esté encuadrada dentro de su papel. Ni siquiera cuando se ha apartado de su misión, lo ha hecho solamente con fines inocuos y defendibles. Ha hecho algo aún peor: ha procedido en forma contraria a su propia finalidad; ha destruido su propia meta; se ha aplicado a aniquilar aquella justicia que debía hacer reinar, a avaluar, entre los derecho, aquellos límites que eran su misión hacer respetar; ha puesto la fuerza colectiva al servicio de quienes quieran explotar, sin riesgo y sin escrúpulos, la persona, la libertad o la propiedad ajenas; ha convertido la expoliación, para protegerla, en derecho y la legítima defensa en crimen, para castigarla...

...La ley se ha pervertido bajo la influencia de dos causas muy diferentes: el egoísmo carente de inteligencia y la falsa filantropía” (Bastiat, F., 2009, p. 11).

Una ley basada en principios, que no esté basada solamente en restringir las actuaciones de los sujetos sino restringir las actuaciones del gobierno. Establecer normas que limiten al gobierno, establecer aquellos parámetros de actuación del gobierno, es decir establecer lo que no puede hacer el gobierno. Estos principios deben ser sagrados y no deben cambiar de acuerdo a la ideología del gobierno de turno. El gobierno con su propia actuación da el ejemplo a la sociedad que las leyes se hicieron con un propósito, para obedecerlas y para que estas brinden seguridad jurídica a los sujetos.

Es necesario que los sujetos tengan plena seguridad en las leyes y que estas no desconozcan de aquellos actos que fueron celebrados conforme a ley. Como hemos podido analizar cuando se aplica la ley de manera retroactiva puede llegar a desconocer aquellos derechos y obligaciones que fueron adquiridos bajo la ley vigente en ese momento. Esto crea inseguridad jurídica

ya que los sujetos no saben si los derechos y obligaciones serán vulnerados y castigados en un futuro. Para que los sujetos puedan realizar actos con plena seguridad en su ordenamiento jurídico, el juez no debe aplicar la ley retroactivamente.

Con la aplicación de la ley de manera retroactiva los sujetos pueden verse atrapados entre dos situaciones. La primera situación es que los sujetos tengan miedo de celebrar actos jurídicos, ya que no saben si la ley va a cambiar, desconociendo aquellos derechos y obligaciones que fueron adquirieron con la ley vigente del momento. La segunda consecuencia es que los sujetos empiezan a evadir las obligaciones laborales, porque al no saber a qué atenerse es mejor para ellos funcionar de manera informal.

Por estas razones considero que la ley no debe ser aplicada de manera retroactiva, para lograr obtener aquellos objetivos que todo Estado desea establecer, el poder gozar de plena seguridad jurídica. Garantizado y reconociendo aquellos derechos y obligaciones que fueron adquiridos con la voluntad de los sujetos aplicando la ley vigente del momento.

REFERENCIAS.

- Aftalion, Enrique (1956). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Argentina.
- Agonizo, Adalberto (2004). *La Tercerización de los Conflictos*. Buenos Aires, Argentina: VII Encuentro Nacional de Estudios Estratégicos.
- Ávila, Humberto (2012). *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Barcelona, España.
- Bastiat, Frederic (2009). *La Ley*. Quito, Ecuador: Colección Libertad.
- Boletín del Programa de Políticas Públicas – Flacso (2008). *Actuar en Mundos Populares*. http://www.flacso.org.ec/docs/boletinpp_1_2.pdf.
- Cabanellas, Guillermo (2012). *Diccionarios Jurídicos Elemental*. Edición Heliasta: Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.
- Cabanellas, Guillermo (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta.
- Chabot de L'Allier, Georges (1829). *Cuestiones transitorias sobre el Código de Napoleón: en sus actos de autoridad y los derechos anteriores a su promulgación*. París, Francia.
- Coase, Ronald (1937). *The Nature of the Firm*. Colegio de Economía de Londres: Economía Contemporánea. Londres, Inglaterra.
- Colombia lidera la Tercerización de Servicios en América Latina (2010). http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2010/Octubre/Paginas/20101007_04.aspx
- Código Civil (2010). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de Colombia (2007). Decreto No. 3115

Constitución de la República del Ecuador (1945). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador (1979). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código de Trabajo (2007). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Declaración de los Derechos de Virginia (1776). Diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Declaración Francesa de los Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano (1789). Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948). Aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas en la Resolución 217 A (III).

Diccionario Jurídico. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>

Enciclopedia Jurídica Omeba (1962). Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

FEDEHUMANA: Federación de empresas de intermediación laboral, promoción de empleos y servicios complementarios, que agrupaba a todas las empresas formales que estaban incorporadas a las asociaciones ASECORP, ANESEP y ASEAUSTRO.

García, Florencio (1852). Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil. Madrid, España: Imprenta de la Sociedad Tipográfica.

Gidi, Antonio (2009). Concepto de Acción Colectiva. Quito, Ecuador: Editado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio y el Fondo para el Logro de los ODM.

Hawrylim, Marcelo R. (2012). Diario: El Sindical. Buenos Aires – Argentina. Noticia sacada del diario: El Sindical de <http://www.taringa.net/posts/noticias/2489842/La-tercerizaci-n-es-PRO.html>.

Heller, Vid (1985). Las Ideas Socialistas. Madrid, España: Volumen seleccionado y prologado por A. López Pina: Escritos Políticos.

Información, Comunicación y Entretenimiento (2009). Atracción “Nearshore” Latinoamérica, Destino Atractivo de la Tercerización Global KPMG Internacional.

Leibholz, Gerhard (1959). Igualdad ante la Ley. Munich, Berlín: Primera Edición (1925).

Ley Orgánica de la Función Ejecutiva (1989). Registro Oficial No. 245. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

Longo, Mario (1959). La Certeza de la Ley. Roma, Italia: Novisimo Digesto Italiano.

Machiavello, Nicolás (1971). El Príncipe Comentado por Napoleón Bonaparte. Madrid, España: Juan B. Bergua Imprenta Sáez.

Mandato Constituyente No. 8 (2008). Eliminación y Prohibición de la Tercerización, Intermediación Laboral, Contratación Laboral por horas y

cualquier forma de Precarización de las Relaciones de Trabajo. Suplemento del Registro Oficial 330.

Roja, Armando (2004). La Intermediación Laboral. Barranquilla, Colombia: Revista de Derecho, Universidad del Norte.

Rubinsztein, Gustavo (2012). Tercerización: Ventaja, Desventaja y Criterios para su adopción.

Páez, Andrés (2006). Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal.

Pérez, Antonio (1991). La Seguridad Jurídica. Barcelona, España.

Peso, Emilio del (2003). Manual de Outsourcing Informático. Ediciones Díaz de Santos: Análisis y Contratación.

Simoncelli, Vincenzo (1921). Instituciones del Derecho Privado Italiano. Roma, Italia.

Verdera, Beatriz (2006). La Irretroactividad: Problemática General. Madrid, España: Editorial Dykinson.