



USAID | **ECUADOR**
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Red Productiva

Propuesta para Reforma Jurídica sobre Aspectos Laborales

Fecha Agosto 2010

Esta publicación se produce para la revisión de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional

Fue preparada por *Francisco Díaz Garaycoa*.

**ELABORACIÓN DE PROPUESTAS
PARA REFORMA JURÍDICA SOBRE
ASPECTOS LABORALES**

Consultor

Dr. Francisco Díaz Garaycoa

QUITO – AGOSTO 2010

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRESENTACIÓN	- 5 -
1. NUEVAS MODALIDADES DE CONTRATOS INDIVIDUALES	- 7 -
1.1. Motivación	- 7 -
1.2. Propuestas	- 9 -
1.2.1. Primer empleo: (trabajo juvenil)	- 9 -
1.2.1.1. Reforma	- 10 -
1.2.1.2. Articulado	- 11 -
1.3. Trabajo en obra o servicio	- 12 -
1.3.1. Reforma	- 14 -
1.3.2. Articulado	- 14 -
1.4. Teletrabajo	- 15 -
1.4.1. Reforma	- 16 -
1.4.2. Articulado	- 16 -
1.5. Trabajo Compartido (Trabajo en fines de semana)	- 18 -
1.5.1. Reforma	- 20 -
1.5.2. Articulado	- 21 -
2. JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA	- 23 -
2.1. Motivación	- 23 -
2.2. Reforma	- 25 -
2.3. Articulado	- 27 -
3. COSTOS DE LA TERMINACIÓN CONTRACTUAL	- 30 -
3.1. Régimen indemnizatorio por despido intempestivo	- 30 -
3.1.1. Reforma	- 31 -
3.1.2. Articulado	- 32 -
3.2. El desahucio del trabajador	- 32 -
3.2.1. Reforma	- 33 -
3.2.2. Articulado	- 33 -
3.3. Liquidación de Empresas	- 33 -
3.3.1. Reforma	- 35 -
3.3.2. Articulado	- 35 -
4. JORNADA LABORAL FLEXIBLE	- 36 -
4.1. Motivación	- 36 -
4.2. Reforma	- 38 -
4.3. Articulado	- 39 -

ENTREGABLE No. 1 - 2

- **Documento explicativo y justificación técnico-jurídica de las reformas propuestas.**
- **Propuesta jurídica con reformas específicas a:**
 - Nuevas Modalidades de Contratos Individuales.
 - Jubilación Complementaria.
 - Costos de la terminación contractual.
 - Jornada Laboral Flexible.

PRESENTACIÓN

Emprender en una reforma laboral es tarea compleja y delicada. Su sola enunciación genera expectativas y reacciones encontradas en función de los intereses en juego y del alineamiento ideológico o político de los partícipes en el debate.

El Ecuador cuenta con un Código del Trabajo de corte protector de los trabajadores, reforzado por preceptos constitucionales que fijan el marco conceptual y, por la legislación internacional del trabajo que le sirve de inspiración y basamento.

En estas circunstancias la revisión parcial del Código del Trabajo solo debe obedecer a necesidades trascendentes de cambio o ajuste definidos y justificados. A través de ellos corresponderá introducir modificaciones en el texto legal que conduzcan a objetivos de importancia indiscutida para todos los sectores que participan en el quehacer laboral.

El Código del Trabajo del país ha experimentado varias reformas importantes a lo largo de los 72 años de vigencia, las cuales sirven para complementarlo con la incorporación de innovaciones exigidas por la dinámica que caracteriza las relaciones laborales. Esta constante actualización vuelve innecesarias las iniciativas para sustituir en su totalidad el Código actual por uno nuevo.

De allí que debemos inclinarnos por proponer reformas en aquellos Capítulos del Código que, la experiencia y el tiempo han puesto de manifiesto la necesidad de su revisión.

Nuevas modalidades de contratación individual para incentivar la creación de fuentes de trabajo; jornadas laborales adaptadas a la realidad del trabajo; régimen indemnizatorio justo en casos de terminación de la relación laboral; y, revisión de rezagos legales, como la llamada jubilación patronal para superar distorsiones reconocidamente perjudiciales para empleadores y trabajadores, son las propuestas de reformas que contiene el presente estudio, que se somete a consideración y análisis de las entidades promotoras de la consultoría a nuestro cargo.

1. NUEVAS MODALIDADES DE CONTRATOS INDIVIDUALES

1.1. Motivación

La Constitución de la República, aprobada en octubre del año 2008 prohibió toda forma de precarización y estableció que la relación laboral será bilateral y directa. De esta manera se pronunció a favor de la estabilidad en los puestos de trabajo, la cual, con carácter relativo, se encuentra reconocida y desarrollada en el Código del Trabajo vigente.

Sin perjuicio de las normas constitucionales y legales anteriormente referidas, la legislación laboral reconoce como válidas ciertas modalidades de contratos individuales que, por su naturaleza o por otros factores plenamente justificados, están exceptuadas de la estabilidad legal de un año y, por ende, concluyen por causas relacionadas con el objeto o circunstancia que determinaron su celebración y en plazos menores al año mínimo de estabilidad legal.

Entre esas modalidades se encuentran los contratos eventual, ocasionales y de temporada. También los de obra cierta y por tarea. Su aceptación y vigencia representa reconocer la necesidad de ciertas excepciones a la estabilidad legal mínima, para permitir que las actividades públicas y privadas puedan desenvolverse en un marco legal adecuado que, al tiempo que proteja al trabajador, permita que las fuerzas productivas contraten la mano de obra en los términos que correspondan, sin someterse a excesivas rigideces.

La dinámica propia de la producción recomienda dotar periódicamente a la legislación laboral de ciertos cambios que la actualicen y pongan a tono con las nuevas exigencias. Al igual que las actuales excepciones a la estabilidad legal, las reformas a proponerse deben obedecer a exigencias indiscutidas de las empresas y, encuadrarse en causas o motivos plenamente justificables.

En esa línea deberá prestarse especial atención a la generación de puestos ocupacionales para los contingentes de jóvenes que se incorporan periódicamente al mercado de trabajo. Facilitar su contratación ayudaría a resolver uno de los más delicados problemas de nuestra sociedad.

Igual preocupación deberá concederse a formas de contratación vinculadas con la tecnología informática, y la que regula el contrato laboral vinculado con la ejecución de obras civiles o servicios determinados.

Similar relevancia corresponde dar a la contratación para laborar los fines de semana y feriados, que concilia necesidades y oportunidades para aprovechar el tiempo disponible.

Por último, resulta necesario desarrollar la contratación a plazo fijo para así ampliar su aplicación.

Cabe añadir que, varios países de la región, han incorporado en sus textos legales modalidades contractuales como las que se enuncian más adelante.

1.2. Propuestas

Se recomienda incluir en el Código del Trabajo las siguientes modalidades contractuales:

- Primer empleo (trabajo juvenil);
- Participación en ejecución de obra o prestación de servicio determinados;
- Teletrabajo (variante del trabajo a domicilio);
- Trabajo Compartido: contratación fines de semana (actualización);
- Contrato a plazo fijo (ampliación y terminación anticipada).

1.2.1. Primer empleo: (trabajo juvenil)

Cada vez es mayor el contingente de jóvenes menores de 25 años que buscan incorporarse al mercado de trabajo en los sectores productivos. Las estadísticas oficiales colocan en más del 20% el índice de desempleo en este segmento de la PEA.

Distintos factores inciden en esta problemática, pero en especial se atribuye las dificultades a la falta de experiencia de los jóvenes en el mundo laboral y a la escasa formación profesional que acreditan. Las empresas encuentran poco atractivo contratarlos por la modalidad ordinaria, pues estiman insuficiente el período de prueba de hasta noventa días y la limitación porcentual que fija la ley para contratar nuevo personal.

Muchos de esos jóvenes se ven obligados a emigrar del país con las consecuencias negativas propias de esa decisión.

Para aliviar esta preocupante realidad, otros países de la región han introducido en su legislación laboral disposiciones especiales para la contratación de jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veinticinco años de edad, con el propósito de superar las reticencias de los potenciales empleadores.

Una medida en ese sentido es la ampliación hasta por tres años del contrato juvenil a plazo fijo, con una escala indemnizatoria distinta a la que se aplica en los contratos con trabajadores que superan la edad fijada o tuvieron una relación contractual anterior.

Con el mismo objetivo se eleva hasta ciento ochenta días el período inicial de prueba de este contrato, teniendo siempre en cuenta la inexperiencia laboral del joven contratado.

1.2.1.1. Reforma

Se propone incorporar al Código del Trabajo disposiciones que definan el contrato de trabajo de jóvenes y se establezcan los aspectos diferenciados de esta relación laboral, en particular los referentes a la duración del contrato a plazo fijo, el régimen indemnizatorio en caso de terminación anticipada del mismo, y el período de prueba.

En todo lo demás, el trabajador juvenil gozaría de los mismos derechos reconocidos a los trabajadores en general.

1.2.1.2. Articulado

Al Título III “De las Modalidades de Trabajo” agréguese al final el Capítulo VIII denominado “**Del Empleo Juvenil**”.

Art...- La contratación, por primera vez, de trabajadores comprendidos entre los dieciocho años y los veinticinco años de edad, se denominará Empleo Juvenil y estará sujeta a las disposiciones especiales del presente capítulo, y a falta de ellas, a las generales de este Código.

Art...- La contratación de jóvenes estará precedida necesariamente de la certificación conferida por el IESS sobre la no afiliación del trabajador bajo el régimen del seguro general obligatorio.

Ni la afiliación como aprendiz ni la de pasante afectan la contratación bajo este régimen especial.

Art...- Los contratos celebrados bajo régimen de empleo juvenil deberán registrarse de conformidad con el Art. 20 de este Código. Para el efecto, será requisito indispensable se acompañe la certificación del IESS referida en el artículo anterior.

Art...- En el empleo juvenil, el plazo de duración no será menor de un año, pudiendo prorrogarse mediante acuerdo escrito por períodos mayores o menores de un año hasta completar tres años improrrogables. Su

terminación deberá notificarse cuando menos con treinta días de anticipación al vencimiento del plazo original o de la última prórroga; de no hacérselo así se convertirá en contrato por tiempo indefinido.

Art...- Tanto el trabajador como el empleador podrán dar por terminado el contrato antes del plazo convenido.

La parte que lo hiciere, sin causa legal, pagará a la otra una indemnización equivalente al 25% de la remuneración total por todo el tiempo que faltare para la terminación del plazo pactado o de la prórroga acordada.

Art...- Al suscribir el contrato inicial, las partes podrán acordar un tiempo de prueba de duración máxima de ciento ochenta días, vencido el cual se entenderá que continúa por el tiempo que faltare para completar el plazo pactado.

Durante el plazo de prueba, cualquiera de las partes lo puede dar por terminado libremente.

1.3. Trabajo en obra o servicio

No obstante la generalizada aplicación en la práctica del contrato de trabajo para participar en la ejecución de una obra civil o en la prestación de un servicio, la legislación nacional no contiene

regulaciones expresas sobre dicha modalidad contractual, en la cual la vigencia del contrato de trabajo está relacionada directamente con la terminación total o parcial de la obra o servicio. En esta contratación la relación laboral es directa y bilateral. Esta modalidad es muy común en las obras civiles, pero también se aplica cuando una empresa, en cualquier actividad, tiene necesidad de realizar una obra determinada relacionada con su objeto social permanente u ordinario, o relativa a una circunstancia especial.

La legislación laboral ecuatoriana contempla el contrato por obra cierta⁽¹⁾, definiendo como tal aquel en el que el trabajador toma a su cargo la ejecución de una labor determinada por una remuneración que comprende la totalidad de la misma, sin tomar en consideración el tiempo que se invierta en ejecutarla. Este contrato corresponde más bien al que ejecuta en forma autónoma un artífice, que asume la responsabilidad total de la obra encargada.

En cambio, la propuesta que se presenta se refiere a la intervención de uno o varios trabajadores en labores diferentes dirigidas a la realización de una obra que se ejecuta con el aporte de todos ellos y por el pago de una remuneración diaria o mensual correspondiente a la jornada de trabajo.

En lo referente a las causas para la terminación del contrato individual, la ley laboral incluye entre ellas⁽²⁾ a la que se produce por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato, pero, como queda dicho anteriormente, la modalidad contractual no se encuentra definida de manera expresa en el mismo cuerpo legal.

⁽¹⁾ C. del Trabajo Art. 16 lit. a)

⁽²⁾ C. del Trabajo Art. 169 numeral 3

1.3.1. Reforma

Esta omisión debe subsanarse para de esa manera regularizar en debida forma la utilización de esta modalidad de contrato individual y, con ello, facilitar la contratación de importantes contingentes de trabajadores bajo reglas claras y definidas.

1.3.2. Articulado

Al Art. 14 después del literal g), agregar uno que diga así:

h) Trabajo para obra o servicio; y

El literal h), pasa a ser i).

A continuación del Art. 16, incluir uno que diga así:

Art...- Trabajo para obra o servicio: “Es aquel en el cual, mediante relación individual, el trabajador, junto con otro u otros trabajadores interviene en la ejecución total o parcial de una obra o en la prestación de un servicio, bajo la dependencia laboral y las órdenes de su empleador directo”.

“La duración de este contrato será convenida por las partes en relación con la participación total o parcial del trabajador en la ejecución de la obra o servicio a realizar”.

“Para la terminación del contrato se aplicará lo dispuesto en el Art. 170 de este Código”.

1.4. Teletrabajo

La utilización con fines laborales de la llamada Tecnología de la Información y Telecomunicaciones -TIC- constituye un avance significativo para la generación de empleo productivo, pues concilia el esfuerzo personal del trabajador con el aporte de la informática y otros elementos modernos de la comunicación.

A lo señalado debe añadirse como elemento diferenciador la ejecución de la labor fuera del lugar de trabajo habitual, esto es, en las instalaciones de la empresa empleadora.

La legislación nacional e internacional contempla tradicionalmente el llamado trabajo a domicilio, por el cual el trabajador ejecuta determinadas labores de orden material o manual por cuenta de establecimientos o empresas, en el lugar de la residencia del trabajador. Esta modalidad de trabajo no encaja en el nuevo concepto de ocupación en el cual la tarea puede realizarse en el domicilio del trabajador o en otro lugar distinto, y se cumple a través de directrices del empleador, pero con implementos de orden técnico que pueden o no ser de propiedad del propio trabajador.

En las últimas décadas la legislación de países de diferentes regiones ha incorporado la figura del Teletrabajo, como mecanismo que facilita el acceso al mercado laboral de personas que tienen

dificultades para trasladarse diariamente a las instalaciones del empleador, o de aquellas que desean compartir la jornada con otras actividades de orden personal. Las bondades de esta modalidad han sido recogidas por la legislación internacional del trabajo y son materia de estudio en distintos foros especializados.

Nuestro país requiere impulsar este mecanismo y remozar su legislación laboral en este campo. Por supuesto que será necesario estudios más profundos para que la adaptación encaje en la realidad laboral y social interna. De allí que al momento parecería suficiente una propuesta de orden general para estimular estudios más avanzados que permitan complementarla y asegurar éxito en su aplicación.

1.4.1. Reforma

Se propone incorporar en el Título III – De las Modalidades de Trabajo, a continuación del Capítulo II, uno que se denomine “Del Teletrabajo”, que contendrá las disposiciones para regular esta modalidad contractual.

1.4.2. Articulado

Art...- Teletrabajo: Se entiende por Teletrabajo, aquel en que el objeto del contrato es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en sitios ajenos al empleador mediante la utilización de

tecnología de la información y de las telecomunicaciones, independiente de quien proporcione el equipo y más elementos utilizados.

El objeto del contrato puede consistir en la ejecución de obras o prestación de servicios, a cambio de una remuneración, conforme a las especificaciones del empleador.

Art...- Denomínase Teletrabajador en relación de dependencia a la persona que realiza el Teletrabajo en los términos arriba señalados.

Art...- El contrato de Teletrabajo se celebrará por escrito y contendrá expreso señalamiento a esta modalidad y a las demás condiciones que pacten las partes.

Art...- El contrato de Teletrabajo estará sujeto a la estabilidad mínima fijada por el Art. 14 de este Código.

Los primeros ciento ochenta días del contrato, cuando se celebre por primera vez, serán considerados como período de prueba, durante el cual cualquiera de las partes podrá darlo por terminado libremente.

En el contrato de Teletrabajo se podrá convenir la jornada a tiempo parcial, de conformidad con el Art. 82 de este Código.

Art...- Corresponderá al empleador asumir los gastos de mantenimiento de los equipos utilizados por el trabajador

para la ejecución del contrato. Los cambios en dichos equipos serán acordados previamente por las partes.

Art...- El empleador estará facultado para aplicar sistemas de control a fin de verificar el cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones contractuales. Dicho control se efectuará sin afectar la privacidad del domicilio del trabajador en que se ejecuta el trabajo.

Art...- Toda transformación o modificación de las condiciones de prestación de servicios en Teletrabajo, o viceversa deberá contar con la conformidad por escrito del trabajador.

1.5. Trabajo Compartido (Trabajo en fines de semana)

En el año 1990, el Congreso Nacional expidió la Ley que regula, por una parte, el llamado Régimen de Maquila, y, por otra, el trabajo a tiempo parcial, conocido en la doctrina como “Trabajo Compartido”⁽³⁾, llamado así por permitir que un mismo puesto de trabajo sea ocupado por dos trabajadores en distintas jornadas de la semana.

La ley referida se encuentra en vigencia, pese a su escasa aplicación en la práctica en lo referente al trabajo compartido. Sin embargo, es sabido que las leyes no pierden vigencia total o parcial por desuso.

⁽³⁾ R. O. 493 30 agosto-1990

Para efecto del presente estudio nos referiremos exclusivamente a las regulaciones sobre el trabajo compartido, denominación que utilizaremos para evitar confusiones con la modalidad de trabajo parcial contemplada en el Código del Trabajo⁽⁴⁾ y en el Mandato Constituyente No. 8, del 30 de abril del 2008⁽⁵⁾.

La Ley define el contrato a tiempo parcial (trabajo compartido) como, **“la modalidad (...) mediante la cual un trabajador se obliga para con un empleador a prestar sus servicios lícitos y personales, durante los días sábados, domingos y de descanso obligatorio en jornadas completas o parciales”**.

Añade el texto legal citado (Art. 51) que estas jornadas se considerarán ordinarias, que los trabajadores gozarán de los derechos y garantías de los trabajadores en general, bajo el criterio de proporcionalidad, salvo la garantía de estabilidad.

También regula aspectos salariales, la duración de las jornadas de trabajo, el pago por horas suplementarias, la terminación anticipada, el derecho de asociación (Art. 52, 53, 60 y 61).

Entre las limitaciones a las que se sujeta la utilización de esta modalidad⁽⁶⁾ están la de contar con la negativa de los trabajadores ordinarios de la empresa para trabajar en los días de descanso referidos y la exigencia de tratarse de personas que no se encontraran laborando bajo el régimen de la jornada de cuarenta horas semanales, aquellas que se ocupan para esta modalidad (Arts. 54 y 57).

⁽⁴⁾ C. del Trabajo Art. 82

⁽⁵⁾ Art. 2 R. O. Suplemento 330 6 mayo 2008

⁽⁶⁾ Arts. 54 y 57 R.O. 493 30 agosto 1990

Cabe recordar que, la reforma legal en cuestión contiene una respuesta novedosa para aliviar en parte los efectos que en el funcionamiento de las empresas tuvo la reducción de cuarenta y cuatro a cuarenta horas de la semana laboral, aprobada en 1980, con la cual se prohibió el trabajo de la media jornada de los días sábados, reducción que colocaba a nuestro país en franca desventaja en materia de producción y de costos de mano de obra frente a la generalidad de los países de América Latina e incluso de muchos de Europa, situación que se mantiene con pocas variaciones hasta nuestros días.

Pese a su indudable validez, el trabajo compartido no fue recibido con entusiasmo por empleadores y trabajadores, circunstancia que posiblemente se debía a dificultades para adaptar las estructuras empresariales al nuevo régimen y a la resistencia de cierta burocracia proclive a oponerse a toda innovación y consideren un retroceso social. Al efecto, baste citar que la regulación para afiliar a estos trabajadores a la seguridad social tardó más de un año en expedirse. También puede atribuirse la falta de aplicación al escaso desarrollo que entonces tenían los grandes centros comerciales, así como las empresas de servicios. Lo cierto es que pese a sus bondades la reforma ha permanecido en inexplicable desuso hasta hoy.

1.5.1. Reforma

Con los cambios ocurridos durante estas dos décadas en el mercado de trabajo, se justifica impulsar la aplicación de esta modalidad, a fin de estimular la generación de nuevos puestos de

trabajo en los sectores productivos y de servicios, que requieran mantenerse en funcionamiento sin interrupciones.

En la práctica se trata de complementar la propuesta de trabajo a tiempo parcial contenida en el Código Laboral y en el Mandato Constituyente No. 8, a través de esta variable que encajaría perfectamente en los lineamientos laborales de la nueva Constitución de la República.

Será necesario ajustar y hacer ciertos cambios en el texto legal a fin de adaptarlo a la terminología en actual uso. Se requerirá, así mismo, incorporar el articulado de la Ley No. 90 al Código del Trabajo, para facilitar su aplicación y mejor conocimiento.

1.5.2. Articulado

Se incorpora al Código del Trabajo el texto del Título II de la Ley No. 90, relativo al Trabajo a Tiempo Parcial. Esta incorporación se realizará a continuación del Art. 82 de dicho Código.

Se sustituye el Art. 50 de la Ley No. 90 por el siguiente:

Art.-... La contratación a tiempo parcial cuando se celebre para laborar los días sábados, domingos y de descanso obligatorio, en jornadas completas o parciales se denominará "Trabajo a Tiempo Parcial en Fines de Semana".

Art.-... En el Art. 55 donde dice “Contrato a Tiempo Parcial”, añádase en fines de semana, no menor de cuatro horas por día.

Art.-... En el Art. 60 donde dice “Art. 171 y 172 del Código del Trabajo”, poner artículo 172 y 173 del Código del Trabajo.

2. JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA

2.1. Motivación

A lo largo de las últimas cinco décadas, el mundo laboral ecuatoriano ha vivido interminables debates sobre la procedencia o improcedencia de la jubilación a cargo del empleador o jubilación patronal, contemplada en el Código del Trabajo⁽⁷⁾.

Pese a la aplicación generalizada de la jubilación por vejez que la Ley de Seguridad Social⁽⁸⁾ reconoce a los afiliados al IESS que acreditaran por lo menos sesenta años de edad y treinta años de aportaciones, la ley laboral mantiene una jubilación paralela a favor de aquellos que sin un mínimo de edad, justifiquen laborar 25 años o más para el mismo empleador.

Esta dualidad de prestaciones se explicaba en los años inmediatos a la vigencia del Código del Trabajo y a la creación casi simultánea de las instituciones de la seguridad social en el país, pues de esa manera aquellos trabajadores que por falta de suficientes cotizaciones a la seguridad social llegaren a la edad límite de jubilación sin poder acogerse, pudieren optar por recibir exclusivamente la pensión jubilar que les reconocía la ley laboral, a cargo de su empleador. De esa forma ese grupo de trabajadores quedaban protegidos al momento de terminar su vida laboral activa. Se trataba, sin duda, de una situación transitoria que dejaría de justificarse cuando en razón de la afiliación obligatoria y la acumulación de aportaciones a la seguridad social, la totalidad de

⁽⁷⁾ C. del Trabajo Art. 216

⁽⁸⁾ Art. 174

los trabajadores tuvieran acceso a la prestación jubilar que brinda la entidad especializada.

Inexplicablemente, discusiones bizantinas, con argumentaciones de corte reivindicativo y político, mantuvieron vigente las disposiciones legales sobre la llamada jubilación patronal, causando con ella distorsiones y perjuicios tanto a empleadores como a trabajadores.

Tan cierta es la superposición e interdependencia entre ambas jubilaciones que la propia ley laboral reconoce al empleador obligado a jubilar el derecho para que, del fondo de jubilación formado para fijar la pensión jubilar patronal se les rebaje la suma total que hubiere depositado en el IESS en concepto de aporte empleador o por fondo de reserva del mismo⁽⁹⁾.

De esa forma, el fondo de jubilación queda reducido y la pensión se vuelve insignificante, lo cual a su vez ha obligado a fijar, mediante sucesivas reformas legales, valores mínimos para esta prestación. Ello pone de manifiesto también la escasa incidencia económica del beneficio, así como su carácter meramente residual.

Es precisamente la práctica de ajustar la pensión patronal en forma periódica, la que genera mayor incertidumbre y provoca resistencia en los empleadores y preocupación en los trabajadores supuestamente beneficiarios. En los primeros por no conocer a ciencia cierta el alcance de una obligación económica que les alcanza en forma personal, por la solidaridad que la ley les impone para su cumplimiento; en los segundos, porque les provoca inestabilidad laboral a medida que acumulan años de servicios al

⁽⁹⁾ C. del Trabajo Art. 216 regla cuarta

mismo empleador y con ellos tienen más cercana la oportunidad de acogerse al beneficio.

De esta forma la doble jubilación en los términos referidos conspiran contra la estabilidad en el empleo que promueve el Estado, lesiona el derecho del empleador a no ser obligado a cubrir una prestación para la cual ha realizado aportaciones a la Seguridad Social, a fin de que le sustituya como obligado, afecta la competitividad del país, pues le vuelve menos atractivo frente a sus competidores de la región, por mantener costos que no tienen equivalencia para sus competidores.

Por último, resulta inexplicable que, mientras la Constitución Política de la República establece una expresa prohibición para la privatización de la Seguridad Social⁽¹⁰⁾, la legislación secundaria mantenga un resabio de jubilación, a cargo de los empleadores privados, en clara contravención a la norma constitucional.

2.2. Reforma

Por tanto, ha llegado el momento de enfrentar el problema para encontrarle una solución realista que despeje definitivamente las incertidumbres y los vicios de legalidad existentes. Para ello es necesario proponer una fórmula que traslade la llamada Jubilación Patronal a la Seguridad Social, mediante una reforma legal que, al tiempo que conserva el derecho a una jubilación adicional o complementaria a la que reconoce el IESS, universaliza el beneficio a favor de todos los trabajadores afiliados al IESS, sin relación con

⁽¹⁰⁾ Art. 367 R.O. 449 20 octubre 2008

un empleador determinado, armoniza los requisitos para acceder a ella con los exigidos por la seguridad social, mantiene la obligación de los empleadores de contribuir a su financiamiento, libera a los trabajadores de la incertidumbre de perder el puesto de trabajo y a los empleadores de asumir personalmente y a perpetuidad la obligación por su carácter solidario, y, radica en el IESS la administración y servicio de la prestación, conforme ordena la Constitución de la República.

Se trata de una propuesta atrevida, en la medida que rompe parcialmente el tradicional sistema de reparto que, en materia de pensiones, caracteriza a la seguridad social ecuatoriana, el cual se mantiene invariable pese a las graves deficiencias que presenta y el preocupante déficit actuarial que arrastra.

Cuando recientes reformas legales han terminado virtualmente con el ahorro forzoso representado por el Fondo de Reserva y, cuando se cuestionan por insuficientes las pensiones jubilares y sus ajustes periódicos, esta propuesta será una contribución positiva para emprender en la revisión del sistema de pensiones del Ecuador, para conducirlo por derroteros más seguros y justos, tanto para los jubilados como para los actuales y futuros trabajadores, que al finalizar sus vidas activas de trabajo dependerán inexorablemente del ahorro acumulado para el pago de mejores y más seguras pensiones.

2.3. Articulado

Sustitúyase íntegramente los artículos contenidos en el párrafo 3^a del Capítulo XI del Título I del Código del Trabajo, por los siguientes:

Parágrafo 3º

De la Jubilación Complementaria

Art-... Además de la jubilación por vejez o por edad que reconoce el IESS, los trabajadores tendrán derecho a recibir un fondo global acumulado de carácter individual de ahorro forzoso, que se formará con la contribución obligatoria de su empleador o empleadores, la cual será depositada por estos en cuentas individuales en el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y solo podrá ser retirada por el titular cuando el trabajador sea jubilado por el IESS, por vejez o por invalidez total.

Art-... Los empleadores depositarán anualmente al Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a nombre de cada uno de sus trabajadores, una suma equivalente a un Salario Básico Unificado mensual, vigente en el año que correspondiere a la aportación. El depósito se hará por cada año calendario de servicios del trabajador, o por la fracción de año que correspondiere al tiempo trabajado en el mismo.

El depósito se realizará hasta el día treinta del mes de enero del año inmediato posterior al que corresponda la obligación. Con el pago se extingue la obligación del empleador.

Art-... La jubilación complementaria formará parte del derecho del trabajador a recibir la prestación de jubilación por parte del IESS, entidad a la cual le corresponderá vigilar la correcta inversión de los recursos por parte del depositario.

Art-... En caso de fallecimiento del trabajador titular de una cuenta de ahorro jubilar, el derecho a la misma corresponderá a sus herederos conforme las normas legales pertinentes.

Art-... El Banco del Seguro Social Ecuatoriano efectuará la inversión de los valores depositados en las cuentas individuales y estará sujeto a las responsabilidades legales por las operaciones que realizará para el efecto.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

Primera: Los trabajadores que, con anterioridad a la vigencia de esta ley reformativa acrediten períodos de antigüedad para sus actuales empleadores, tendrá derecho a solicitar que éstos depositen en sus cuentas personales en el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social la reserva actuarial acumulada correspondiente al periodo de antigüedad personal acumulada, con el límite

de un SBU vigente por cada uno de los años de servicios. Igual obligación tendrán los empleadores que no hubieran realizado reservas contables por este concepto.

Segunda: El empleador deberá cumplir el depósito de los valores indicados en la transitoria anterior, en el plazo de doce meses, a contarse desde el requerimiento del trabajador o del IESS.

3. COSTOS DE LA TERMINACIÓN CONTRACTUAL

3.1. Régimen indemnizatorio por despido intempestivo

A más de la incidencia que la estabilidad tiene en el empleo, existe otro elemento conexo de gran importancia por la incidencia que pudiera tener en la creación de puestos de trabajo, el cual tiene directa vinculación con los costos que la terminación unilateral del contrato de trabajo representa para el empleador.

No cabe discutir que el rompimiento del contrato en forma unilateral e injustificada deberá causar algún efecto legal para quien lo provoca, que estará obligado a reparar el daño provocado.

Según la legislación laboral ecuatoriana, dicha reparación se traduce en el pago de indemnizaciones económicas al afectado, las cuales son calculadas en función de la antigüedad del trabajador y de la última remuneración por éste percibida.

La ley nacional⁽¹¹⁾ contempla una escala que reconoce como indemnización el valor equivalente a un mes de la última remuneración mensual multiplicado por cada año de servicios para la empresa o empleador, con un límite de 25 meses.

Sin embargo, sin justificación alguna, la escala reconoce tres meses de remuneración a quienes acreditaran hasta tres años de servicios. Este valor se convierte en indemnización mínima y

⁽¹¹⁾ C. del Trabajo Art. 188

representa una discriminación de trato entre trabajadores afectados por la misma causa.

Sin duda la distorsión afecta las políticas de promoción de empleo productivo y requiere ser enmendada, a fin de eliminarla de la escala indemnizatoria.

Por otra parte, la legislación laboral⁽¹²⁾ también reconoce en favor del trabajador despedido el derecho a recibir la llamada bonificación por desahucio, equivalente al 25% de la última remuneración por cada año de servicios. De esta forma el costo del despido se encarece en la cuata parte, lo cual coloca al Ecuador en clara desventaja competitiva frente a los demás países de la región, en particular las de Colombia, Perú y Chile, las cuales no consideran esta bonificación adicional.

Sin perjuicio del mayor costo económico, resulta innegable que la imposición de esta obligación adicional carece de justificación, pues se trata de un beneficio vinculado con la terminación contractual precedida del aviso o anticipación por parte del empleador, cosa que no ocurre en el caso de despido. Vincular ambos efectos económicos para el caso del despido es claramente injustificado.

3.1.1. Reforma

Por lo dicho, procede incorporar reformas legales que evite la distorsión existente en la base de la escala para el cálculo de las

⁽¹²⁾ C. del Trabajo Art. 188 párrafo 5

indemnizaciones por despido; suprima para el despido el pago adicional de la bonificación por desahucio; y, elimine el pago de la bonificación en caso de desahucio notificado por el trabajador.

3.1.2. Articulado

Art...- Sustitúyase el primer párrafo del Art. 188, por el siguiente:

Art.- 188.- Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.

Art...- Suprímense los párrafos segundo y tercero del Art. 188.

Art...- En el párrafo quinto del Art. 188, después de “despido”, sustituir la coma (,) por punto aparte (.) y, suprímase el resto del texto de este párrafo.

3.2. El desahucio del trabajador

El desahucio o preaviso también provoca otras distorsiones que afectan las políticas de empleo, por su incidencia en los costos por la terminación contractual. Tal es el caso la obligación impuesta al empleador de cancelar la bonificación del 25% de la última

remuneración mensual a favor del trabajador que, por propia iniciativa decide separarse y comunica el particular al empleador. De esa forma se sanciona económicamente a la parte contractual que resulta afectada por el desahucio, pues pierde un trabajador y, además debe bonificarle. Además el empleador deberá realizar reservas contables para cubrir los pagos eventuales por desahucio de todo su personal, con lo cual se encarece en general el costo laboral.

3.2.1. Reforma

Por lo dicho, aparece enteramente justificada una reforma que elimine el pago de bonificación por desahucio en caso de preaviso por iniciativa del trabajador.

3.2.2. Articulado

Art. ...- Bonificación por desahucio.- Del texto del Art. 185, suprimanse las palabras “o por el trabajador “

3.3. Liquidación de Empresas

Entre las reformas incorporadas en 1991 al Código del Trabajo⁽¹³⁾ de manera inexplicable se incluyó una por la cual se establece que

⁽¹³⁾ C. del Trabajo Art. 193

la terminación de la relación laboral a consecuencia de la liquidación de la empresa o negocio, cualquiera sea la causa, obliga al empleador a pagar a los trabajadores cesantes las mismas indemnizaciones que por despido intempestivo⁽¹⁴⁾; es decir, deberá aplicar la escala que relaciona antigüedad con última remuneración y, además deberá cancelar la bonificación por desahucio.

De esta forma se penaliza injustamente a quienes asumieron el riesgo de emprender en actividades productivas y, por razones seguramente ajenas a su voluntad, se ven obligados a cerrar definitivamente la empresa o negocio.

Si bien los trabajadores pierden en este caso los puestos de trabajo, la causa de esa situación no obedece a una decisión arbitraria del empleador, como ocurre en el despido intempestivo, sino a motivaciones insalvables que afectan principalmente al empleador, quien pierde la inversión efectuada y queda sin actividad y sin ingresos.

Entonces, resulta injustificado y altamente injusto que se castigue al empresario con obligaciones económicas que corresponden - como queda dicho- a circunstancias diferentes, como son el despido arbitrario y la terminación por liquidación, las cuales fueron asimiladas por una reforma legal enteramente perjudicial, pues desalienta a los inversionistas que sienten la amenaza de sanciones como la señalada.

⁽¹⁴⁾ C. del Trabajo Art. 188

3.3.1. Reforma

Parecería que lo indicado en este caso es que, los trabajadores cesantes sean atendidos por la seguridad social, tanto con la entrega de sus fondos de cesantía, como con la prestación por desempleo incorporada como obligatoria en la nueva Constitución Política⁽¹⁵⁾.

3.3.2. Articulado

Art... Sustituyese íntegramente el párrafo segundo del Art. 193, por el siguiente:

“Los trabajadores cesantes por esta causa tendrán derecho a percibir del IESS la prestación por desempleo prevista en el Art. 369 de la Constitución de la República, sin perjuicio de recibir la correspondiente a cesantía. Además, el empleador le reconocerá la bonificación por desahucio en los términos del artículo 185 de este Código”.

⁽¹⁵⁾ Art. 369 R.O. 449 20 octubre 2008

4. JORNADA LABORAL FLEXIBLE

4.1. Motivación

El carácter protector de la legislación laboral ecuatoriana, garantizado por la Constitución de la República, contiene aspectos que aparecen como sobre regulados, esto es que a través de prohibiciones, limitaciones y amenazas de sanciones se afecta de manera grave al carácter contractual de la relación de trabajo y, con ello se atenta contra el desenvolvimiento de las actividades productivas y las posibilidades de generación de puestos de trabajo.

Esta sobre regulación se manifiesta muy especialmente en las jornadas laborales, tanto la semanal como la diaria, las cuales están sujetas a excesivas rigideces que impiden la adaptación de las regulaciones legales a la realidad y a los cambios que se producen en la dinámica empresarial.

En efecto, nuestra legislación contempla como regla general la jornada máxima de ocho horas diarias y la división en cinco jornadas, de lunes a viernes, de las cuarenta horas semanales, lo cual coloca a los empleadores ante la imposibilidad de redistribuir las horas de trabajo y con ello atender requerimientos que son propios de ciertas actividades económicas.

Es cierto que la legislación universal fija en ocho horas diarias la jornada ordinaria; sin embargo, la misma legislación contempla la posibilidad de laborar un número determinado de horas

suplementarias en el día y en la semana. Sin embargo, el trabajo adicional está sujeto al cumplimiento previo de acuerdos y autorizaciones, que dificultan su aplicación aún cuando se reconoce el pago de un recargo salarial.

De manera que, laborar horas adicionales no representa necesariamente transgredir las garantías y la protección del trabajador. Siendo así, resultaría procedente cambios legislativos que permitan al empleador distribuir las cuarenta horas ordinarias semanales de forma que, sin elevar dicha cifra total, pueda distribuírselas en menos o más días semanales de trabajo ordinario.

Así, elevar de ocho a diez las horas ordinarias de trabajo diario, representaría reducir a cuatro días la semana laboral, con lo cual el trabajador tendrá derecho a tres días continuos de descanso. A su vez, el empleador que aplique este cambio podrá utilizar otros trabajadores, contratados a tiempo parcial para que laboren en forma ordinaria el quinto día laborable de la semana, y de ser necesario, también los días sábados y domingos.

En este caso, los trabajadores que laboraron jornadas de diez horas durante cuatro días, no podrán ser llamados por su mismo empleador para trabajar tiempo extraordinario durante los tres días de descanso obligatorio a que son acreedores.

De esta forma se alcanzaría un doble objetivo favorable; por una parte, la posibilidad de crear nuevas plazas de trabajo y, por otra, mejorar la productividad de la empresa y su competitividad interna y externa. Todo ello, sin afectar derechos ni garantías laborales.

Con igual propósito resultaría procedente, por ejemplo, que las cuarenta horas semanales ordinarias puedan ser distribuidas por el empleador en seis jornadas continuas en lugar de las cinco corrientes, reduciendo para el efecto el número de horas ordinarias por día y asignando el saldo hasta completar cuarenta horas a una sexta jornada laborable de no más de cinco horas, las cuales tendrían el carácter de ordinarias.

De esa forma muchas actividades productivas y de servicios, tanto en la ciudad como en el campo podrían asegurar debidamente la atención de sus propias necesidades. Es conocida la existencia de actividades agrícolas e industriales dirigidas a la exportación, como la floricultura, el procesamiento de productos del mar, el comercio en grandes superficies, entre otras, que necesitan ser atendidas sin interrupciones prolongadas como las que impone la actual legislación, o sin tener que acudir al pago de recargos salariales que encarecen sus costos y afecta la competitividad de sus productos en los mercados externos.

4.2. Reforma

Se propone incorporar a la legislación laboral disposiciones que faciliten una mejor distribución de las horas de trabajo, sin afectar con ello la normatividad vigente y el régimen de protección a los trabajadores. De esa forma se busca aliviar los efectos negativos de la asimetría que en materia de horas semanales de trabajo presenta la legislación nacional en relación a las de sus competidores de la región, muchos de los cuales, a pesar de contemplar desde hace muchos años la semana laboral de cuarenta

y ocho y/o de cuarenta y cuatro horas, tienen ya incorporadas jornadas flexibles similares a las que aquí se propone.

La reforma será aplicada dentro de un marco legal que fije con claridad los requisitos y presupuestos que deban cumplirse, sin dejar abierta la posibilidad de excesos o discrecionalidades que puedan afectar a los trabajadores.

4.3. Articulado

Art. Jornada Ampliada:- A continuación del Art. 48 agréguese los siguientes:

Art...- El empleador podrá disponer que las cuarenta horas semanales, sean laboradas en cuatro jornadas ampliadas sucesivas de 10 horas cada una, todas las cuales se considerarán como ordinarias. Esta jornada ampliada solo se aplicará para el trabajo diurno. En este caso los trabajadores tendrán derecho a gozar de tres días de descanso remunerado en la semana incluyendo el forzoso previsto en el Art. 53.

Art...- Los trabajadores que laboren en jornadas de diez horas diarias, no podrán ser llamados a trabajar, además, horas suplementarias en los mismos días laborables.

Durante los días de descanso semanal los trabajadores, el empleador podrá contratar otros trabajadores bajo

régimen de trabajo a tiempo parcial u otras modalidades autorizadas por la ley.

Art...- El establecimiento de este régimen se hará previa autorización escrita del Inspector del Trabajo. Su aplicación será por los períodos determinados en la autorización y no podrá ser inferior a seis meses. Esta jornada no se aplicará al trabajo de menores de dieciocho años.

A continuación del Art. 51, agréguese los siguientes:

Art...- Semana laboral especial: Previa autorización escrita de la Inspección del Trabajo, el empleador podrá disponer que las cuarenta horas semanales de trabajo las cumplan todos los trabajadores en seis jornadas sucesivas. En las cinco primeras se laborará por períodos de siete horas, y en la sexta por cinco horas continuas. Todas las horas serán consideradas como ordinarias.

En este caso, el descanso forzoso comprenderá un mínimo de cuarenta y tres horas consecutivas.

Art...- La semana laboral especial podrá ser utilizada únicamente en actividades que justificaran como la floricultura, el faenamiento y procesamiento de productos del mar y el comercio de grandes superficies como supermercados y centros comerciales, la hotelería y el turismo y otras similares que sean

determinadas mediante reglamento por el Ministerio de Relaciones Laborales.

La semana laboral especial no se aplicará al trabajo de menores de dieciocho años.