

## Reformas en lo laboral y la seguridad social ¿Qué se hizo y qué falta?

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

*Elisa Lanas Medina*

**Particularidades del procedimiento laboral en el contexto  
del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)**

*Dana Abad Arévalo*

**Reflexiones sobre el arbitraje como mecanismo alternativo  
para la solución de conflictos individuales de trabajo**

*María Elena Jara Vásquez*

**Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso  
laboral en Ecuador: la experiencia de la Ley 1010  
de 2006 en Colombia**

*Lina Parra Cortés*

**Prevención de riesgos laborales y trabajadores  
especialmente sensibles**

*Elisa Sierra Hernáiz*

**La seguridad social en Ecuador: un necesario  
cambio de paradigmas**

*Angélica Porras Velasco*

Revista del Área de Derecho  
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR  
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2015 • Número 24

*FORO: revista de derecho* recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

**DIRECTOR DEL ÁREA:** Dr. César Montaña Galarza.

**EDITOR DE LA REVISTA:** Dr. Ernesto Albán Gómez.

**COMITÉ EDITORIAL:** Dr. Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Dr. Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Dr. Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Dr. Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. José Vicente Troya (+) (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

**COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL:** Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Dr. Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Dr. Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Dra. Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Dr. Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Dra. Rosario Valpuesta (+) (Universidad Pablo de Olavide), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

**COORDINADORA DEL NÚMERO:** Dra. Elisa Lanas.

**COORDINADORA EDITORIAL:** Lcda. María José Ibarra González.

**SUPERVISOR EDITORIAL:** Jorge Ortega.

**CORRECCIÓN:** Fernando Balseca.

**DIAGRAMACIÓN:** Sonia Hidrobo.

**CUBIERTA:** Raúl Yépez.

**IMPRESIÓN:** Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.



*FORO* aparece en los índices *LATINDEX*, *Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, y *PRISMA, Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas*.

*FORO* es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

# FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /  
Corporación Editora Nacional  
No. 24 • II semestre 2015

	Editorial <i>Elisa Lanas Medina</i>	3
<b>TEMA CENTRAL</b>	<b>REFORMAS EN LO LABORAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL ¿Qué se hizo y qué falta?</b>	
	<b>PRIMERA PARTE</b>	
	Reformas al Código del Trabajo introducidas por la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar <i>Elisa Lanas Medina</i>	5
	Particularidades del procedimiento laboral en el contexto del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) <i>Dana Abad Arévalo</i>	23
	Reflexiones sobre el arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de conflictos individuales de trabajo <i>María Elena Jara Vásquez</i>	39
	<b>SEGUNDA PARTE</b>	
	Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso laboral en Ecuador: la experiencia de la Ley 1010 de 2006 en Colombia <i>Lina Victoria Parra Cortés</i>	51
	Prevención de riesgos laborales y trabajadores especialmente sensibles <i>Elisa Sierra Hernáiz</i>	73
	La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas <i>Angélica Porras Velasco</i>	89
<b>RECENSIONES</b>	Jaime Heli Pirela León, <i>EL CONFLICTO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO. ESTUDIO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y VENEZUELA</i> , por Mariohr Pacheco Sotillo	117
<b>JURISPRUDENCIA</b>	Análisis de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia.- Sala Laboral.- Juicio laboral No. 902-2011 sobre recurso de casación <i>Medardo Urquiza Guevara</i>	121
	Análisis de la sentencia No. 077-13-sep-cc. Caso No. 0080-10-ep. Sobre la inconstitucionalidad de la reducción del monto de la pensión jubilar patronal <i>Jennifer Cevallos Zambrano</i>	129
	Colaboradores	139
	Normas para colaboradores	141

# FORO

## Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /  
Corporación Editora Nacional  
No. 24 • II semestre 2015

	Preface <i>Elisa Lanas Medina</i>	3
<b>MAIN THEME</b>	<b>REFORMS ON LABOR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW</b> <b>What was done and what is missing?</b>	
	<b>FIRST PART</b>	
	Amendments to the Working Code made by the Law of Labor Justice, and Recognition of the Work at Home <i>Elisa Lanas Medina</i>	5
	Particularities of the labor procedure in the context of the General Organic Code of the Procedures (GOCP) <i>Dana Abad Arévalo</i>	23
	Reflections on arbitration as mechanism to solve labor disputes <i>María Elena Jara Vásquez</i>	39
	<b>SECOND PART</b>	
	Contributions for the development of legislation about workplace bullying in Ecuador: the experience of Law No. 1010 of 2006 in Colombia <i>Lina Victoria Parra Cortés</i>	51
	Prevention of occupational risks and especially sensitive employees <i>Elisa Sierra Hernández</i>	73
	Social security in Ecuador: a necessary change of paradigms <i>Angélica Porras Velasco</i>	89
<b>REVIEWS</b>	Jaime Heli Pirela León, <i>THE INTERNATIONAL CONFLICT OF THE INDIVIDUAL LABOR LAW. COMPARATIVE STUDY BETWEEN SPAIN AND VENEZUELA,</i> by <i>Mariohr Pacheco Sotillo</i>	117
<b>CASE LAW</b>	Analysis of the National Court of Justice judgment. Labor chamber. Labor lawsuit No. 902-2011, cassation appeal <i>Medardo Urquiza Guevara</i>	121
	Analysis of the Constitutional Court judgment, No. 077-13-SEP-CC. Case No. 0080-10-EP. Unconstitutionality of the reduction of the retirement pension granted by the employer <i>Jennifer Cevallos Zambrano</i>	129
	Collaborators	139
	Rules for Collaborators	141

## Editorial

*En esta oportunidad, la revista jurídica Foro está dedicada a las reformas realizadas y pendientes en materias laboral, procesal laboral y de seguridad social. Con ese propósito, el presente número consta de dos partes, la primera, recoge dos importantes reformas incorporadas a la relación laboral y al proceso laboral individual. La segunda, analiza la necesidad de emprender reformas que incorporen instituciones al Código del Trabajo, y una de gran calado, relativa a la seguridad social.*

*En ese orden de ideas, el artículo de Elisa Lanas revisa las principales reformas introducidas en la relación laboral por la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; que modificó también la Ley General de Seguridad Social, la Ley Orgánica de Servicio Público y la Ley Orgánica de Empresas Públicas. El estudio revisa la implicación de la implementación del contrato indefinido como contrato tipo, así como la creación del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio; analiza también las figuras del despido ineficaz y despido discriminatorio, para finalizar con la revisión de las principales afectaciones a los derechos económicos de los trabajadores, como la limitación a la percepción de utilidades y a las brechas remunerativas, así como la mensualización de los beneficios extrasalariales.*

*Por su parte, en su artículo dedicado al estudio de la implementación del COGEP, Dana Abad analiza los cambios que se han generado en el procedimiento sumario para las causas laborales: uno de los más importantes es que en la primera instancia estas causas se tramitan en una sola audiencia en la que no solo se debe sanear el procedimiento, sino que también se efectúan las pruebas y se dicta sentencia, remarcando el estudio las principales desventajas que en la práctica conlleva el haber optado por un procedimiento no siempre adecuado para los juicios laborales, principalmente por la complejidad de algunos casos.*

*El artículo de María Elena Jara también aborda un ámbito predominantemente procesal: el relativo al arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de conflictos individuales de trabajo, y, en tal sentido, propone la necesidad de que se generen reglas específicas para este tipo de arbitrajes a fin de precautelarse el acceso a la justicia de los trabajadores.*

*Por las características de la relación laboral, que se desarrolla en condiciones especiales y de forma continua, es necesario atender varios requerimientos para que dicha relación no ponga en peligro la salud, la seguridad y la dignidad del trabaja-*

*dor. En ese sentido, conceptos como el de acoso laboral o el de trabajador especialmente sensible deben ser incorporados en la legislación laboral ecuatoriana. A eso apuntan los dos primeros artículos de la segunda parte de este número de la revista.*

*Lina Parra nos brinda una visión comparada del concepto y tratamiento del acoso laboral o mobbing, al demostrar que varios países han legislado para prevenirlo y afrontar jurídicamente los conflictos laborales que suscita. Con ese antecedente, nos ofrece el tratamiento que la legislación colombiana le ha dado, con el objeto de generar un necesario debate en Ecuador, en vista de que el país tiene algunas normas de protección pero no cuenta con una ley específica sobre el tema.*

*Por su parte, Elisa Sierra nos invita a reflexionar sobre uno de los mayores retos que se plantea en la normativa preventiva, que es la inclusión de trabajadores que, debido a circunstancias subjetivas, presentan una especial sensibilidad a los riesgos laborales, fundamentalmente por los problemas de identificación que plantea, por lo que su delimitación conceptual se hace indispensable. Para ello se hace un repaso del derecho comunitario europeo y español en la materia y plantea su posible transposición al derecho comunitario andino para poner de relieve la importancia de este tema dentro de las políticas de prevención de riesgos laborales del país.*

*Finalmente, Angélica Porras demuestra el tránsito que ha tenido la seguridad social desde el mutualismo impulsado por los propios trabajadores hasta los seguros sociales obligatorios y los servicios universales garantizados por el Estado, tradiciones que se concretaron en dos modelos: el inspirado en Beveridge y el Bismarckiano; sin embargo, esos paradigmas en la actualidad se revelan insuficientes para garantizar la seguridad de los trabajadores y de quienes tienen recursos escasos. Con ese antecedente, y a la vista de las transformaciones producidas en la estructura del trabajo, plantea el cambio de paradigmas en la seguridad social ecuatoriana.*

*Con estos aportes, la revista jurídica Foro expresa el constante propósito que mantiene el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, de contribuir al debate informado y al desarrollo de doctrina nacional con material académico que pone a disposición del país.*

*Elisa Lanás Medina*

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

*Elisa Lanas Medina\**

### RESUMEN

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

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

### ABSTRACT

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

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

FORO

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

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

## INTRODUCCIÓN

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

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

Las reformas introducidas motivaron importantes movilizaciones de sectores sociales del país, y la presentación de al menos seis demandas de inconstitucionalidad<sup>3</sup> que todavía no cuentan con resoluciones.

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

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

Antes de la reforma, pese a que el Código del Trabajo contemplaba el contrato por tiempo indefinido, aparte de otras modalidades temporales, el contrato tipo de trabajo era el de duración determinada, que podía ser de hasta dos años<sup>4</sup> pero que generalmente se suscribía por un año y que, de ser el caso, se renovaba por otro año más.<sup>5</sup> Al

---

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

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

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

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



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

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

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

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

---

indefinido, que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general, cuando la actividad o labor sea de naturaleza estable o permanente, sin que por esta circunstancia los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse a tales trabajadores para los efectos de esta Ley como estables o permanentes”. Por su parte, el inciso segundo del art. 184, al hablar sobre el desahucio, señalaba que: “En los contratos a plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables, su terminación deberá notificarse cuando menos con treinta días de anticipación, y de no hacerlo así, se convertirá en contrato por tiempo indefinido”.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **DESPIDO INEFICAZ Y DESPIDO DISCRIMINATORIO**

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

21. *Ibíd.*, 86.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

## **DERECHOS ECONÓMICOS DE LOS TRABAJADORES**

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

---

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



## A) UTILIDADES

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

## B) LÍMITE A BRECHAS REMUNERATIVAS

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

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

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

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

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

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

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

### C) PAGO MENSUAL DE DÉCIMA TERCERA Y DÉCIMA CUARTA REMUNERACIONES

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

## CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

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

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



## Particularidades del procedimiento laboral en el contexto del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)

*Dana Abad Arévalo\**

### RESUMEN

Uno de los aspectos trascendentales que deben tomarse en cuenta en las recientes reformas procesales es que con la vigencia del COGEP<sup>1</sup> se ha instaurado el procedimiento sumario para todas las causas laborales; esto quiere decir que, en la primera instancia, estas se tramitarán en una sola audiencia en la que no solo se saneará el procedimiento sino que se efectuarán las pruebas y se dictará sentencia. El objeto del presente trabajo es mostrar las desventajas que en la práctica conlleva el haber optado por un procedimiento que consideramos no será el adecuado para todos los juicios laborales, principalmente por la complejidad de algunos casos y porque ni los abogados ni los jueces están lo suficientemente capacitados para abordarlos en una sola audiencia.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, principios procesales, procedimiento sumario, audiencia única.

### ABSTRACT

A transcendental aspect that must be taken into account related to the recent procedural reforms is that with COGEP has established a new abbreviated procedure for all labor cases. This means that in first instance, these cases will be comprised of a single hearing to address any procedural defects, submit and analyze evidence and rule on the matter. The objective of this article is to show the disadvantages that opting for such a procedure carries in practice for not being adequate for all labor cases, mainly for the complexity of some cases and the apparent inability of judges and lawyers to tackle all those issues in a single hearing.

**KEYWORDS:** Constitution, procedural principles, summary procedure, single hearing.

FORO

\* Docente universitaria de Derecho procesal, abogada en libre ejercicio en litigio civil y laboral.

1. Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial, Suplemento No. 506 (22 de mayo de 2014). En adelante se cita a este Código como COGEP.

## ANÁLISIS GENERAL DEL COGEP

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) se deroga de manera expresa, entre otros cuerpos normativos, el Código Adjetivo Civil, la Ley de Casación, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Ley para el Juzgamiento de la Colusión; además, parcialmente se deroga al Código Orgánico de la Función Judicial, el Código Tributario, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, el Código Sustantivo Civil, el Código de Trabajo, la Ley de Gestión Ambiental y la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental.

Tanto el proceso como los diferentes procedimientos en que aquel puede desarrollarse son las instituciones más estudiadas por la historia del derecho procesal.<sup>2</sup> En específico, el cambio de legislación al que actualmente estamos abocados plantea evidentes dudas respecto del alcance y la aplicación de algunos elementos del derecho procesal en general y el procedimiento laboral en particular; sobre todo, en atención al desarrollo que ha merecido el derecho constitucional en los últimos tiempos, rama que, por su jerarquía, necesariamente influye en todas las demás.

El flamante Código debe desarrollar las disposiciones constitucionales o, dicho de otro modo, el proceso es un medio para que los postulados constitucionales se hagan realidad.<sup>3</sup> Al efecto, este trabajo analizará los posibles problemas y beneficios que arroje la reciente normativa procesal en su aplicación práctica en el ámbito laboral, sin perder de vista la doctrina y la jurisprudencia, de modo que el hecho de aplicar la oralidad no riña con el cumplimiento irrestricto de las garantías constitucionales que regulan el debido proceso.

Antes que nada, conviene determinar cuáles son los cambios sustanciales que se observan en la conducta procesal que prevé el COGEP, que pueden resumirse en que los trámites se verán simplificados, concentrados, unificados y uniformes, lo que permitirá efectivamente el conocimiento de las reglas del juego de los procedimientos desde su inicio y que no exista tal cantidad y disparidad de trámites que anteriormente dificultaba sobremanera la labor de abogados y jueces.

En el COGEP se mantiene el hecho de que los actos de proposición necesariamente deben ser escritos, debidamente fundamentados y acompañados de prueba, con lo que se ratifica que el paso a la oralidad no implica la inexistencia del importante material

---

2. Véase, por ejemplo, Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 3a. ed. (Buenos Aires: Ed. Universidad); Jaime Azula Camacho, *Manual de Derecho procesal*, t. I, 10a. ed. (Bogotá: Temis, 2010); Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso*, 2a. ed. (Bogotá: Temis, 1999).

3. Cfr. Juan Montero Aroca y otros, *Derecho jurisdiccional I* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 223.

escrito que contendrán tanto la demanda como la contestación a la demanda y eventualmente la reconvención y su contestación.

El desarrollo del nuevo sistema procesal es secuencial, por audiencias, con amplias facultades para que el juez pueda dirigir cada procedimiento y resolver todo tipo de incidentes que en el mismo se generen. Cualquier acto procesal se verificará en una audiencia y se darán audiencias en todas las instancias. Ello facilitará el ejercicio del legítimo derecho a la contradicción y defensa, tanto de los fundamentos esgrimidos por escrito por las partes, como por las pruebas que cada parte aporte al procedimiento, para garantizar el cumplimiento de claras normas constitucionales;<sup>4</sup> a saber:

Art. 76

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

...b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones...

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Art. 426

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Por último, y precisamente para ratificar el derecho de defensa y contradicción constitucionalmente garantizados en el COGEP, los términos que se otorgan a los abogados para contestar las demandas y reconvenciones son en general más largos, mientras que los recursos, en cambio, son limitados y tienen la característica de que al proponerse deben estar debidamente fundamentados para que sean aceptados a trámite y sean elevados al superior.

---

4. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008).

## VÍA ESTABLECIDA EN EL COGEP PARA LAS CONTROVERSIAS LABORALES

El nuevo Código prevé dos tipos de procedimientos. En primer lugar, el art. 289 manda a que se tramiten por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación; mientras tanto, el art. 332 señala qué materias deben tramitarse mediante el procedimiento sumario, entre ellas los casos originados por el despido de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de dirigentes sindicales.<sup>5</sup> La diferencia medular entre el procedimiento ordinario y el sumario radica en el número de audiencias que se pueden realizar, y, por lo tanto, en la dinámica que se aplicará sobre todo para el análisis de excepciones previas, además del análisis y práctica de pruebas.

Dada que la diferencia entre estos dos procedimientos radica básicamente en el número de audiencias que se requieren en primera instancia, algunos estamentos gubernamentales y no gubernamentales que participaron en la elaboración y revisión del proyecto del COGEP<sup>6</sup> llegaron a la conclusión de que el procedimiento laboral necesariamente requería dos audiencias: la preliminar y la de juicio. En definitiva, tenía que ser tramitado en procedimiento ordinario. De allí el proyecto final remitido por la Asamblea Nacional al Ejecutivo.

Sin embargo, es importante señalar que el Ejecutivo vetó parcialmente el texto del COGEP aprobado por la Asamblea, y dentro de ese veto procedió a reformar el Código del Trabajo mediante la disposición reformativa sexta y sustituyó el art. 575 de dicho cuerpo normativo determinando que “las controversias individuales de trabajo, se sustanciarán en procedimiento sumario conforme lo prevé el Código Orgánico General de Procesos”. Al hacerlo, expresamente consideró que el trámite para todos los procesos en materia laboral tendría necesariamente que ser el procedimiento sumario.

Más allá de estar de acuerdo o en desacuerdo en que las controversias laborales deban tramitarse con el procedimiento sumario y no en el procedimiento ordinario, lo que cabe es efectuar un análisis concreto respecto de los efectos de este cambio para los operadores del sistema de administración de justicia.

- 
5. Al respecto, se creyó que exclusivamente los casos de despido de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de dirigentes sindicales serían tramitados por la vía sumaria y el resto de casos laborales se tramitaría en procedimiento ordinario, puesto que los estamentos gubernamentales y no gubernamentales que participaron en la elaboración del COGEP (Corte Nacional de Justicia, Consejo de la Judicatura, Asamblea Nacional, institutos y colegios de profesionales del derecho, universidades, entre otros) llegaron a la conclusión de que el procedimiento laboral necesariamente requiere de dos audiencias: la preliminar y la de juicio. En definitiva, tenía que ser tramitado en procedimiento ordinario.
  6. Corte Nacional de Justicia, Consejo de la Judicatura, Asamblea Nacional, institutos y colegios de profesionales del derecho, universidades, entre otros.

Para conocer lo que este cambio de procedimiento conlleva, conviene revisar las características del procedimiento sumario, con el fin de poder deducir si son o no factibles en materia procesal laboral, es decir, si cumplen con los requisitos mínimos indispensables que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales que norman el debido proceso.<sup>7</sup>

## LIMITACIONES DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO

El número 1 del artículo 333 del COGEP prescribe que en los procedimientos sumarios no procede la reforma a la demanda, y, por tanto, se deduce que tampoco procedería la reforma a la contestación a la demanda, esto ya que los actos de proposición se rigen por los mismos principios y garantías del debido proceso e igualdad de condiciones de las partes procesales.

Este artículo trastoca lo formulado por la jurisprudencia sobre los derechos laborales, en cuanto a que estos son irrenunciables, intangibles e inalienables; por ello es viable que se permita reformar una demanda laboral con miras a introducir otras pretensiones que pudieron haber sido ignoradas en un primer momento:

La Sala hace hincapié en el precepto constitucional que protege los derechos del trabajador, los mismos que son irrenunciables e intangibles, por lo que cualquier modalidad de acuerdo entre las partes o contrato colectivo que afecte o implique renuncia de los derechos del trabajador no tiene ningún valor jurídico.<sup>8</sup>

Por tanto, si es que en la demanda por cualquier motivo el trabajador y/o el empleador olvidaron mencionar alguna pretensión, en atención a la normativa vigente, necesitarían iniciar un nuevo procedimiento sumario para reclamarla. Esto precisamente porque la ley prescribió que las causas laborales sean tramitadas en procedimiento sumario lo que impide la reforma a la demanda.<sup>9</sup>

No poder reformar la demanda atenta contra lo dicho por Corte Constitucional sobre el valor de los derechos de los trabajadores:

Frente a esta aparente errónea citación se encuentran, por otro lado, los derechos de los trabajadores a percibir sus remuneraciones, derecho que merece una tutela especial. Puesto

---

7. Ver Devis Echandía, *Nociones generales de Derecho procesal civil*, 2a. ed. (Bogotá: Temis, 2009), 53-75.

8. Gaceta Judicial, año XCVI, serie XVI, No. 5, 1261 (Quito, 13 de marzo de 1996).

9. No poder reformar la demanda en un procedimiento sumario trae problemas, como, por ejemplo, la litispendencia, puesto que para incluir la liquidación de un derecho en otro procedimiento sumario la demanda versará sobre los mismos hechos y las mismas partes procesales, y esto puede ser un factor para que el juez niegue la demanda.

que estamos hablando de un derecho social, en virtud del cual se pretende precautelar a la parte considerada vulnerable dentro de la relación laboral; por lo que en caso de haberse producido un vicio en la citación, la misma no puede atentar en contra de los derechos de los trabajadores...<sup>10</sup>

En atención a las normas del COGEP y a las disposiciones del Código del Trabajo, el demandado tendría que iniciar un nuevo procedimiento sumario para que pueda incluirse el derecho residual, asumiendo en ese caso el papel de actor a efectos de lograr algún tipo de reconocimiento de un derecho que no pudo discutirse en el proceso original. En todo caso, no debemos olvidar que no todas las excepciones se convierten fácilmente en pretensiones.

Tales circunstancias evidentemente atentan contra el principio de economía procesal<sup>11</sup> ya que en lugar de tratar todos los temas en un mismo procedimiento (ordinario), tendrán que afrontarse varios de ellos (sumarios); algunos de los cuales, al tramitarse por separado, pueden dividir la continencia de la causa determinando la posibilidad de que se dicten fallos contradictorios respecto de una misma persona o pretensión, o bien que se tenga que recurrir a la acumulación de procesos que requerirá más de un acto procesal que demorará la sustanciación de la causa.

Ello sin tomar en cuenta que se pone en movimiento todo el sistema jurisdiccional, requiriendo un mayor número de funcionarios a cargo de resolver más de un juicio sobre el mismo tema o al menos temas relacionados, cuando todo hubiera podido revisarse y resolverse en un procedimiento ordinario único.

Finalmente, también se vulneraría la tutela judicial efectiva consagrada en el Art. 75 de la Constitución, la que ratifica el derecho que tiene toda persona de tener acceso expedito a la justicia. Es decir, derecho a que la causa se tramite con celeridad, de tal manera que no pueda decirse que existe demora en dictar una sentencia, disparidad de fallos, proliferación y/o acumulación innecesaria de causas e inaplicación de principios constitucionales que provoquen ni siquiera el más mínimo estado de indefensión. Más aún, tratándose de una parte jurídicamente vulnerable como son los trabajadores.

---

10. Resolución de la Corte Constitucional No. 35, Registro Oficial Suplemento No. 294, 6 de octubre de 2010.

11. Ver Enrique Palacio, *Manual de Derecho procesal civil*, 19a. ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004), 72.

## EN LOS PROCEDIMIENTOS LABORALES SOLO SE ADMITE LA RECONVENCIÓN CONEXA

Ciertamente, inadmitir cualquier reconvencción que no sea la reconvencción conexas ha sido una costumbre legal asociada al procedimiento laboral, porque se consideraba, efectivamente, que en dicho trámite debían tratarse temas contentivos de hechos que emanen de la relación estrictamente laboral que existió entre las partes procesales.

Si la relación laboral se muestra de manera simple y concreta, entonces no habría inconveniente en acoger el criterio de la reconvencción conexas, puesto que el juez estará en la capacidad de determinar los parámetros que distinguen la relación laboral de otro tipo de relaciones que eventualmente se hayan dado entre las partes.

Por otro lado, no se podría negar que el juez laboral sería incompetente si en un mismo proceso laboral se trata sobre el cometimiento de un ilícito penal, como, por ejemplo, el abuso de confianza por parte del trabajador, o de una contravención, como el incumplimiento por parte del empleador de afiliar al trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sin embargo, existen hechos que podrían situarse dentro de la relación laboral, aunque bajo una primera impresión pueda pensarse que se trata de materia civil o mercantil. Por ello, *ipso facto* surge un verdadero desafío para los jueces, en la medida que, si no identifican bien la materia laboral de otras ramas del derecho, se puede trastocar el artículo 169 de la Carta Fundamental del país.

Tomemos como ejemplo el hecho de que la ley permite que el empleador efectúe préstamos a sus trabajadores o que suscriba con ellos contratos civiles. En este ámbito son comunes aquellos contratos en los cuales se establece que el empleador correrá a cargo de la capacitación del trabajador bajo expresa condición de que continúe trabajando para el mismo empleador durante un tiempo determinado, en el cual el trabajador devengue el dinero que su empleador ha invertido para brindarle el conocimiento necesario que le permita perfeccionarse en las habilidades para las que ha sido contratado, y que le servirán no solo en ese trabajo, sino en futuras expectativas de mejoramiento técnico y ascenso profesional. Por lo general, en los contratos laborales o contratos vinculados se llegan a establecer cláusulas penales en caso de que el trabajador incumpla con su obligación de permanecer determinado tiempo en la empresa como una retribución a la capacitación recibida.

Sobre la base de este último ejemplo, si el trabajador no continúa en la empresa a pesar de que el empleador pagó su capacitación o estudios, no habría razón para excluir tales pretensiones de una eventual demanda y/o reconvencción por parte del empleador y/o trabajador, y de modo alguno se puede declarar la incompetencia del juez en razón de la materia. Tales contratos y/o acuerdos, sean civiles, mercantiles o hasta innominados, por el hecho de haber surgido como causa y efecto de la relación

laboral, deberían ser tratados y conocidos dentro del mismo procedimiento laboral, cumpliendo de este modo con los principios constitucionales de economía procesal, celeridad y tutela judicial efectiva.

Unificar la continenencia de la causa en casos como los descritos en líneas anteriores, sería muy beneficioso para las partes, porque estas terminarían en un solo procedimiento, todas las posibles controversias que hubieran surgido de la relación laboral y evitaría gastos innecesarios para contratar distintos profesionales del derecho que defiendan cada una de las pretensiones solicitadas en diferentes procedimientos, según la materia a la que supuestamente estas pertenezcan. Como vemos, la vía establecida en el COGEP ni siquiera permitiría esta discusión.

## **AUDIENCIA ÚNICA EN LA VÍA SUMARIA**

El numeral cuarto del artículo 333 del COGEP señala que el procedimiento sumario tendrá una audiencia única con dos fases: la primera se dice que es para el saneamiento, fijación de los puntos del debate y conciliación; y la segunda, de prueba y alegatos.

Al determinar que todo procedimiento laboral necesariamente tiene que tener el procedimiento sumario, se desprende que todos los trámites tendrán una sola audiencia.

Por último, resta analizar si una sola audiencia es suficiente para abarcar todos los actos procesales que se desarrollarán en ella cuando la complejidad del caso por múltiples razones lo requiera.

## **POSIBLES PROBLEMAS DE CONFORMACIÓN CORRECTA DE LITISCONSORCIO**

Cuando la norma anotada señala que una de las subetapas de la primera fase del procedimiento sumario es el saneamiento, pareciera que se refiere a algo sumamente simple, pero en realidad, por las particularidades del nuevo procedimiento oral en general y del procedimiento laboral en particular, pueden darse hechos muy complejos que impidan que el juez pueda resolver rápidamente las controversias respecto de la interposición de la excepción de previo y especial pronunciamiento respecto a la falta de legitimación en la causa, o lo que también se conoce como la falta de legítimo contradictor.

Efectivamente, es conocido por la mayoría de abogados que demandar a los que por ley están llamados a ser demandados y a dirigir la demanda a los llamados a con-



testarla, cumpliendo las normas de litisconsorcio activa o pasiva necesarias o facultativas que la ley establezca.<sup>12</sup>

No obstante, el artículo 150 del COGEP, al tratar de las reglas especiales en materia laboral, determina que se acepta el litisconsorcio en la medida que se traten de reclamaciones propuestas por varios trabajadores contra un solo empleador, la presentación de una sola demanda, siempre que designen procurador común, aunque las acciones tengan *diverso origen*. Por más de que se trate la demanda en un mismo procedimiento, el juez deberá señalar sendas audiencias únicas para cada trabajador y el procedimiento podría ser interminable porque no existen normas al respecto, lo que dejará a discreción del juzgador la ejecución de las mismas.<sup>13</sup>

Otro problema evidente surge de la normativa sustantiva laboral, la que en el artículo 36 del Código del Trabajo determina que “son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aún sin tener poder escrito y suficientes según el derecho común...”;<sup>14</sup> o cuando el artículo 41 del mismo cuerpo legal se establece indefectiblemente que “cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación con el trabajador”.<sup>15</sup>

Como vemos, la legitimación pasiva que establece nuestro Código del Trabajo es bastante amplia. Aquella amplitud alcanzó su máximo cuando en la penúltima reforma laboral de mayo de 2015, con la Ley de Justicia Laboral,<sup>16</sup> se determinó que para efectos de responsabilidad laboral serán subsidiariamente responsables de las obligaciones patronales contraídas con sus trabajadores las empresas vinculadas (Artículo 103.1 Código del Trabajo), esto es, las personas naturales o jurídicas, patrimonios autónomos y otras modalidades de asociación en las que una de ellas participe directamente en el capital de la otra en al menos un veinticinco por ciento.

Sumemos a lo dicho que en los fallos dictados por la anterior Corte Suprema de Justicia que han señalado en más de una ocasión que “no es obligación del trabaja-

---

12. *Ibíd.*, 279-282; Ver también Juan Montero Aroca y otros, *Derecho jurisdiccional II: proceso civil* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 88-95.

13. Ver Corte Constitucional, sentencia No. 112-14-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 346: “Tampoco podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o más personas por actos, contratos u obligaciones diversos o que tengan diversa causa u origen”. Esta sentencia raya con el artículo 150 del COGEP o, dicho de otra manera, existe contradicción entre la sentencia de la Corte Constitucional con el nuevo Código.

14. Ecuador, *Código del Trabajo*, Registro Oficial, Suplemento No. 167 (16 de diciembre de 2005), art. 36.

15. *Ibíd.*, art. 41.

16. Ecuador, *Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*, Registro Oficial, Suplemento No. 483 (20 de abril de 2015).

dor saber cuál es la persona que ejerce la representación judicial de una empresa o institución, para dirigir contra él su acción. Bástale dirigirse en la demanda contra las personas que ejercen funciones de dirección y administración”.<sup>17</sup>

Por lo dicho, no será una tarea simple para el juzgador determinar a ciencia cierta si la litisconsorcio activa o pasiva, necesaria o facultativa, se ha conformado de manera adecuada o no, para proceder disponiendo un tiempo para completarlas o no. Considerando el tiempo permitido para una sola audiencia, si las justificaciones y fundamentos fácticos y jurídicos que expongan los defensores de las partes no le permiten al juez establecer *a priori* quien tiene la razón, hacerlo en el momento mismo de la audiencia parece un reto difícil de satisfacer motivadamente.

El artículo 51 del COGEP define al litisconsorcio como dos o más personas que puedan litigar en un mismo proceso en forma conjunta, como actores (activa) o como demandados (pasiva), cuando sus pretensiones y/o excepciones sean conexas por su causa u objeto, o cuando la sentencia que se expida con respecto a una de ellas necesariamente afecte a la otra; sin embargo, el artículo 52 del mismo cuerpo legal determina que, salvo disposición en contrario, los litisconsortes serán considerados en sus relaciones con la parte contraria como litigantes separados y los actos de uno no redundará en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la nulidad del proceso.

Disposiciones en contrario encontramos específicamente detalladas en el Código del Trabajo; por ello el juzgador debe tener sumo cuidado al revisar este tema, porque determinar que en un procedimiento laboral existe falta de legítimo contradictor activo o pasivo es realmente complejo y requiere conocimientos del juez, no solo de la doctrina y la jurisprudencia que se han referido a esta institución, sino del caso específico que está revisando, mismo que siempre tendrá características propias.

La Corte Constitucional ya se ha pronunciado al respecto cuando señala:

Sobre litisconsorcio es oportuno y pertinente citar lo expuesto en el libro *Temas Laborales y Judiciales*, p. 115 y 116: Litis Consorcio. Si bien el artículo 8 del Código Civil, establece que a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley, debe considerarse que tal posición se refiere a las acciones o actividades en general, pero no puede asumirse que en ella se hallen comprendidas las acciones judiciales, las que por su naturaleza se encuentran debidamente reguladas en las leyes procesales correspondientes. Por las implicaciones jurídicas que dimanarían en una demanda formulada contra distintas personas, originada en contratos individuales celebrados con cada una de ellas, por más que los contenidos de esos contratos sean similares, puede haber entre esas personas contraposición

---

17. Véase fallos II-A, II-B y II-C de la Gaceta Judicial de mayo-agosto de 1998, 3241.

de intereses, y por eso el Código de Procedimiento Civil, aplicable en forma subsidiaria, ha establecido en el artículo 76, inciso segundo: “Tampoco podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o más personas por actos, contratos u obligaciones diversos o que tengan diversa causa u origen”. Por tanto se debe demandar por separado a cada uno de los empleadores-contratistas, por las obligaciones laborales no cumplidas por cada uno de ellos, y no a todos ellos en una sola demanda. Pero nuestro Código del Trabajo permite el Litis consorcio, esto es la acumulación de personas en una misma causa, tanto activo como pasivo, en determinados casos...<sup>18</sup>

Revisemos también lo que la jurisprudencia de nuestro más alto órgano Jurisdiccional ha referido al respecto:

La trascendencia, o sea el perjuicio a la parte procesal aparece de la indefensión que se produce a los demandados, porque en primer lugar la persona jurídica a la que creían representar ha dejado de existir antes de su nombramiento y de sus actuaciones, siendo por lo tanto inexistente y produciendo la ilegitimidad de personería, y en segundo lugar porque el fundamento de la condena a los demandados que hace el fallo recurrido es la solidaridad patronal establecida en el artículo 36 del Código del Trabajo. Otra cosa diferente es el caso del trabajador al que se le acepta que no conozca al representante legal de su empleador, porque se trata de empleadores o empresas cuya existencia jurídica no ha sido cuestionada y por lo tanto no hay la causa de nulidad que en este caso es el fundamento de la decisión.

3.6. Por otra parte, la actora en su libelo inicial, plantea la acción en contra de “los señores licenciado Milton Armando Tigselema Granja y licenciada Blanca Cecilia Velásquez Tigse, por sus propios derechos y por los que representan de la empresa CEMENTOS COTOPAXI C. A., en sus calidades de Gerente y Presidente de la mencionada Empresa...” quienes carecieron de legitimidad de personería, pues la persona jurídica CEMENTOS COTOPAXI C. A. a la fecha de la demanda no existía, con lo que la Sala de alzada, inobservó lo que disponen los artículos 344 y 346 (número 3) del Código de Procedimiento Civil. En efecto, al haberse planteado la demanda en una fecha posterior a la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil, de la Compañía CEMENTOS COTOPAXI C. A. y por lo tanto haberse dirigido una demanda contra una persona jurídica inexistente se generó la nulidad del proceso, la que es declarada por esta Sala por mandato legal, porque ha sido invocada como causal del recurso de casación, y porque inclusive fue invocada por el demandado y por la Procuraduría General del Estado, como excepción al contestar la demanda constituyéndose en un punto de la litis que debió ser atendida por el Tribunal ad quem.<sup>19</sup>

18. Resolución de la Corte Constitucional No. 112. Registro Oficial Suplemento No. 346, 2 de octubre de 2010.

19. Expediente 472 Valencia vs. Cementos Cotopaxi S.A., Registro Oficial Suplemento 167 (Quito, 8 de abril de 2010).

Podrían ser nefastos los efectos en los cuales el juez, sin aceptar una excepción de falta de legitimación en la causa por irregular conformación de litisconsorcio, prosiga con la causa hasta condenar a los exclusivamente señalados en el libelo de demanda, permitiendo que a la vez puedan instaurarse distintos procedimientos contra diferentes representantes de los empleadores, quienes podrían ser condenados a pagar rubros que ya han causado cosa juzgada o se encuentra en *litis pendency* ante otros juzgadores.

Se estaría dividiendo la continencia de la causa propiciando fallos contradictorios o se estaría permitiendo la duplicidad de pagos. ¿Cómo podría el juzgador asegurarse de sanear un procedimiento cuya legitimación es tan amplia en una audiencia única que le impedirá ahondar más en los detalles del caso concreto que tiene que resolver? La respuesta le corresponde darla al legislador, quien tiene que poner en la balanza los pros y los contras de haber aceptado el veto presidencial que estableció que el procedimiento laboral tenga audiencia única.

#### **DIFICULTADES PARA LA RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO QUE CONLLEVA EL JUICIO LABORAL CON OBJETO DE SANEAR EL PROCEDIMIENTO**

El artículo 153 del COGEP señala taxativamente cuáles son las excepciones previas que deben ser resueltas por el juzgador para sanear el procedimiento. Aparte de la referida en el acápite anterior, existen otras como la incompetencia de la o del juzgador, la incapacidad de la parte actora o de su representante, el error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones, litispendencia, prescripción, caducidad, cosa juzgada, transacción y existencia de convenio o compromiso arbitral.

En algunos casos laborales muy complejos no se puede determinar a ciencia cierta si la relación que existió entre las partes fue efectivamente laboral o civil, requiere de ejecución de pruebas de fondo o de mérito para determinar los alcances de ella. En atención a ello, exigir que el juzgador en la primera fase de la única audiencia se declare competente o incompetente, puede dar como resultado que el accionante quede en la más absoluta indefensión y no se brinde tutela judicial efectiva.

La actual asignación de tareas para los jueces les obliga a manejar el proceso casi por sí solos, desde dictar providencias de mero trámite hasta comparecer a audiencias y resolver las causas, esto se traduce en un posible exceso de trabajo que propiciará el hecho de que por querer alcanzar a todo y cumplir con los rangos numéricos de despacho mínimo exigidos por el Consejo de la Judicatura, ante una duda procesal, escojan el camino más fácil: declararse incompetentes. Esto, cuando bien sabemos que en los

procedimientos laborales, en caso de duda, lo que tiene que primar es el *induvio pro operario*.<sup>20</sup>

Ocurre lo mismo con las demás excepciones de previo y especial pronunciamiento, todas tienen que ser objeto de un análisis exhaustivo por parte de juez, especialmente la litispendencia, la cosa juzgada y la transacción, pues, como ya hemos dicho antes, la ley permite que el trabajador dirija su acción contra una multiplicidad de personas, y, como todas ellas pueden estar legitimadas por la ley para comparecer al juicio como demandadas, puede darse el caso de que se planteen diversos juicios por la misma causa contra diferentes personas.

Esos juicios pueden resultar –si no se tiene conocimiento a tiempo de otras acciones y no se efectúa la correspondiente acumulación de autos– en fallos contradictorios y en la ejecución de crasos errores judiciales por los cuales el Estado más tarde tendrá que responder, en su calidad de garantista del servicio público que brinda.

Por ello, será una tremenda fuente de preocupación para los abogados que la audiencia única no sea suficiente para revisar con atención debida el caso concreto que defienden o que los jueces de instancia no se encuentren lo suficientemente capacitados y preparados para tomar decisiones adecuadas sobre asuntos trascendentales al proceso en tan poco tiempo.

## **CASO ESPECIAL CONTEMPLADO EN EL TERCER INCISO DEL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 333 DEL COGEP**

Vale la pena referirnos al trámite especialísimo contemplado en el tercer inciso, numeral 4, del artículo 333 del COGEP, en el que se establece que todas las controversias laborales que tengan su origen en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o de mujeres en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, “la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas, contado a partir de la citación”.<sup>21</sup>

Por un lado, la intención del nuevo Código es proteger a la mujer embarazada o a las mujeres en período de lactancia y a los dirigentes sindicales, permitiendo que sus causas se desarrollen de manera sumarísima; pero, por otro lado, el legislador no consideró que esta disposición puede contravenir no solo principios procesales constitucionalmente garantizados, sino que también contraría el sistema procesal que este mismo cuerpo legal está creando, ya que no se está concediendo un término pruden-

20. Ver Isabel Robalino, *Manual de Derecho del trabajo*, 2a. ed. (Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1998), 11-112; y, Graciela Monesterolo, *Curso de Derecho laboral ecuatoriano* (Loja: Dykinson, 2012), 32, 40-42.

21. COGEP, art. 333.

cial al demandado para presentar su contestación a la demanda y preparar su defensa, puesto que en este procedimiento especialísimo la audiencia única se realizará en el término de cuarenta y ocho horas, contado a partir de la citación.

Esta norma es evidentemente atentatoria al derecho a la contradicción y a la defensa que tiene todo demandado para que pueda ser oído dentro de cualquier procedimiento y principalmente para que pueda hacerlo teniendo el tiempo suficiente para acceder a una defensa técnica. La Corte Constitucional tiene pronunciamientos útiles respecto a la trascendencia del tiempo, como testimonio de la observancia o no del derecho a la defensa:

De esta forma, el derecho a la defensa, como una de las garantías básicas del debido proceso, se constituye como el mecanismo a través del cual las partes intervinientes en un juicio, contando con el tiempo y con los medios adecuados, hacen valer sus derechos y pretensiones desde el inicio de la acción legal, su trámite, hasta llegar a una justa resolución.<sup>22</sup>

Parece que el legislador olvidó que cuando las diferencias normativas favorecen a los grupos vulnerables trastoca el principio de igualdad ante la ley, puesto que dentro de un procedimiento no debe existir privilegios ni ventajas a favor de ninguna de las partes, las partes tiene el derecho a ser tratadas en igualdad de condiciones, sin que la normativa procesal les favorezca a alguien en particular, menos poniendo en riesgo los derechos constitucionales de la parte contraria.

Por último, se hace más palpable esta situación cuando de acuerdo al COGEP a la contestación a la demanda también se deben adjuntar todas las pruebas con las que cuente el demandado. Sin lugar a dudas, 48 horas nunca serán suficientes para armar una defensa sólida que incluya el tema probatorio.

## **PRUEBA EN MATERIA LABORAL**

Los medios probatorios para esta materia suelen ser del más variado tipo, por ello es complicado presentar, analizar y practicar toda la prueba en una única audiencia, las partes procesales pueden solicitar peritajes informáticos, grafológicos, inspecciones judiciales, reconocimientos de firma y rúbrica sobre infinidad de documentos que pueden o no estar al alcance de las partes de forma inmediata, declaraciones de parte, recepción de testimonios que pueden ser requeridos se efectúen con auxilio de la fuerza pública por tratarse de testigos hostiles.

---

22. Acción Extraordinaria de Protección No. 35. Registro Oficial Suplemento No. 472, 2 de abril de 2015.

Muchas de las pruebas enlistadas en el párrafo anterior son pruebas que necesitan efectuarse fuera de las unidades judiciales, presuponen desplazamientos o actos procesales complejos, es decir, deberían ejecutarse en las llamadas “interaudiencias”, las que necesariamente requieren de un tiempo para ser evacuadas y que bien podrían realizarse entre la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, dentro de un procedimiento ordinario.

Existen también realidades que en materia laboral no pueden ser negadas, como el hecho, que en la mayoría de ocasiones, de que pedir la declaración del gerente general de la compañía demandada no aporta en nada al procedimiento, porque en muchos de los casos el representante legal de una compañía ni siquiera conoció al trabajador, debido a la multiplicidad de departamentos y/o sucursales que en la empresa puedan existir. Las eventuales impugnaciones a este punto se deberían definir en una audiencia preliminar, pero en los casos laborales deberán ser definidas en la misma audiencia donde se debe de tomar ese testimonio.

Posteriormente, el juzgador que quiera conocer a cabalidad los hechos y resolver en consecuencia tendría que estudiar el proceso, leer detenidamente la demanda y la contestación a la demanda, antes de la audiencia, sea esta única o doble, para fijar los puntos respecto de los cuáles se debe radicar la controversia y disponer la práctica de las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles a dicho procedimiento, teniendo en cuenta que, al haberse eliminado la confesión ficta, ya no podrá echar mano de ella para fundamentar sus fallos respecto, por ejemplo, al despido intempestivo.

## CONCLUSIONES

De lo dicho se colige la urgencia de instaurar la doble audiencia en la mayoría de procesos laborales para precautelar que se cumplan a cabalidad los principios procesales que nuestra Constitución garantiza. Y esa es tarea del legislador, que debemos impulsar y coadyuvar.

Mientras tanto es necesario que los operadores del derecho, jueces, abogados y demás auxiliares de justicia, tengan un criterio jurídico bien formado para que puedan tomar las mejores decisiones adecuadas en cada caso concreto. Una de ellas podría ser, sin lugar a dudas, suspender la audiencia única cuando el caso amerite, de modo que pueda ser reinstalada otro día, de acuerdo a la agenda de la unidad judicial, con el fin de que se pueda revisar con detenimiento el expediente, fundamentalmente en los casos cuya complejidad lo amerite, de modo que se precautele el debido proceso y la tutela judicial efectiva de las partes procesales.

Un cuerpo normativo adjetivo cuyo ejercicio podría vulnerar los principios procesales constitucionales, jamás podrá constituir un cuerpo normativo idóneo para que opere la justicia, que tiene que ser para todos, sin exclusión alguna.

## BIBLIOGRAFÍA

- Azula Camacho, Jaime. *Manual de Derecho procesal*, tomo I, 10a. ed. Bogotá: Temis, 2010.
- Devis Echandía, Hernando. *Nociones generales de Derecho procesal civil*, 2a. ed. Bogotá: Temis, 2009.
- . *Teoría general del proceso*, 3a. ed. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- Monesterolo, Graciela. *Curso de Derecho laboral ecuatoriano*. Loja: Dykinson, 2012.
- Montero Aroca, Juan, y otros. *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 20a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Palacio, Enrique. *Manual de Derecho procesal civil*, 19a. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- Robalino, Isabel. *Manual de Derecho del trabajo*, 2a. ed. Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1998.
- Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*, 2a. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

## OTROS

- Ecuador. *Código del Trabajo*, Registro Oficial, Suplemento No. 167 (16 de diciembre de 2005).
- . *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial, Suplemento No. 506 (22 de mayo de 2014).
- . *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008).
- . *Ley Orgánica Para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*, Registro Oficial, Suplemento No. 483 (20 de abril de 2015).
- Expediente 472 Valencia vs. Cementos Cotopaxi S.A., Registro Oficial Suplemento 167 (Quito, 8 de abril de 2010).
- Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. No. 5, 1261 (Quito, 13 de marzo de 1996).
- Fallos II-A, II-B y II-C de la Gaceta Judicial de mayo-agosto de 1998.
- Resolución de la Corte Constitucional No. 112. Registro Oficial Suplemento No. 346 (2 de octubre de 2010).
- Resolución de la Corte Constitucional No. 35. Registro Oficial Suplemento No. 472 (2 de abril de 2015).

Fecha de recepción: 5 de abril de 2016  
Fecha de aprobación: 19 de julio de 2016



## Reflexiones sobre el arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de conflictos individuales de trabajo

*María Elena Jara Vásquez\**

### RESUMEN

El Ecuador carece de experiencia en la utilización del arbitraje para solucionar conflictos individuales de trabajo. El presente análisis explora esta alternativa, haciendo hincapié en los problemas que pueden presentarse para el acceso a la justicia de los trabajadores y en posibles soluciones. En síntesis, se sostiene la idea de que si bien el arbitraje es un cauce de ejercicio del acceso a la justicia, en los conflictos individuales de trabajo, dada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores, es necesaria una serie de medidas tanto a nivel sustantivo como procesal para evitar que el arbitraje termine inhibiendo el acceso a la justicia para los trabajadores.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, arbitraje laboral, acceso a la justicia para trabajadores en relación de dependencia.

### ABSTRACT

Ecuador lacks experience in labor arbitration for individual conflicts. This article explores this alternative, especially from the perspective of the advantages and challenges related to the access to justice. In summary, this article support the idea that arbitration is a vehicle to make access to justice easier. However, considering the situation and vulnerability of workers, special substantive and procedural provisions are indispensable in order to avoid that arbitration becomes a barrier to those seeking access to justice.

**KEYWORDS:** Constitution, labor arbitration, access to justice for workers.

FORO

---

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

## INTRODUCCIÓN

Ecuador está atravesando por un período de transición en materia procesal. Si bien el COGEP ha visto la luz bajo la necesaria promesa de celeridad, es evidente que existen muchas dudas sobre su aplicación. El ámbito laboral no es la excepción. De hecho, en este mismo número de *FORO*, Dana Abad expone una serie de inquietudes sobre la aplicación del COGEP en materia laboral.

Ahora bien, recogiendo el discurso de expansión de los medios alternativos de solución de conflictos que ha primado en las últimas décadas, se podría argumentar que en este período de adaptación, y ante los problemas que se avizoran en el ámbito laboral debido a la entrada en vigencia del COGEP,<sup>1</sup> es conveniente volver los ojos hacia el arbitraje.<sup>2</sup> Sin embargo, el arbitraje no debe ser visto como una solución coyuntural. Es necesario pensar en él como una vía de ejercicio del derecho a la autodeterminación en materia procesal,<sup>3</sup> el cual tiene un importante impacto en la democratización de la administración de justicia.<sup>4</sup> El ejercicio de esta autodeterminación, obviamente, resulta más relevante cuando el sistema de administración de justicia se vuelve excesivamente rígido –uno de los riesgos del sistema de audiencia única del COGEP–.

Este artículo analiza la posibilidad de que los conflictos laborales individuales sean conocidos en sede arbitral en el contexto jurídico ecuatoriano, con énfasis en las ventajas y desafíos que esta alternativa representa desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia.

- 
1. Desde la entrada en vigencia plena del COGEP, el 22-V-2016, el régimen de los juicios laborales es el previsto en tal cuerpo legal para los juicios sumarios, según lo previsto en la disposición reformativa sexta y la disposición derogatoria octava del COGEP.
  2. En este trabajo se entenderá al arbitraje como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos al que por regla, los justiciables se someten convencionalmente.
  3. Ver sentencia SU. 174/07, 14-III-2007, Corte Constitucional, Colombia: “la justificación constitucional de este mecanismo de resolución de conflictos [el arbitraje] estriba no solo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente”.
  4. Richard Reuben, “Democracy and dispute resolution: the problem of arbitration”, *Law and Contemporary Problems*, Duke University (2004): 297: “el arbitraje tiene la capacidad de mejorar la gobernanza democrática de varias formas importantes. Primero, es posible para el arbitraje lograr ganancias de eficiencia para la justicia pública, al reducir la carga procesal de las cortes estatales. Adicionalmente, el arbitraje voluntario realza la autonomía personal al proveer medios de solución de disputas ejecutables, como complemento de la adjudicación pública”.

## ANTECEDENTES

### A) LA NECESIDAD DE TUTELA EFECTIVA DIFERENCIADA PARA LOS TRABAJADORES

El fin de todo proceso es dispensar tutela efectiva, derecho de protección<sup>5</sup> consagrado en el art. 75 de la Constitución.<sup>6</sup> Bajo el paradigma del Estado de Derechos y Justicia acogido en la Constitución ecuatoriana, la tutela efectiva constituye un elemento central, pues, como ha sostenido la CC, “los derechos constitucionales dejarían de tener sentido si no estuvieran garantizados por la tutela efectiva”,<sup>7</sup> la que permite materializar los otros derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este sentido, la CC ha caracterizado la tutela efectiva como un *derecho-garantía*<sup>8</sup> aplicable a *todo procedimiento*.<sup>9</sup>

La tutela efectiva, se ha dicho muchas veces, es un derecho de carácter complejo. Al respecto, la CC ha sostenido que la tutela efectiva impone un proceso

que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son: “a) A concurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado [...]; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente

5. Ver sentencia 0004-10-SEP-CC, 24-II-2010, CC para el período de transición, R.O. 159-S, 26-III-2010: “Como derechos de prestación, hoy concebidos derechos de protección en la Constitución, es posible determinar que del Estado se pueden obtener beneficios, ya sea porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, o porque exige que el Estado cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada” Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, 8a. ed. (Madrid: Marcial Pons, 2002), 489.

6. Art. 75, CE: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

7. Sentencia 021-12-SEP-CC, 8-III-2012, CC para el período de transición, R.O. 688-S, 23-IV-2012.

8. Ver por ejemplo sentencias de la CC para el período de transición: 012-12-SIS-CC, 3-IV-2012, R.O. 731-S2, 25-VI-2012; 139-12-SEP-CC, 12-IV-2012, R.O. 735-S, 29-VI-2012.

9. Ver por ejemplo sentencias 023-10-SCN-CC, 19-VIII-2010, R.O. 285-S, 23-IX-2010 de la Corte Constitucional para el período de transición: “De esta forma, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita, consagrado en el artículo 75 de la Constitución, es de observancia general y obligatoria en todos los procesos judiciales y administrativos”.

previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada”.<sup>10</sup>

Esta tutela se puede dispensar a través de diferentes medios. Así, la justicia estatal, o la justicia arbitral—todos estos espacios jurisdiccionales reconocidos como tales por el Estado—<sup>11</sup> permiten dispensar tutela efectiva, en tanto ofrezcan un marco adecuado de garantías para los justiciables. Para que la tutela sea realmente *efectiva*, es necesario que los procesos se adapten a las necesidades específicas de la materia sobre la que versa la controversia. Por esta razón, los procedimientos ante la justicia ordinaria en los cuales se conocen reclamaciones individuales de trabajadores están orientados por un principio dispositivo atenuado y requieren reglas específicas dirigidas a equilibrar de alguna forma la relación entre las partes.

En este sentido, el COGEP establece reglas especiales; por ejemplo, la prohibición de renuncia del domicilio del trabajador (art. 11, num. 2); el juramento deferido del trabajador como prueba del tiempo de relación laboral y de la cuantía de remuneración en caso de no existir otras pruebas al respecto, e inclusive de la existencia misma de la relación laboral en el caso de adolescentes (art. 185). En cualquier cauce en el cual se procese la solución de conflictos laborales es necesario un conjunto de mecanismos que tienda a equiparar la situación entre las partes, aspecto sobre el que posteriormente insitiré.

## **B) EL USO DEL ARBITRAJE PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES COLECTIVOS**

El Ecuador carece de experiencia para la utilización del arbitraje para la solución de conflictos individuales de trabajo.<sup>12</sup> La situación es distinta con relación al uso del

---

10. Ver las siguientes sentencias de la CC para el período de transición: 057-12-SAN-CC, 27-III-2012, R.O. 735-S, 29-VI-2012; 109-12-SEP-CC, 8-III-2012, R.O. 718-S, 6-VI-2012. Ver también sentencia 302-15-SEP-CC, 16-IX-2015, CC, R.O. 725-S, 4-IV-2016: “La vulneración de la tutela efectiva, indiscutiblemente implica situar en un estado de indefensión a cualquiera de los justiciables, ya sea por la marginación, parcialidad, condiciones personales o como resultado de arbitrariedad o discrecionalidad infundada del operador de justicia”.

11. Ver art. 7, inc. 4, Código Orgánico de la Función Judicial: “Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”.

12. Personalmente, he tenido conocimiento apenas de un solo caso de arbitraje individual, conocido por un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. En otros países también ha sido escaso el uso del arbitraje laboral. La situación española se documenta, por ejemplo, en Sebastián de Soto Rioja, “El arbitraje en los conflictos individuales”, *Temas Laborales*, No. 70 (2003): 340.

arbitraje para la solución de conflictos colectivos de trabajo, al cual ya la Constitución de 1929 –precursora del constitucionalismo social– se refirió explícitamente.<sup>13</sup>

Los arbitrajes colectivos se rigen por el Código de Trabajo (CdT) y presentan claras diferencias con aquellos regulados por la LAM: son arbitrajes a los que la doctrina comúnmente denomina *forzosos*, es decir, a los cuales debe someterse obligatoriamente el conocimiento de conflictos colectivos de trabajo, sin que los justiciables puedan optar por otra alternativa; los llevan adelante tribunales en los que necesariamente deben intervenir empleadores, trabajadores y la autoridad laboral (art. 481 CdT); tratan conflictos jurídicos y económicos –estos últimos exclusivos del derecho laboral–;<sup>14</sup> y admiten recurso de apelación ante el tribunal superior de conciliación y arbitraje (art. 495 CdT), recurso actualmente expresamente prohibido en el caso de arbitrajes regidos por la LAM, en los cuales cabe únicamente acción de nulidad del laudo arbitral.

Además de estas diferencias, es evidente que la correlación de fuerzas de las partes que intervienen en estos conflictos: comité de empresa de trabajadores y empleador, tiende a equilibrar la relación entre las partes, conjuntamente con la posibilidad de huelga legal bajo determinadas circunstancias.<sup>15</sup> En cambio, en el caso de conflictos individuales de trabajo es evidente que existe un desequilibrio entre las partes, del que las normas sustantivas y procesales deben preocuparse.

### C) EL CARÁCTER ARBITRABLE DE LA MATERIA LABORAL

La *arbitrabilidad objetiva*, es decir, la definición de lo que puede ser conocido por los árbitros,<sup>16</sup> constituye uno de los límites para el principio de la autonomía de

13. Constitución de 1929 (art. 151, num. 24); Constitución de 1945 (art. 148, lit. y); Constitución de 1946 (art. 185, lit II); Constitución de 1967 (art. 64, num. 13); Constitución de 1979 (art. 31, lit. k).

14. Julio César Trujillo, “Solución alternativa de conflictos laborales”, en *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales* (Quito: Corporación Editora Nacional, 1994), 49.

15. Julius Getman, “Labor arbitration and dispute resolution”, *Yale Law Journal*, No. 88 (1978-1979): 918 “El reconocimiento y la legitimación de las asociaciones de trabajadores y los contratos colectivos son los responsables del éxito del arbitraje en el campo laboral, no viceversa” y 934: “La íntima relación entre arbitraje laboral y contratación colectiva hacen dudoso su valor como precedente para otros contextos”. En el mismo sentido ver Lewis Maltby, “Private justice: employment arbitration and civil rights”, *Columbia Human Rights Law Review*, No. 30 (1998-1999): 34.

16. María Fernanda Vásquez Palma, “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 12, No. 1 (2006): s.p.: “[...] la arbitrabilidad es una materia transversal, ya que constituye un presupuesto de la institución entera del arbitraje. Lo es de su existencia, al ser un requisito de validez y eficacia del convenio arbitral; es también, un límite a la facultad de las partes; y, al mismo tiempo, es poder y competencia de los árbitros”. Ver también Armando Serrano Puig, “La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral. Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano”, en Carlos Alberto Soto, dir., *Tratado de Derecho arbitral*, tomo I (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Peruano de Arbitraje y Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 574.

la voluntad, que tanta relevancia tiene en el sistema arbitral.<sup>17</sup> La Constitución ecuatoriana y la LAM permiten que se sometan a arbitraje los conflictos susceptibles de transacción,<sup>18</sup> es decir, los que versan sobre materia libremente disponible.

La transigibilidad de los conflictos no es sinónimo de renunciabilidad.<sup>19</sup> La Constitución recoge nítidamente esta diferencia en materia laboral, pues señala que los derechos laborales son irrenunciables, y a la vez, que cabe la transacción en materia laboral.<sup>20</sup> En este sentido, el ámbito natural de aplicación de la transacción laboral son los derechos que se encuentran pendientes de definición –por ejemplo, los que se derivan de un despido intempestivo–.

Siendo la materia laboral susceptible de transacción, resulta objetivamente arbitrable. De hecho, así se ha reconocido por la justicia estatal. Así, en la sentencia de 22 de febrero de 2012, dentro del juicio 1861-11-3, conocido por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas –CPJG–, la parte actora argumentaba la existencia de una relación laboral a pesar de haber firmado un contrato que formalmente era de carácter civil (lo que no ha sido ordinariamente obstáculo para que los jueces laborales, buscando la realidad del contrato, determinen que existe relación laboral). Ante la existencia de un convenio arbitral en tal contrato civil, la CPJG determinó que no era competente para conocer el caso y que este debía ser conocido por un tribunal arbitral.

## ARBITRAJE LABORAL Y ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho a optar libremente por el arbitraje forma parte del derecho a acceso a la justicia no solo por expandir la gama de mecanismos de solución de conflictos legalmente admisibles,<sup>21</sup> sino por admitir un alto grado de participación de los justiciables en el diseño del proceso, como se destacó previamente. En este sentido, la Asamblea Cons-

---

17. Otro límite viene dado por los postulados del debido proceso.

18. Art. 1, LAM y art. 190, 1er inc., Constitución: “Estos procedimientos [MASC] se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”. Por su parte, el Código Civil (CCiv) se refiere a la materia no transigible, y por lo tanto, no arbitrable en las siguientes disposiciones: art. 2352: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”; art. 2354: “No vale la transacción sobre derechos ajenos o derechos que no existan”.

19. Ver Miguel Andrade Cevallos, “Ley de Arbitraje y Mediación: materia transigible y arbitraje en equidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 2011 (2012), 209.

20. Art. 325, num. 2 y 11, Constitución: “2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”.

21. Ver Mauro Cappelletti, “Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement”, *The Modern Law Review*, vol. 56 (1993): 288.

tituyente ecuatoriana de 2008 fue muy clara respecto al significado del arbitraje como mecanismo de acceso a la justicia.<sup>22</sup> Adicionalmente, varios tribunales internacionales se han pronunciado de la misma manera.<sup>23</sup> La posibilidad de someter los conflictos a arbitraje es un derecho de los justiciables cuya importancia fue destacada históricamente desde la Constitución francesa de 1791<sup>24</sup> así como la Constitución española de 1812.

Este derecho a someter a los conflictos a arbitraje se vincula con el respeto de la autonomía de la voluntad. El arbitraje libremente elegido por las partes, materializa el derecho de acceso a la justicia. A la inversa, el arbitraje impuesto constituye una restricción a este derecho.<sup>25</sup> Desde una perspectiva práctica, dado el carácter oneroso del arbitraje regulado por la LAM así como la restricción de mecanismos de impugnación que implica, parece natural concluir que quienes se someten a este sistema de resolución de conflictos deben escogerlo libremente.

## **A) REFLEXIONES SOBRE EL LIBRE CONSENTIMIENTO PARA SOMETERSE A ARBITRAJE EN CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO**

Ante la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato de trabajo, ¿cabe sostener la existencia de consentimiento real e informado por parte de los trabajadores para someterse a arbitraje y, por lo tanto, para dejar de lado la administración de justicia estatal? Para algunos, la posibilidad de que las partes se sometan a arbitraje en estos contratos es una expresión del valor supremo de la libertad y resulta digna de promoverse;<sup>26</sup> es más, dado el nivel de flexibilidad del arbitraje, resulta no solamente posible sino digna de promoverse,<sup>27</sup> posición por la que se han decantado varias sen-

22. Ver acta 36 de la Asamblea Constituyente de 2008.

23. Ver por ejemplo sentencia de 28-II-2008, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela: “[...] En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente el arbitraje”. Ver también sentencia 330-00, 22-III-2000, Corte Constitucional, Colombia: “No obstante, la garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente el artículo 116 de la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el Legislador. Al respecto, esta Corte ha dicho que ‘es competencia del legislador, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales’, los cuales –no sobra aclararlo– no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia”.

24. La Constitución francesa de 1791, en su capítulo V, art. 1, núm. 5, declaró que era derecho de todos los ciudadanos terminar definitivamente sus conflictos por arbitraje.

25. Ver Vicente Gimeno Sendra, “La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional español”. Disponible en <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=3092>>.

26. Ver Maltby: “Employment arbitration and workplace justice”, 118.

27. Ver Getman, “Labor arbitration and dispute resolution”, 917.

tencias expedidas por las cortes estadounidenses desde inicios de la década de 1990,<sup>28</sup> a pesar de la oposición de un importante sector de la doctrina.<sup>29</sup>

La necesidad muchas veces imperiosa para la supervivencia del trabajador y de su familia de celebrar el contrato –ni siquiera se trata en estos casos de la posibilidad de discutir su contenido, como podría planterse en los contratos de consumo–, coloca al trabajador en tal situación de vulnerabilidad, que vuelve cuestionable la posibilidad de que el trabajador renuncie a la firma del contrato a un sistema de administración de justicia gratuita y se someta a uno de administración de justicia oneroso. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana al declarar exequible una disposición del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de ese país que permitía la procedencia de cláusulas compromisorias únicamente cuando estas se incorporaban a contratos colectivos:

no solo no se viola ninguna de las disposiciones constitucionales a las que se refiere el demandante con la restricción acusada, sino que se trata de una intervención legítima del legislador y justificada en la Constitución, con el fin de proteger al trabajador, para que no renuncie a la justicia ordinaria al suscribir individualmente la cláusula compromisoria, salvo si esta consta en convención o pacto colectivo, pues, en este caso, existe la presunción de que su inclusión fue objeto de amplio debate sobre su conveniencia, por parte del sindicato o de los representantes de los trabajadores, según el caso.<sup>30</sup>

En síntesis, si bien los trabajadores son titulares del derecho de acceder a la justicia a través de los diferentes cauces que establece el ordenamiento jurídico y las características del proceso arbitral pueden beneficiar la solución heterocompositiva de conflictos laborales individuales, no cabe desconocer la situación en la que se encuentran la mayoría de trabajadores cuando participan en un contrato individual de trabajo.

Es, por lo tanto, necesario que el ordenamiento jurídico haga una distinción. Como regla general, el convenio arbitral debería reconocerse como válido una vez surgida la controversia, momento en el cual se puede garantizar que el trabajador no está condicionado a aceptar el sometimiento a arbitraje a fin de obtener un puesto de trabajo. Por excepción, cuando las características del trabajador: su grado de profesionalización y especialización y el nivel de demanda de sus servicios en el mercado laboral así lo ameriten, podría admitirse la suscripción de una cláusula arbitral en el contrato de trabajo.<sup>31</sup>

---

28. Ver Katherine Van Wezel Stone, “Mandatory arbitration of individual employment rights: the yellow dog contract of the 1990s”, *Denver University Law Review*, vol. 73 (1995-1996): 1017, 1022-1050, y s.

29. Ver Clide Summers, “Alternative Dispute Resolution in the United States”, en Patricia Kurczyn Villalobos, coord., *Derecho Social. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005), 303.

30. Sentencia C-878/05, 23-VII-2005, Corte Constitucional, Colombia.

31. Ver Francisco González de Cossío, *Arbitraje* (México: Porrúa, 2011), 203.



## B) RESGUARDOS ESPECIALES PARA LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES

El sometimiento de trabajadores a arbitraje requiere de resguardos especiales, tanto a nivel sustantivo como a nivel procesal.

A nivel sustantivo, es necesario precautelar el equilibrio en el diseño de la cláusula arbitral, evitando por ejemplo que la parte con mayor poder —la parte empleadora— establezca reglas desequilibrantes a su favor para la designación de árbitros.<sup>32</sup>

A nivel procesal, también es necesario que en el arbitraje laboral se respeten las garantías establecidas a favor de los trabajadores. No puede soslayarse el hecho de que, regularmente, el trabajador tiene acceso limitado a instrumentos probatorios relativos a la relación laboral.<sup>33</sup> La justicia arbitral no puede ser utilizada desde ninguna perspectiva como un mecanismo para imponer al trabajador la renuncia a garantías procesales establecidas para el procedimiento judicial, a las que se hizo previa referencia (como el juramento deferido). Es decir, los arbitrajes para conocer conflictos individuales de trabajo deberían respetar el mínimo de garantías procesales que se establecen ante la justicia ordinaria.<sup>34</sup>

En todo caso, se necesitan contar con reglas específicas para procedimientos arbitrales laborales. Existen, desde mi punto de vista, dos esquemas que deben ser considerados:

El primero, el de un sistema especializado en arbitraje laboral, que tome como referencia el caso del sistema arbitral especializado en consumo español, es decir, la creación de centros de arbitraje especializados en materia laboral que funcionen descentralizadamente y que puedan financiarse con aportes de empresas y del Estado, a fin de ofrecer servicios gratuitos o al menos subsidiados a los trabajadores. Este sistema, si bien es el que mayor garantías presenta para los trabajadores, es el más difícil de implementar, y, al menos en las condiciones actuales del país, parece ser una alternativa a largo plazo.

---

32. Maltby, “Private justice: employment arbitration and civil rights”, 33. “la forma más directa en la cual un empleador puede establecer las reglas a su favor es mediante la elección del árbitro”. El problema de la elección de árbitros por una sola parte está estrechamente vinculado con la presunción de que la parte que acude con mayor frecuencia ante tribunales arbitrales puede ser beneficiaria de una inclinación a su favor por los juzgadores (*repeat player effect*). Para un estudio empírico del fenómeno del usuario frecuente ver por ejemplo Lisa Blomgren Amsler, “Employment arbitration: the repeat player effect”. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1324411](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324411)>.

33. Ver Michael Vidal Salazar, “Oralidad y garantías constitucionales en el proceso laboral”, en Geovanny Priori Posada, edit., *Proceso y constitución: actas del II Seminario de Derecho Procesal* (Lima: Ara y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), 281.

34. Patricia Kurczyn Villalobos, Carlos Reynoso Castillo, y Alfredo Sánchez-Castañeda, *La justicia laboral: administración e impartición* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005), 151.

El segundo, más posible a corto plazo, consiste en la generación de reglas específicas para arbitrajes laborales por parte de los centros de arbitraje existentes, que contemplen una reducción de tarifa para el caso de demandas o contrademandas por parte de trabajadores,<sup>35</sup> y que incorporen las garantías previstas en las normas procesales generales en materia laboral.

## CONCLUSIONES

Las siguientes son las conclusiones más relevantes del presente artículo:

1. El arbitraje constituye un medio para el ejercicio de la tutela efectiva, en general, y del acceso a la justicia, en particular, para todas las materias susceptibles de transacción, incluyendo la laboral.
2. En todo caso, la libertad de utilizar el arbitraje hace parte del derecho de acceso a la justicia.
3. Tanto el sometimiento al arbitraje como el procedimiento arbitral necesitan de reglas específicas, cuando intervienen trabajadores, a fin de ante la situación de vulnerabilidad de estos últimos, el arbitraje no pueda ser paradójicamente utilizado como un mecanismo de inhibición del derecho de acceso a la justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

Andrade Cevallos, Miguel. “Ley de Arbitraje y Mediación: materia transigible y arbitraje en equidad”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 2011, 2012.

Blomgren Amsler, Lisa. “Employment arbitration: the repeat player effect”. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1324411](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324411)>.

De Soto Rioja, Sebastián. “El arbitraje en los conflictos individuales”. *Temas Laborales*, No. 70, 2003.

Getman, Julius. “Labor arbitration and dispute resolution”. *Yale Law Journal*, No. 88, 1978-1979.

---

35. En general, es necesario que se prevean mecanismos de aplicación absolutamente excepcional para el caso de partes carentes de recursos, aspecto que por su complejidad requiere un estudio independiente. Basta al momento recordar lo establecido por la Sentencia 330/00, 22-III-2000, Corte Constitucional, Colombia: “a. Los efectos económicos que se derivan del arbitramento en materia laboral deben producirse teniendo en cuenta la capacidad económica de las partes enfrentadas, pues el arbitraje no es un mecanismo eficaz cuando su utilización se convierte en una forma de desconocer la desigualdad material entre trabajador y empleador, creando costos insuperables para una de las partes, que se convierten en un obstáculo para obtener justicia efectiva. En consecuencia, la persona que no se encuentre en capacidad de atender los gastos de un proceso debe tener la opción de invocar el amparo de pobreza”.

- González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México: Porrúa, 2011.
- Kurczyn Villalobos, Patricia, y otros. *La justicia laboral: administración e impartición*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- Reuben, Richard. “Democracy and dispute resolution: the problem of arbitration”. En *Law and Contemporary Problems*. s.l.: Duke University, 2004.
- Schwartz, David. “Enforcing small print to protect big business: employee and consumers right claims in the age of compelled arbitrations”. *Wisconsin Law Review*, No. 33, 1997.
- Serrano Puig, Armando. “La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral. Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano”. En Carlos Alberto Soto, director, *Tratado de Derecho arbitral*, tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Peruano de Arbitraje y Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Summers, Clide. “Alternative Dispute Resolution in United States”. En Patricia Kurczyn Villalobos, coordinadora, *Derecho social. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- Trujillo, Julio César. “Solución alternativa de conflictos laborales”. En *Medios alternativos en la solución de conflictos legales*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1994.
- Van Wezel Stone, Katherine. “Mandatory arbitration of individual employment rights: the yellow dog contract of the 1990s”. *Denver University Law Review*. Vol. 73, 1995-1996.
- Vásquez Palma, María Fernanda. “La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”. *Ius et Praxis*. Vol. 12, No. 1, 2006.
- Vidal Salazar, Michael. “Oralidad y garantías constitucionales en el proceso laboral”. En Geovanny Priori Posada, editor, *Proceso y constitución: actas del II Seminario de Derecho Procesal*. Lima: Ara y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

## OTROS

- Constituciones ecuatorianas: 1929, 1945, 1967, 1979, 1998, 2008.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Sentencias nacionales.
- Corte Constitucional para el período de transición.
- Sentencias extranjeras.
- Sentencia C-878/05, 23-VII-2005, Corte Constitucional, Colombia.
- Sentencia de 28-II-2008, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela.

Fecha de recepción: 25 de julio de 2016  
 Fecha de aprobación: 9 de agosto de 2016

# Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso laboral en Ecuador: la experiencia de la Ley 1010 de 2006 en Colombia

*Lina Victoria Parra Cortés\**

## RESUMEN

El tema del acoso laboral ha recibido bastante atención durante los últimos lustros, por lo que varios países han legislado para prevenirlo y afrontar jurídicamente los conflictos laborales que suscita. El objetivo del presente artículo es revisar algunos aspectos de las normas jurídicas colombianas al respecto y dejar planteados algunos temas que deberían ser objeto de debate en Ecuador, en vista de que el país tiene algunas normas de protección pero no cuenta con una Ley específica sobre el tema; además de que ya es hora de llamar la atención a los diferentes lugares de trabajo para que se adapten y afronten esta cuestión.

**PALABRAS CLAVE:** acoso laboral, mobbing, hostigamiento laboral, clima laboral, derechos laborales.

## ABSTRACT

A transcendental aspect that must be taken into account related to the recent procedural reforms is that with COGEP has established a new abbreviated procedure for all labor cases. This means that in first instance, these cases will be comprised of a single hearing to address any procedural defects, submit and analyze evidence and rule on the matter. The objective of this article is to show the disadvantages that opting for such a procedure carries in practice for not being adequate for all labor cases, mainly for the complexity of some cases and the apparent inability of judges and lawyers to tackle all those issues in a single hearing.

**KEYWORDS:** Constitution, procedural principles, summary procedure, single hearing.

FORO

---

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

## INTRODUCCIÓN

¡M e hacen la vida imposible en la oficina! ¿Cuántas veces ha escuchado, o peor aún, pronunciado esta frase, pero se ha detenido a pensar en el trasfondo de la situación: en realidad su jefe o jefa es simplemente una mala persona? ¿o existe evidencia de que alguien quiere provocar que abandone su puesto de trabajo? ¿Son sus compañeros o compañeras de trabajo quienes hacen de su vida laboral un calvario? ¿es usted el jefe o jefa y ha sido la persona agredida?

El acoso laboral es una problemática que puede afectar a cualquier persona. Revisite una naturaleza compleja, pues puede configurar un conflicto laboral, pero también puede llegar a ser una violación de derechos fundamentales<sup>1</sup> por parte de particulares y/o de servidores públicos.

De acuerdo con José Romera Romero,<sup>2</sup> la violencia en el lugar de trabajo es un tema que ha suscitado gran interés académico en las últimas tres décadas, desde los años de 1980, cuando el profesor de la Universidad de Estocolmo Heinz Leyman iniciara las investigaciones sobre el *mobbing*, basándose en los estudios previos de Konrad Lorenz sobre comportamiento animal (etología). Agrega Romera que Lorenz utilizó el término para describir el “ataque coaligado de un grupo de animales contra otro individuo más fuerte de su misma especie”.<sup>3</sup>

El acoso laboral tiene como fin menoscabar psicológicamente a la persona acosada y propiciar su salida de un lugar de trabajo, bien sea por despido o renuncia de la persona hostigada,<sup>4</sup> por una de las siguientes dos razones: (i) la persona acosada representa una amenaza para quien le hostiga, bien sea porque tiene mayores competencias profesionales y/o personales; (ii) al propiciar de manera artificial el despido o la renuncia se evita el pago de indemnizaciones, beneficios, compensaciones, reparaciones u otros relacionados con la terminación intempestiva de la relación laboral.

Al respecto, indica Iñaki Piñuel que el acoso “tiene como objetivo intimidar, apocar, reducir, aplanar, amedrentar y consumir emocional e intelectualmente a la vícti-

- 
1. En este artículo se usarán de manera sinónima las expresiones *derechos fundamentales* y *derechos humanos*, entendiéndolos como aquellos derechos que se encuentran establecidos por normas, nacionales o internacionales, para la protección de la dignidad humana. Se reconoce que existe un uso diferenciado de los términos en la academia, pero para efectos del presente documento el debate terminológico no es relevante.
  2. José Romera Romero, *Acoso psicológico laboral: Guía* (Madrid: Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2003).
  3. *Ibíd.*
  4. José Carlos Fuertes Rocañín, *¡Mobbing! Psicoterrorismo en el trabajo* (Madrid: Arán, 2004), 29 y s.; Beatriz Agra Viforcós, Roberto Fernández Fernández y Rodrigo Tascón López, *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo* (Murcia: Laborum, 2004), 43; Iñaki Piñuel, *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo* (Santander: Sal Terrae, 2001), 52; Romera Romero, *Acoso psicológico laboral: Guía*, 21 y s.

ma, con vistas a eliminarla de la organización o a satisfacer la necesidad insaciable de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador...”<sup>5</sup>; agrega el autor que en ocasiones la situación organizativa, por ejemplo en términos de reducción de costos, es más bien una excusa que le permite al hostigador canalizar impulsos y tendencias psicopáticas.<sup>6</sup>

El acoso, explica Piñuel,<sup>7</sup> puede mostrarse a partir de cinco conductas de acuerdo con lo que explica Leymann: a) Obstrucción y reducción de la comunicación de la víctima; b) Evitar contacto social; c) Desacreditar o afectar la reputación personal o laboral de la persona hostigada; d) Reducción de la ocupación y empleabilidad de la víctima; y e) Afecciones directas a la salud física o psíquica de la víctima y/o a su patrimonio.

Teniendo en cuenta que el acoso laboral sería el género, podrían identificarse tres modalidades dependiendo del nivel de afectación y los mecanismos de ataque empleados. De acuerdo con Susana Moreno las *especies* de acoso serían tres:

- Acoso moral o *mobbing*, también conocido como hostigamiento psicológico, violencia psicológica en el trabajo, acoso ambiental, *bossing* (si el sujeto que ejerce la violencia psicológica es superior jerárquico). Este suele presentarse con conductas intimidatorias por lo general de tipo verbal, y otras que no son visibles, aunque en los casos más graves se puede llegar a la agresión física.
- Acoso sexual y acoso por razón de sexo, que tienen relación con el sexo de la persona. Este es mayormente sufrido por las mujeres, pero bien podría ocurrir contra hombres.
- Acoso discriminatorio, aquel que tiene su causa en aspectos o características de la persona como el origen racial o étnico, la religión o convicciones personales, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, entre otros.<sup>8</sup>

La doctrina identifica además tres tipos de acoso según la persona que la realice: a) Ascendente: del subordinado al superior jerárquico o funcional; b) Horizontal: entre iguales jerárquicos; y c) Descendente: del superior al subordinado jerárquico o funcional. Esto permite observar la compleja naturaleza y manifestaciones que tiene la violencia en el lugar de trabajo, pues sus graves consecuencias para la persona –secuelas físicas y psíquicas muchas veces irreparables–, para la sociedad y la organización laboral, trascienden el ámbito individual de las patologías psicológicas, y hacen que este fenómeno se deba situar en el radar de lo jurídico, requiriendo la intervención del Estado.

---

5. Piñuel, ¡*Mobbing!* *Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, 55.

6. *Ibid.*

7. *Ibid.*, 70-2.

8. Susana Moreno Cáliz, “Apuntes sobre el concepto legal de acoso laboral”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, No. 218 (2009): 56.

## NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN

En el ámbito internacional se debe tener presente el marco general de protección de derechos humanos: instrumentos universales y regionales de derechos humanos, que hacen parte de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano y que también rigen para Ecuador. Dentro de los primeros se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y los respectivos Protocolos Facultativos de cada uno de los Pactos (1966 y 2008 respectivamente). A nivel interamericano se encuentran la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o Protocolo de San Salvador (1988).

En virtud de estos instrumentos, todos los Estados parte –dentro de los que se incluyen el colombiano y el ecuatoriano– deben básicamente respetar, proteger, sancionar y promover los derechos humanos contenidos en ellos; en tal caso, debe al menos incorporar en la legislación interna medidas tendientes a garantizar el respeto a la dignidad humana, integridad personal, garantías judiciales (artículos 11, 5 y 8 del Pacto de San José); también estarían la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y la protección contra ataques a la honra y reputación personal (artículos 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, claro está, el derecho al trabajo en el sentido más amplio (artículo 6 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Adicionalmente, deben garantizar el trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Protocolo de San Salvador) y la seguridad y la higiene en el trabajo (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Este requisito en Colombia ha sido satisfecho *prima facie* con la incorporación de la normatividad que se mencionará más adelante.

Es importante mencionar la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005), de acuerdo con la cual:

7. El trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un *trabajo digno*. Este es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el *respeto a la integridad física y mental* del trabajador en el ejercicio de su empleo (las cursivas me pertenecen).

43. Para crear condiciones favorables al disfrute del derecho al trabajo, es menester que los Estados Partes adopten medidas apropiadas para hacer que tanto el sector privado como el sector público tengan conciencia del derecho al trabajo en el ejercicio de sus actividades.<sup>9</sup>

Como se puede ver, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entiende el derecho al trabajo de manera amplia, no solo refiriéndose a la posibilidad, y a la libertad, de escoger una ocupación, sino desarrollando el contenido de este derecho en el sentido de incluir el bienestar físico, emocional y mental de trabajadores y trabajadoras como parte esencial del mismo. Si bien no se trata de una interpretación que se refiera de manera expresa al acoso laboral, se debe entender que las afectaciones que este genera y las conductas mediante las que se despliega atentan contra el trabajo digno y, como se menciona en el numeral 43 de la observación, las acciones para realizarlo son de competencia de los estados, del sector público y privado.

Para finalizar este apartado se deben mencionar las obligaciones internacionales que le corresponden a los estados en el marco de su pertenencia a la Organización Internacional del Trabajo (OIT).<sup>10</sup> Estas se pueden enmarcar en los *derechos humanos laborales*,<sup>11</sup> que son una serie de principios y derechos que indican las “condiciones mínimas de vida y trabajo para las personas”,<sup>12</sup> y fueron desarrollados por la OIT en dos documentos fundamentales: La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo<sup>13</sup> y la Memoria del Director General (de la OIT)-Trabajo Decente de 1998<sup>14</sup> que pueden resumirse en los siguientes:

- La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- La abolición efectiva del trabajo infantil.

9. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación General No. 18”. Disponible en [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN18](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN18).

10. Existen otros instrumentos internacionales que también guardarían relacionan con el tema bajo estudio, como la CEDAW y la Convención contra todas las formas de discriminación racial, entre otros, pero no se abordarán pues desbordan el alcance del presente escrito. Resultaría de vital importancia realizar un análisis posterior.

11. Angélica Porras Velasco, “Los derechos laborales y la Seguridad Social en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009), 162-3.

12. *Ibid.*, 160.

13. Organización Internacional del Trabajo, “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998”. Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm#Top>. Claro está que estos derechos ya se encontraban recogidos por los Convenios 87, 98, 29, 105, 138, 182, 100 y 111 de la OIT.

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



- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.
- Trabajo decente: empleo adecuado, remuneración justa, protección social apropiada, y empleo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.
- Diálogo social.

Como se observa, si bien no hay alusión directa al acoso laboral, se establece de manera amplia el derecho a trabajar en condiciones dignas y seguras, lo que implica que exista un trabajo libre de violencia y respetando los derechos fundamentales de las personas, por lo que la preocupación del legislador al introducir normas que protejan a los y las trabajadoras va en la dirección correcta, aun cuando haga falta evaluar el camino recorrido y las dificultades existentes para conseguir lugares de trabajo libres de acoso.

Antes de que Ecuador asuma el reto de legislar sobre el acoso laboral resulta de vital importancia considerar las lecciones aprendidas en otras latitudes, como es el caso que nos ocupa hoy: el de la experiencia colombiana, pues es en la práctica en donde se han hecho evidentes las limitaciones de la norma jurídica.

## **ALCANCE DE LA LEY 1010 DE 2006 SOBRE ACOSO LABORAL**

En Ecuador no existe una norma que regule de manera expresa el acoso laboral, por ello en el presente artículo se toma como referencia el caso de Colombia, que en enero de 2006 expidió la Ley 1010, para adoptar medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. Pese a lo anterior, sería impreciso simplemente decir que no existen normas ecuatorianas que protejan contra el hostigamiento, pues, aunque dispersas, sí existen algunas como las siguientes:

- Art. 331 de la Constitución: prohibición del acoso o cualquier otra forma de violencia contra las mujeres en el trabajo.
- Art. 154, 156, 157, 158, 159, 166, 176, 177 del Código Orgánico Integral Penal: delitos de intimidación, violencia física, psicológica o sexual contra la mujer, acoso sexual, discriminación y delitos de odio.
- Art. 48, letras. f, l y ñ y Disposición general 19 de la Ley Orgánica de Servicio Civil: destitución por injurias graves, actos de acoso sexual, atentar contra derechos humanos de servidora o servidor de la institución por medio de cualquier tipo de coacción, acoso o agresión, y acompañamiento psicológico a servidor o servidora que se encuentre dentro de un proceso de esclarecimiento sobre los delitos de acoso o agresión.
- Art. 410 del Código del Trabajo: obligaciones respecto de la prevención de riesgos. En esta norma se contempla que es obligación de los empleadores asegurar a

sus trabajadores condiciones de trabajo seguras y salubres, lo que incluiría aquellas medidas necesarias para garantizar no solo la salud física sino también la emocional y mental. También se regula la obligación de los trabajadores de acatar las medidas de prevención, seguridad e higiene so pena de que su omisión constituirá justa causa para la terminación del contrato de trabajo. Esta disposición debería entenderse de manera amplia, pues quien incumpla dichas medidas de seguridad, no solo en perjuicio propio sino también de otras personas, incurre en la conducta establecida por este artículo y por ende existiría una justa causa que permite poner fin al contrato de trabajo a la persona hostigadora.

- Art. 172, 173, 183, 195.3, 621 y 622 Código del Trabajo: visto bueno, calificación del mismo, indemnizaciones especiales por injurias discriminatorias en el procedimiento de visto bueno. En este caso se debe empezar a plantear la posibilidad de que el Inspector del Trabajo niegue el visto bueno si detecta que existen injurias del empleador y estas responden más bien a un proceso de acoso laboral, o que este se solicita por ausencias, baja de rendimiento o desempeño de la persona acosada, pero estas son consecuencia del hostigamiento.

Visto lo anterior, es procedente abordar los principales aspectos de la Ley colombiana contra el acoso laboral, empezando por sus orígenes. Se indicaba en la exposición de motivos del proyecto de Ley 1010<sup>15</sup> que el acoso laboral es una realidad social cotidiana extendida y de violencia naturalizada, debido a la poca conciencia sobre su existencia y la legitimidad fáctica “originada en la cultura autoritaria y en la indiferencia cómplice del legislador”, llegando inclusive a considerarse connatural al ejercicio de potestades de mando en las relaciones laborales.

Reconocía también el legislador colombiano que la forma de acoso laboral más conocida era la sexual, aunque para el año 2006 esta conducta no se encontraba penalizada, ni expresamente reconocida en el ordenamiento jurídico. Solo hasta el año 2008, con la Ley 1257, se creó el tipo penal de acoso sexual (art. 210 A del Código Penal), para dar un tratamiento más severo a esta conducta, incluyendo aquel que ocurriera en ámbitos laborales.

Por último, la protección en casos de acoso laboral se completó en diciembre de 2011 con la expedición de la Ley 1482, que en su artículo 3 incorporó el tipo penal de hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural, agravado cuando sea realizado por servidores públicos, y también cuando se oriente a negar o restringir derechos laborales (art. 134 B y 134 C).

---

15. Cámara de Representantes, Colombia, “Proyecto de Ley 88 de 2004”, en Gaceta del Congreso No. 400 de 2004. Disponible en <<http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>>.

Como se observa, la legislación colombiana respondió en tres momentos distintos a las tres diferentes especies de acoso laboral reconocidas en la doctrina española, y que se indicaron atrás, moral, sexual y discriminatorio.<sup>16</sup> Por otra parte, el legislador buscó responder de manera integral a esta problemática a partir de la adopción de medidas de tipo (1) preventivo, (2) punitivo y (3) resarcitorio, que se presentan de manera resumida en el siguiente gráfico:

Tabla 1  
Grupos de medidas

Tipo de medida	Acciones contempladas en la Ley 1010 de 2006	
<b>Preventivas y correctivas</b>	En la empresa (reglamento de trabajo)	Inclusión de mecanismos de prevención.
		Establecimiento de un procedimiento interno, confidencial y conciliatorio.
		Posibilidad de comités de empresa de asumir funciones relacionadas.
<b>Punitivo/sancionatorio</b>	Autoridades administrativas y otras	Denuncia ante Inspecciones de Trabajo, Inspectores Municipales de Policía, Personeros Municipales, Defensoría del Pueblo.
	<ul style="list-style-type: none"> <li>Falta disciplinaria gravísima en el Código Disciplinario Único (servidores públicos).</li> <li>Sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales para quien lo realice y para el empleador que lo tolere.</li> <li>Obligación de pagar a las Empresas Prestadoras de Salud y las Aseguradoras de Riesgos Profesionales el 50% del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de salud y demás secuelas.</li> <li>Multa a la queja temeraria.</li> </ul>	
	Con relación al contrato de trabajo	<ul style="list-style-type: none"> <li>Presunción de justa causa de terminación por parte del trabajador particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo.</li> <li>Justa causa de terminación o no renovación, según la gravedad de los hechos, cuando sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno.</li> </ul>
<b>Resarcitorio</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Garantías contra actitudes retaliatorias.</li> <li>Causal de terminación del contrato de trabajo sin justa causa e indemnización del art. 64 del Código Sustantivo de Trabajo.</li> <li>Otras que resulten pertinentes (por ejemplo, traslados de sede).</li> </ul>	

Fuente: República de Colombia, Ley 1010 de 2006.  
Elaboración propia.

16. Susana Moreno Cáliz, “Apuntes sobre el concepto legal de acoso laboral”, 56.

Como se observa, el legislador intenta dar respuesta al acoso laboral estableciendo medidas en tres momentos que bien pueden denominarse antes, durante y después. Las primeras se enfocan en prevenirlo desde la prohibición de las conductas que lo configuran en los reglamentos de trabajo, y en el establecimiento de los mecanismos de manejo interno una vez que se presenta. Las segundas se enfocan principalmente en la sanción tanto a la persona hostigadora como al empleador tolerante; como se verá más adelante, ya no se trata solo de un problema de índole laboral, pues el hostigamiento puede llegar incluso a conocimiento de la jurisdicción penal. Por último, se encuentran las medidas de tipo resarcitorio, enfocadas en el tema patrimonial y en prevenir la retaliación, lo que no obsta para que se puedan incluir otra clase de acciones que permitan restablecer la salud de la persona acosada. En particular este último tipo debería orientarse en restablecer a la persona a la situación anterior, aminorando las secuelas del acoso laboral, que dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso puede llegar a generar *enfermedad laboral o profesional*.

Se puede observar –así mismo– que se trata de un problema de derecho constitucional, pues el acoso afecta la dignidad humana y otros derechos fundamentales como no ser discriminado, salud, vida, intimidad, buen nombre, y en algunos casos, la libertad de expresión, todos consagrados por la Constitución Política colombiana y que han sido positivizados de manera similar en la Constitución de la República del Ecuador, por ejemplo, en los artículos 3, 11 y 33, entre otros.

Al respecto recuerda Fabregat, que los derechos fundamentales también tienen eficacia horizontal, por lo que “el trabajador no deja sus derechos en la puerta de la empresa cuando va a trabajar, sino que los derechos fundamentales del trabajador están presentes en la relación laboral”.<sup>17</sup>

Por esta razón, el legislador en Colombia refirió expresamente los bienes jurídicos protegidos en el artículo 1 de la Ley 1010: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa. Esto en lo que atañe a nivel doméstico de obligaciones de derechos humanos, pues internacionalmente –entre otros– Colombia adhirió a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José y se encuentra sujeta a los Principios y derechos enunciados en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como se mencionó atrás.

En el primer orden, el doméstico, es preciso indicar que la Ley 1010 de 2006 busca, aunque de forma difusa, la protección de los derechos indicados a través del

---

17. Gemma Fabregat Monfort, “El acoso laboral en el ordenamiento jurídico laboral español. Breves apuntes”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, No. 35 (2011): 36.

establecimiento de mecanismos de prevención, tales como la modificación de los reglamentos de trabajo, traslados de dependencia, el establecimiento de procedimientos confidenciales de solución de conflictos y la posibilidad de que los Personeros Municipales o la Defensoría del Pueblo acudan a los Inspectores de Trabajo y a los Inspectores Municipales de Policía, en caso de que el empleador fuese renuente a iniciar los procedimientos confidenciales y/o terapias indicadas en el artículo 9.

Ahora bien, si estas medidas fallan la Ley indica varios mecanismos de sanción, tales como la presunción de tolerancia del hostigamiento por parte del empleador y la consecuente causal de despido injustificado, sanciones disciplinarias si se trata de servidores públicos, sanciones económicas (multas y pago de tratamientos médicos).

Estas medidas se mezclan con las de resarcimiento, pues será en un proceso ante los jueces labores competentes que las víctimas de acoso deberán solicitar las indemnizaciones del caso y serán las Entidades Prestadoras de Salud y las Administradoras de Riesgos Profesionales (instituciones que no tienen homólogo en Ecuador) las encargadas de asumir la prestación de los servicios en salud tendientes a restablecer física y psíquicamente a la persona afectada.

Por otra parte, en los casos particulares de acoso sexual en el trabajo y acoso discriminatorio, será aplicable lo dispuesto en los artículos 210 A, y 134 B y 134 C respectivamente, del Código Penal, pues la conducta ya rebasa la esfera civil y laboral y tiene consecuencias delictivas.

En todo caso, deberá valorarse la situación particular de la persona para evaluar la posibilidad de la interposición de una acción de tutela como mecanismo transitorio, pues la realidad suele desbordar los supuestos normativos, y, si bien la Ley 1010 de 2006 es bien intencionada, olvida aspectos como las medidas cautelares, necesarias cuando se presentan casos de acoso laboral, y protege inconscientemente al acosador, al no incluir en el numeral 6 del artículo 10 como medida sancionatoria, la posibilidad de terminar el contrato por justa causa a quien hostiga.

## **DIFICULTADES A LA HORA DE APLICAR LA LEGISLACIÓN SOBRE ACOSO LABORAL EN COLOMBIA**

Una investigación<sup>18</sup> sobre algunos de los casos judicializados en Colombia durante 2006 y 2011 encontró que existen tres conjuntos de barreras de acuerdo con el ámbito

---

18. Adriana Camacho Ramírez, Edna Morales y Leonardo Guiza, “Barreras al acceso a la justicia en el acoso laboral”, *Opinión Jurídica*, vol. 13, No. 25 (2014): 121-38.

de ocurrencia: 1. al interior de la misma empresa, 2. frente a las autoridades administrativas, y 3. ante la jurisdicción ordinaria.

A continuación se presenta una tabla en donde se resumen las situaciones descritas por los investigadores. Se debe indicar que la enunciación de temas sirve como hilo conductor para la reflexión en el presente artículo, pero el análisis que se realiza a continuación gira en torno a algunos aspectos no estudiados por ellos y que resultan relevantes para posteriores reflexiones sobre el manejo del acoso laboral en el contexto ecuatoriano.

Tabla 2  
**Barreras en el acceso a la justicia**

Ámbito de ocurrencia	Dificultades
<b>1. En el interior de la misma empresa</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Temor a denunciar, dificultad probatoria y tiempo.</li> <li>- Conformación del Comité de Convivencia Laboral (CCL).</li> <li>- Reglamentos de trabajo (se debe incluir también el sector público).</li> <li>- Desconocimiento y confusión de la norma.</li> <li>- Contexto de empresas familiares – no atenuantes.</li> </ul>
<b>2. Ante las autoridades administrativas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No racionalidad para abordar la conciliación.</li> <li>- Dificultad probatoria.</li> </ul>
<b>3. Ante la jurisdicción ordinaria</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El problema del contrato realidad.</li> <li>- El término de caducidad.</li> <li>- Ausencia de pruebas.</li> <li>- Pruebas inválidas.</li> </ul>
Fuente: Adriana Camacho Ramírez y otros. <sup>19</sup> Elaboración propia.	

Es pertinente hacer una precisión terminológica, pues teniendo en cuenta que el acoso laboral es una problemática social que ocurre tanto en el sector público como en el privado, y en todo tipo de entidades productivas, en este escrito se preferirá hablar de *lugar de trabajo*, pues las situaciones de hostigamiento bien pueden ocurrir en una organización de la sociedad civil, en un ministerio o en una Pyme, entre otros, por lo que el término *en el interior de la empresa* usado por los investigadores citados resulta excesivamente restrictivo.

Habiendo hecho esta aclaración, se puede indicar que las dificultades vividas en el interior del *lugar de trabajo* surgen de manera primordial por el desconocimiento de las normas sobre protección contra el acoso laboral. De esta forma, a la hora de

19. *Ibíd.*

redactar los reglamentos de trabajo, los lugares de trabajo, en especial las unidades productivas más pequeñas, suelen obviar consideraciones sobre la manera de regular estos conflictos.

### **i) DIFICULTADES AL INTERIOR DEL LUGAR DE TRABAJO**

Teniendo en cuenta que el primer objetivo debe ser la prevención del acoso laboral, se deben regular códigos de conducta que proscriban comportamientos constitutivos de hostigamiento al interior de los lugares de trabajo. Esto representa un reto, pues resulta difícil crear o modificar normas internas cuando la cultura tiende a naturalizar las situaciones de violencia y a confundirlas con mecanismos de presión para aumentar la productividad y el rendimiento de las personas.

Además, las mayores exigencias del *mercado de trabajo*, tanto internas como externas, han cambiado la forma en que las personas se relacionan en sus lugares de trabajo; María del Rosario Miers sostiene que “la jungla laboral se ha vuelto más destruyente, ya que para sobrevivir a un puesto muchos empleados no dudarán en traicionar a sus compañeros, jefes y a ellos mismos, cayendo en tristeza, depresión o enojo”.<sup>20</sup>

Otro aspecto que se debe tener en cuenta es el desconocimiento y confusión de las normas que prohíben esta conducta y de los actos que la constituyen; por ejemplo, es usual que se confunda el acoso laboral, como género, con una de sus especies, el sexual, por lo que algunas personas no identifican ciertas agresiones como hostigamiento laboral, y en nuestras sociedades marcadamente patriarcales se tendería a pensar que por ende solo afecta a las mujeres.<sup>21</sup>

Además, se debe tener presente que los actos de hostigamiento también pueden constituir conductas contrarias al régimen disciplinario de los servidores públicos, por lo que las entidades públicas afrontan un doble reto en este sentido, pues deberán compatibilizar el procedimiento por acoso laboral con el proceso disciplinario a que haya lugar.<sup>22</sup>

---

20. María del Rocío González Miers, *Acoso laboral (mobbing) y liderazgo* (México DF: Alfaomega, 2012), 84.

21. Sobre esta confusión ver por ejemplo Europa Press “UGT y CC.OO. alertan sobre la ‘invisibilidad’ del acoso laboral en el Día internacional contra la violencia machista”. Disponible en <<http://www.20minutos.es/noticia/2612493/0/ugt-cc-oo-alertan-sobre-invisibilidad-acoso-laboral-dia-internacional-contra-violencia-machista/#xtor=AD-15&xts=467263>>. Esta nota es del 24 de noviembre de 2015, por lo que se puede evidenciar que no es un problema ya superado.

22. Colombia. Procuraduría General de la Nación y Departamento Administrativo de la Función Pública, *Una perspectiva preventiva del acoso laboral. Balance de la implementación y aplicación de la Ley 1010 de 2006 en las entidades del sector público* (Bogotá, 2007), 25. En Colombia el proceso disciplinario se contempla en la Ley 734 de 2002-Código Disciplinario Único.

El segundo objetivo consistirá en crear los mecanismos de manejo del conflicto laboral en aras de evitar su escalamiento; por esta razón la Ley 1010 de 2006 prevé la creación de los comités de empresa, mejor conocidos como *Comités de Convivencia Laboral*,<sup>23</sup> cuyas funciones básicas radican en la mediación de los conflictos por hostigamiento y el mejoramiento de los mecanismos preventivos del mismo.

Un inconveniente surgió en cuanto a la conformación de los comités debido a que ni en la Ley ni en las resoluciones se establecía la forma de hacerlo y se presentaba un déficit democrático, pues por lo general se elegía como miembros a personas que tenían cercanía con los altos mandos y a miembros de la planta directiva o personal con cargos de manejo y confianza,<sup>24</sup> y los trabajadores no podían votar o influir en el proceso; esto ponía en entredicho la imparcialidad de sus miembros, pues ellos también debían responder a órdenes de sus superiores jerárquicos. Las repercusiones para las personas trabajadoras eran el aumento del temor a denunciar y la percepción de la poca utilidad de iniciar un procedimiento confidencial de denuncia.

Ahora bien, en cuanto a las instituciones públicas se encontró en 2007, con ocasión de una investigación conjunta de la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Administrativo de la Función Pública,<sup>25</sup> que estos comités se organizaron en un número representativo de entidades a través de la delegación de funciones en las oficinas de control interno y asuntos jurídicos,<sup>26</sup> lo que de nuevo afectaba la imparcialidad del procedimiento, la representación democrática y la confianza en el funcionamiento del procedimiento establecido por la Ley 1010.

Por fortuna esta situación cambió en el año 2012 con la resolución 1356 del Ministerio del Trabajo que estableció el *principio de paridad* en la conformación de los comités. Ahora deben estar compuestos por dos representantes del empleador y dos de los trabajadores, o uno y uno cuando se trate de empresas con menos de veinte trabajadores. Aunque pervive el mecanismo de designación directa del representante del empleador, los trabajadores elegirán a sus representantes por medio de votación secreta. No queda claro en todo caso el significado de la disposición en cuanto a los servidores públicos, pues en estricto sentido estos no tienen un *empleador*, por lo que

---

23. Estos comités están regulados por la Resolución 2646 de 2008 del Ministerio de la Protección Social y las Resoluciones 652 y 1356 de 2012 del Ministerio del Trabajo.

24. En este sentido Adriana Camacho Ramírez, Edna Morales y Leonardo Guiza, “Barreras al acceso a la justicia en el acoso laboral”, 126; y Riesgos profesionales de Colombia “La ley de acoso laboral ¿Si es un instrumento efectivo?”. Disponible en <<http://riesgosprofesionales.blogspot.com/2007/07/la-ley-de-acoso-laboral-si-es-un.html>>.

25. Colombia. Procuraduría General de la Nación y Departamento Administrativo de la Función Pública, *Una perspectiva preventiva del acoso laboral. Balance de la implementación y aplicación de la Ley 1010 de 2006 en las entidades del sector público* (Bogotá, 2007).

26. *Ibid.*, 14-5, 17, 19, 25.



se deberá acudir a cada caso en concreto para determinar la conformación y régimen legal aplicable, para poder conformar los comités, y en lo posible evitar las designaciones de estas funciones en instancias como la oficina jurídica o la de recursos o talento humano.

Para la conformación y selección de miembros de los comités se deben además tener presentes dos requisitos: 1. no podrá conformarse con servidores públicos o trabajadores a los que se les haya formulado una queja de acoso laboral, o que hayan sido víctimas de acoso laboral, en los últimos seis meses anteriores a su conformación; 2. preferiblemente deberán contar con competencias actitudinales y de comportamiento tales como respeto, imparcialidad, tolerancia, serenidad, confidencialidad, reserva en el manejo de información, ética, y habilidades de comunicación asertiva, liderazgo y resolución de conflictos.

El tercer objetivo será regular los procedimientos internos para tramitar el conflicto. Sobre este punto existe amplitud, pero se debe operar bajo una serie de principios mínimos como la confidencialidad, la conciliación o solución pacífica de conflictos y la efectividad (numeral 1 del art. 9 de la Ley 1010). A estos se deberían agregar el respeto al debido proceso, la garantía de no retaliación (contra víctimas y testigos) y la imparcialidad, entre otros. En todo caso, esta instancia sería un mecanismo extrajudicial, por lo que no debe entenderse como un requisito de procedibilidad para acudir ante las autoridades administrativas y/o jurisdiccionales.

Una complejidad adicional debe tenerse en cuenta cuando se hable del acoso laboral en el contexto de empresas familiares, pues la relación o parentesco no puede considerarse como una circunstancia atenuante del hostigamiento, ni como eximente; así lo declaró la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-898-06<sup>27</sup> cuando consideró inexecutable el literal f del art. 3 de la Ley 1010 de 2006, en el que se incluía a los vínculos familiares y afectivos como atenuante del acoso laboral.

Si bien el tema del manejo de los conflictos entre parientes en empresas familiares excede los alcances del presente artículo, vale la pena indicar que su adecuado manejo es uno de los retos que deben afrontar los Comités de Convivencia Laboral, más aún si se tiene en cuenta que en este tipo de instituciones no solo se involucran intereses comerciales, sino también asuntos de índole personal, que según la gestión hecha pueden representar la continuidad del proyecto o su fin.

---

27. Colombia, Corte Constitucional “Sentencia C-898 de 2006”. Disponible en <[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-898\\_2006.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-898_2006.html#1)>.

Vistos estos tres objetivos relacionados con la prevención y el manejo de las situaciones de acoso al interior de los lugares de trabajo, procede ahora hablar de lo que ocurre ante autoridades administrativas.

## ii) DIFICULTADES ANTE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Una de las dificultades que enfrentan las víctimas de acoso laboral se presenta a la hora de poner el caso en conocimiento de las autoridades administrativas competentes<sup>28</sup> (Inspectores de Trabajo, Inspectores Municipales de Policía, Personeros Municipales o ante la Defensoría del Pueblo), pues su labor ha sido entendida solo como un mero requisito formal que debe agotarse para poder acudir a instancias jurisdiccionales.

En el número 2 del artículo 9 de la Ley 1010 se indica que la labor de estas autoridades consiste en primer lugar en conminar preventivamente al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales y programe actividades pedagógicas o terapias grupales para mejorar las relaciones laborales, pero teniendo en cuenta el número 3 del mismo artículo, también tendrían la posibilidad de adelantar conciliaciones pues tienen competencia para tal fin,<sup>29</sup> a menos de que la persona acuda a otra institución, como por ejemplo, un centro privado de conciliación.

Tristemente persiste una percepción de la conciliación o mediación como algo ineficaz para la solución de conflictos,<sup>30</sup> y el caso bajo estudio no es la excepción. Cuando las autoridades administrativas convocan a las audiencias de conciliación, lo usual es que las partes inasistan a las audiencias o que no se logren acuerdos,<sup>31</sup> ni tan siquiera parciales, muchas veces por el desconocimiento de la dinámica de esta figura y sus efectos jurídicos. Se debe evitar asumir a la conciliación o mediación solo como un mero requisito de procedibilidad.

---

28. Adriana Camacho Ramírez, Edna Morales y Leonardo Guiza, “Barreras al acceso a la justicia en el acoso laboral”, 129.

29. Sobre la competencia de las autoridades administrativas mencionadas en este texto para llevar a cabo conciliaciones o mediaciones en Colombia se sugiere ver las Leyes 640 de 2001, 446 de 1998 y demás concordantes.

30. En específico sobre percepción de la eficacia de la conciliación en equidad ver: María Lourdes Ramírez Torrado y otros, “Percepción de la figura de la conciliación en equidad como una forma de administrar justicia en Barranquilla (Colombia)”, *Revista de Derecho (Universidad del Norte)*, No. 38 (2012): 172-95. Sobre la forma de percibir a la conciliación como un mero trámite formal ver: Rafaela Ester Sayas Contreras “Conciliaciones formales vs. conciliaciones en clave comunicativa”, *Revista Opinión Jurídica (Universidad de Medellín)*, vol. 7, No. 13 (2008): 115-37.

31. Camacho Ramírez, Edna Morales y Leonardo Guiza, “Barreras al acceso a la justicia en el acoso laboral”, 129.

Por otra parte es relevante que los funcionarios de la Administración que se encarguen de llevar a cabo las conciliaciones o mediaciones cuenten con la formación profesional requerida para que este mecanismo sea eficaz, y en especial en el caso del acoso laboral se requiere que tengan una especial sensibilidad pues los mecanismos de maltrato y hostigamiento son de un refinamiento tal que llegan a ser imperceptibles para terceros.

### iii) DIFICULTADES ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Para finalizar, es necesario dedicar algunas líneas a tres aspectos más que afectan el acceso de las personas víctimas de acoso laboral a la justicia: 1. la cuestión probatoria, 2. la desprotección de los contratistas, y 3. la caducidad de la acción.<sup>32</sup>

- *La cuestión probatoria.* En cuanto a las pruebas se encuentra tal vez la mayor dificultad, pues estas pueden no existir, ser extremadamente difíciles de recabar y en el peor de los casos, no surtir efectos por resultar inválidas en criterio del Juez. La dificultad probatoria empieza en el momento mismo del hostigamiento, la Ley 1010 (art. 2) establece con claridad lo que debería considerarse como acoso laboral:
  - Maltrato laboral. Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.
  - Persecución laboral: toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.
  - Discriminación laboral: «Numeral modificado por el artículo 74 de la Ley 1622 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:» todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.

---

32. *Ibíd.*, 130-4.

- Entorpecimiento laboral: toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.
- Inequidad laboral: Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.
- Desprotección laboral: Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.

Ahora, le pregunto a Ud.: ¿Cómo se prueba sumariamente un acto de violencia moral? ¿Y una expresión verbal injuriosa que ocurrió en privado entre acosador y hostigado? ¿Y si las expresiones son a espaldas de la persona acosada? ¿Y el ocultamiento de mensajes electrónicos? Es más, ¿no invitarle a un evento social de la empresa puede ser considerado discriminación laboral? ¿Y qué me dice de las órdenes verbales adicionales de trabajo? ¿Y si más bien se trata de un caso de síndrome del quemado o *burnout*?<sup>33</sup>

Un aspecto que aún no se resuelve es el de la prueba inválida, pues por ejemplo realizar una grabación de audio o video sin el consentimiento del acosador tendría como consecuencia la invalidez de la prueba; por otra parte, la presunción de inocencia es un principio rector que rige para toda actuación, por lo que sería inconstitucional invertir la carga de la prueba.

En honor a la verdad no se debe ser tan pesimista, pero las dificultades probatorias son una especie de piedrilla en el zapato que no se debe ignorar; por tal razón es importante apoyarse en ciencias como la psicología para empezar a desenredar la cuestión. En este punto resultaría vital dar gran valor probatorio a evaluaciones psicológicas y médicas, más aún teniendo en cuenta que las personas, al menos en Colombia, deben haber tenido un examen médico antes de su incorporación a los lugares de trabajo y luego de terminar el contrato de trabajo.

Además, resulta enriquecedora la experiencia de países como España, que desde 1999 aproximadamente adaptaron a su realidad el instrumento del psicólogo sueco

---

33. UGT, *Guía sobre el síndrome del quemado (burnout)* (Madrid: Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2006), 9-10. Esta situación bien puede ser descrita como *síndrome de desgaste profesional* pues es una respuesta al estrés crónico que sufren ciertas personas en sus trabajos por la naturaleza exigente de los mismos, por ejemplo en el sector salud o aeronáutico, y se evidencia por lo general con el agotamiento emocional y la consecuente deshumanización hacia las personas beneficiarias del servicio, irritabilidad, aislamiento, etc.

Heinz Leymann, *Leymann Inventory of Psychological Terrorization* o LIPT-45 por su sigla en inglés, y que originalmente contenía 45 preguntas para detectar el *mobbing*.<sup>34</sup> Si bien no se puede reemplazar la consulta con los profesionales, sí resulta ser una herramienta de orientación tanto para las personas que sientan que están siendo acosadas, como para las autoridades administrativas y jurisdiccionales para establecer de mejor forma la ocurrencia del hostigamiento.

Se debe recordar que en cuanto a la prueba a través de testimonios se requiere poner en funcionamiento el *fuero del acosado*, que también protege a terceros que conocen de la situación a través de la garantía de no retaliación. Esto supone la colaboración del empleador, en este sentido y con el otorgamiento de los permisos respectivos pues la realización de estos trámites conlleva recursos como tiempo en horarios laborales.

- **La desprotección de los contratistas.** La Ley 1010 se ocupa de prevenir y sancionar el acoso laboral en el ámbito de las relaciones de trabajo, pero ¿qué ocurre con las personas que llevan a cabo su labor como contratistas y son acosadas? La norma es explícita en el artículo 1o. al indicar que esta “no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación”.

La Corte Constitucional en Sentencia C-960-07<sup>35</sup> declaró exequible el apartado transcrito, bajo el entendido de que “si en realidad existe una relación laboral, se aplicará la Ley 1010 de 2006”. Además indicó en la misma sentencia que “aún en situaciones en las cuales se den contratos de prestación de servicios de forma independiente se deben respetar los derechos fundamentales de las personas y que en el ordenamiento jurídico hay instrumentos para exigir dicho respeto, según las especificidades de cada caso”.

Pues bien, se trata de una protección perfecta normativamente, o solo en lo formal, ya que en la realidad ocurre otra situación. El abuso del uso del contrato de prestación de servicios, y de otros,<sup>36</sup> para no asumir determinadas prestaciones laborales es una práctica generalizada, tanto en el sector público como en el privado. En estos casos es usual que *el contratista* deba seguir órdenes de un superior jerárquico, prestar sus servicios de manera personal, en un mismo ho-

---

34. “Leymann Inventory of Psychological Terror (LIPT)”. Disponible en <<http://www.antimobbing.eu/lipt.html>>. En la experiencia española se incluyen 15 preguntas para detectarlo por lo que el instrumento se conoce como LIPT-60.

35. Colombia, Corte Constitucional “Sentencia C-960 de 2007”. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-960-07.htm>>.

36. Juan Pablo Calvás, “Asalariados de Quinta”. En *El Tiempo*, 11 de febrero de 2016. Disponible en <<http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/asalariadosdequintajuanpabloalvascolumnaeltiempo/16511012>>. El columnista expone una realidad soterrada que es un secreto a voces pero que pocos se arriesgan a reconocer.

rario determinado y en las oficinas del *contratante*, por lo que queda expuesto a los mismos riesgos laborales que un *empleado/a* del lugar, dentro de los que se encuentra el acoso laboral, con la diferencia de que a la hora de querer hacer uso de sus derechos contenidos en la Ley 1010 debe iniciar primero un juicio para declarar la existencia de un contrato laboral o de trabajo –declaración del *contrato realidad*, con las consecuentes demoras que ello supone.

- **La caducidad de la acción.** A lo anterior debe sumarse la cuestión de la caducidad de la acción, pues en el artículo 18 se establece que “Las acciones derivadas del acoso laboral caducarán seis (6) meses después de la fecha en que hayan ocurrido las conductas a que hace referencia esta ley”. Como se observa, no se trata ni siquiera de la fecha en que concluye el contrato, sino de las conductas de hostigamiento, lo que sumado a la dificultad probatoria, hace que en ciertos casos sea prácticamente inejecutable lo prescrito en la norma.

Una caducidad tan breve va en contravía de la imprescriptibilidad de los derechos de índole laboral, además de que desconoce la realidad de la persona acosada, que puede sufrir las secuelas físicas, morales y psicológicas de una situación de hostigamiento durante meses o incluso de manera permanente, pues indican los expertos que dentro de las secuelas se puede encontrar los cambios de personalidad, el rompimiento de relaciones de pareja y de amistad, el deterioro de la empleabilidad o afectación de la reputación laboral, entre muchas otras.<sup>37</sup>

Pero, si esto constituye una barrera para las personas que se encuentran bajo un régimen de contrato de trabajo, la situación empeora para quienes son contratistas, pues deben agotar primero un largo juicio ordinario para lograr el reconocimiento de la existencia de un contrato laboral –como se indicó arriba–, y con una caducidad tan breve, perdería todo sentido que siguieran con posterioridad un juicio por acoso laboral. Bien dice el adagio “Justicia que tarda es injusticia”.

## CONCLUSIONES

Se dio un rápido vistazo a algunas de las dificultades que se han hecho evidentes con la práctica en Colombia luego de haberse legislado el tema del acoso laboral, y para hacer extensivas algunas consideraciones al contexto ecuatoriano, teniendo en cuenta que este tema no se encuentra regulado en la actualidad, lo primero que se debe

---

37. Asociación Pridicam MobbingMadrid, “Mobbing: “Las formas de daños y consecuencias””. Disponible en <<http://www.mobbingmadrid.org/2013/09/mobbing-las-formas-de-danos-y.html>>.

mencionar es que no es necesario que exista una Ley emanada de la Asamblea para empezar a dar pasos en la dirección correcta.

Tanto las empresas del sector privado como las instituciones públicas pueden adaptar de manera voluntaria sus normas internas, o aprobar por primera vez las que considere necesarias, para enfrentar el problema del hostigamiento en los lugares de trabajo. No existen restricciones a este ejercicio más que aquellas que impongan el respeto a la dignidad humana y los derechos humanos.

Por esto sería beneficioso, por ejemplo, adaptar una buena práctica como la de la creación de los Comités de Convivencia Laboral, en aras de mantener el diálogo permanente entre la administración y los trabajadores, respetando claro está, la conformación democrática de los mismos. También se podrían establecer mecanismos confidenciales de mediación para afrontar este tipo de situaciones. La idea en todo caso no es simplemente copiar las normas e instituciones de otros hemisferios, sino reflexionar sobre los contextos propios y decidir qué es lo mejor para sí mismos; y valga agregar en este punto: tenemos mucho que aprender de las comunidades indígenas sobre el restablecimiento de la armonía rota y el manejo pacífico de los conflictos comunitarios.

Por otra parte, se debe dar un debate sobre la forma de solucionar los problemas procesales alrededor del acoso laboral, en especial en lo que se refiere a lo probatorio, pues aplicar las normas procesales usuales puede resultar en una vulneración de los derechos de las víctimas de hostigamiento laboral, dadas las múltiples dificultades para probar los hechos, pero establecer por ejemplo una inversión en la carga probatoria podría llegar a infringir los derechos de la parte acusada, como por ejemplo la presunción de inocencia.

Además, teniendo en cuenta que sí existen en Ecuador cuando menos algunas normas de protección contra situaciones de hostigamiento de diversa índole, se hace necesario que los inspectores de Trabajo reciban capacitación sobre el acoso laboral para detectar posibles casos que lleguen a su conocimiento, y puedan proteger a las víctimas por ejemplo al negar solicitudes de visto bueno si identifican que en el fondo hay acoso laboral.

Por último, se quiere llamar la atención sobre la desprotección contra el acoso laboral que vivirían las personas que trabajan bajo contratos de prestación de servicios, en especial aquellos que en verdad deberían ser contratos laborales. Un contratista bajo estas condiciones sí puede ser víctima de acoso laboral, y, en verdad, si se revisan algunos casos de la vida real se podrá ver que en ocasiones no se renuevan los contratos porque el contratista no soporta más las condiciones leoninas del mismo, o el ambiente laboral es tan tenso que quiere alejarse con prontitud.

Solo resta agregar que es necesario que en los lugares de trabajo se funcione más con la lógica *preventiva* y en clave de derechos que con la lógica *curativa*, por lo que se debe empezar a reconocer y dar nombre a las situaciones de acoso laboral en Ecuador.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agra Viforcós, Beatriz, Roberto Fernández Fernández y Rodrigo Tascón López. *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*. Murcia: Laborum, 2004.
- Calvás, Juan Pablo. “Asalariados de Quinta”. En *El Tiempo*, 11 de febrero de 2016. Disponible en <<http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/asalariadosdequintajuanpabloalvascolumnaeltiempo/16511012>>.
- Camacho Ramírez, Adriana, Edna Morales y Leonardo Guiza. “Barreras al acceso a la justicia en el acoso laboral”. *Opinión Jurídica*, vol. 13, No. 25 (2014).
- Fabregat Monfort, Gemma. “El acoso laboral en el ordenamiento jurídico laboral español. Breves apuntes”. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, No. 35 (2011).
- Fuertes Rocañín, José Carlos. *¡Mobbing! Psicoterrorismo en el trabajo*. Madrid: Arán, 2004.
- González Miers, María del Rocío. *Acoso laboral (mobbing) y liderazgo*. México DF: Alfaomega, 2012.
- Moreno Cáliz, Susana. “Apuntes sobre el concepto legal de acoso laboral”. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, No. 218 (2009).
- Piñuel, Iñaki. *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santander: Sal Terrae, 2001.
- Porras Velasco, Angélica. “Los derechos laborales y la Seguridad Social en la nueva Constitución”. En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, editores, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009.
- Ramírez Torrado, María Lourdes, y otros. “Percepción de la figura de la conciliación en equidad como una forma de administrar justicia en Barranquilla (Colombia)”. *Revista de Derecho (Universidad del Norte)*, No. 38 (2012).
- Romera Romero, José. *Acoso psicológico laboral: guía*. Madrid: Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2003.
- Sayas Contreras, Rafaela Ester. “Conciliaciones formales vs. conciliaciones en clave comunicativa”. *Revista Opinión Jurídica (Universidad de Medellín)*, vol. 7, No. 13 (2008).
- UGT. *Guía sobre el síndrome del quemado (burnout)*. Madrid: Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2006.

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2016  
 Fecha de aprobación: 21 de abril de 2016



# Prevención de riesgos laborales y trabajadores especialmente sensibles\*

*Elisa Sierra Hernáiz\*\**

## RESUMEN

Uno de los mayores retos en la normativa preventiva es la inclusión de trabajadores que, debido a circunstancias subjetivas, presentan una especial sensibilidad a los riesgos laborales, fundamentalmente por los problemas de identificación que plantea, por lo que es necesaria su delimitación conceptual. Para ello se hace indispensable un estudio del derecho comunitario europeo y español y su posible transposición al derecho comunitario para poner de relieve la importancia de este tema dentro de las políticas de prevención de riesgos laborales.

**PALABRAS CLAVE:** trabajador especialmente sensible; prevención de riesgos laborales.

## ABSTRACT

One of biggest challenges in the legal regulations on prevention of occupational hazards is the identification of particularly sensitive workers for their subjective circumstances. Therefore, it is essential define the legal concept from the European Community and Spanish law and the posible transposition into Ecuadorian Law to highlight the importance of this issue within the policies of prevention of occupational hazards.

**KEYWORDS:** particularly sensitive workers; prevention of occupational hazards.

FORO

## INTRODUCCIÓN

La prevención de riesgos laborales es parte esencial de cualquier ordenamiento jurídico laboral avanzado. Ello es debido a que la obligación preventiva forma

---

\* Este artículo ha sido realizado como parte de la investigación del Proyecto del Ministerio de Educación y Ciencia Español DER2012-37872/JURI: La adaptación del puesto de trabajo y la reubicación laboral de trabajadores especialmente sensibles.

\*\* Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra. España.

parte del contenido de la relación laboral al tener un enlace directo con el derecho a la vida e integridad física de los trabajadores, lo que convierte al empresario en un deudor de la seguridad y salud de sus trabajadores.<sup>1</sup>

Pues bien, en la actualidad la prevención de riesgos laborales es un concepto dinámico y en constante expansión, siendo uno de los ejemplos de esta afirmación la necesidad de otorgar una especial protección en materia de prevención de riesgos laborales a los trabajadores especialmente sensibles. Tradicionalmente, este colectivo ha gozado de una protección específica centrado en las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, los jóvenes o los discapacitados; sin embargo, en nuestros días, esta noción va ampliando sus fronteras para comprender a trabajadores que, por circunstancias personales, más allá de las apenas señaladas, necesitan una tutela distinta en materia preventiva por presentar una especial sensibilidad a la hora de desempeñar la prestación laboral. Esto está provocando que se replanteen las políticas de prevención de riesgos laborales en las empresas para incluir a este colectivo con todos los problemas de identificación que se plantean, ya que un trabajador especialmente sensible puede ser cualquiera siempre que concurren los elementos o factores determinantes que delimitan a este grupo.

Además de la vertiente prevencionista, existe otro elemento importantísimo que repara en garantizar el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación de estos trabajadores, muchas veces obviado, pero que no se puede dejar de mencionar en una efectiva política de prevención de riesgos laborales.

---

1. En el ordenamiento jurídico español, el artículo 15 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho fundamental a la vida e integridad física, siendo la seguridad e higiene en el trabajo una materia objeto de regulación específica en el artículo 40.2. CE: “Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. A su vez, es un derecho laboral básico de los trabajadores, tal y como reconoce en el Estatuto de los Trabajadores Español (ETE) en el artículo 4.2.d): “A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene” y el artículo 19.1: “El trabajador, en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”. Estos mandatos constitucionales y legales encuentran su desarrollo legislativo específico en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales Española (LPRLE). En concreto, el deber de protección del empresario de la seguridad y salud de sus trabajadores queda establecido en el artículo 14 LPRLE, que regula un deber general de prevención y protección en esta materia “1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (...). 2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (...)”. A su vez, en el artículo 15 de la misma norma se recogen los principios inspiradores de este deber general de protección, que queda completado con el artículo 16, que contempla el contenido y alcance del deber de seguridad mediante la integración de la prevención de riesgos laborales en la empresa, la evaluación de los riesgos –inicial y sucesiva– y planificación de la actividad preventiva.

## LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ESPECIALMENTE SENSIBLE EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO Y ESPAÑOL

Una de las referencias jurídicas más importantes en esta materia es el Derecho Comunitario Europeo, en concreto, el artículo 15 de la Directiva Marco Comunitaria, 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo establece que “los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”.<sup>2</sup> De la lectura del texto legal se desprende que se trata de una regulación con carácter general, puesto que se limita a señalar que los colectivos expuestos a riesgos sensibles tienen que tener una protección específica, normativa que debe ser completada con Directivas Europeas más específicas: en concreto con la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y la Directiva 94/33, CE, de 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

A diferencia de esta norma, que no identifica los colectivos de trabajadores sino que hace una definición genérica de los mismos desde una perspectiva objetiva, el artículo 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales Española (LPRLE) ha optado por regular este tema desde un punto de vista subjetivo del trabajador, teniendo en cuenta las circunstancias personales y estado biológico o físico del trabajador y no el contenido de la prestación laboral. Así, lo importante son las condiciones personales del trabajador, ya que si la prestación laboral fuese desempeñada por un trabajador que no sea especialmente sensible no se aplicaría esta especial protección.

El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de estas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras perso-

---

2. Para un estudio en profundidad de este precepto véase: Francisco Pérez de los Cobos, “La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y adaptación del ordenamiento español”, *Relaciones Laborales*, No. 8 (1991): 1221-1253.

nas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.<sup>3</sup>

En este sentido, el artículo 25 de la LPRLE establece la obligación empresarial de protección a los trabajadores especialmente sensibles, tanto por sus circunstancias personales como por su estado biológico, incluida la discapacidad física, psíquica y sensorial a la hora de evaluar los riesgos y adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias. En este análisis normativo, no se puede olvidar que el párrafo 2 del artículo 25.1 LPRLE prohíbe emplear a estos trabajadores si puedan suponer un peligro para él mismo u otros trabajadores y personas relacionadas con la empresa, medida que será de aplicación no solo para condiciones personales permanentes de los trabajadores, sino también para aquellos que se encuentren en un estado o una situación transitoria que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Dado el carácter temporal, el empresario no está obligado a adoptar medidas preventivas permanentes ni tampoco incluirlo en la evaluación de riesgos, debiendo ser interpretada tanto como una limitación a la hora de contratar a estas personas como la obligación de cambiarles de puesto de trabajo. Su finalidad última es preservar el puesto de trabajo de este trabajador, adaptándolo a sus condiciones particulares, sin que ello menoscabe su derecho a la salud.<sup>4</sup>

Para finalizar, el Reglamento de los Servicios de Prevención señala, en el artículo 4.1.b), que el empresario deberá tener en cuenta estas circunstancias en el momento de la evaluación inicial de prevención de riesgos laborales. En cuanto a la evaluación sucesiva, el artículo 4.2 de dicha norma señala que deberá volver a evaluarse ante un cambio de las condiciones de trabajo o por la incorporación de un trabajador que sea especialmente sensible debido a sus características personales.<sup>5</sup>

## **LA DELIMITACIÓN DEL TRABAJADOR ESPECIALMENTE SENSIBLE**

En la actualidad el concepto de trabajador especialmente sensible ha adquirido connotaciones específicas, yendo más allá del colectivo de trabajadoras, jóvenes o dis-

- 
3. Amanda Moreno Solana, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 44-45.
  4. M. Cos Egea, "Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, No. 12 (2010), 11 y s.
  5. Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

capacitados como colectivos especialmente protegidos, tanto a la hora de delimitar su alcance como para planificar la actividad preventiva;<sup>6</sup> así, se trata de que trabajadores que padecen una disminución de su capacidad, sin que pueda calificarse de discapacitados, o bien que sean portadores de alguna singularidad que les haga más vulnerables a sufrir un riesgo. Este concepto está haciendo que la prevención de riesgos laborales adquiera un nuevo enfoque al tenerse en cuenta circunstancias personales de los trabajadores que les hacen especialmente proclives a sufrir un riesgo que, de no concurrir dicha circunstancia, no se produciría, y, por ello, demanda un tratamiento específico por su predisposición a padecer un accidente de trabajo o enfermedad profesional.<sup>7</sup>

### **A) LAS DIFERENCIAS ENTRE EL TRABAJADOR ESPECIALMENTE SENSIBLE Y EL TRABAJADOR DISCAPACITADO**

Antes de analizar el concepto de trabajador especialmente sensible es preciso realizar una puntualización respecto a su diferencia con los trabajadores discapacitados, puesto que no son conceptos idénticos.

Respecto a la regulación de la discapacidad, el artículo 49 de la Constitución Española (CE) les reconoce el derecho a recibir una atención especializada para garantizar el pleno disfrute de sus derechos, que se manifiesta en un deber para la administración de garantizar la rehabilitación e integración social de este colectivo, expresión, a su vez, del mandato del artículo 9.2 CE que impone a los poderes públicos la obligación de remover los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de los distintos colectivos sociales.<sup>8</sup>

---

6. José Eduardo López Ahumada, *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 19.

7. Moreno Solana, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, 21.

8. A nivel internacional es constante la preocupación por garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Así, desde el Programa de Acción Mundial para personas con discapacidad aprobado por la ONU en 1982, pasando por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, u otros documentos más específicos como la Declaración de derechos de los discapacitados aprobada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971; la Declaración de derechos de los minusválidos, de 9 de diciembre de 1975 o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el 13 de diciembre de 2006, donde una de sus finalidades es velar porque se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo. También la OIT ha intervenido en este campo con diversos convenios, como el Convenio No. 159 de 1990, sobre readaptación profesional y al empleo de las personas minusválidas en el que se define persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo quedan sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia reconocida de carácter físico o mental. Esta norma obliga a los Estados a formular, aplicar y revisar periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, procurando hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Por su parte, el artículo 5 del Convenio No. 111 de 1958, sobre la discri-

Por lo que se refiere a la Unión Europea, el artículo 19 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea habilita al Consejo para adoptar las medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por discapacidad. A su vez, la Directiva 78/2000, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se propone, entre otros motivos, luchar contra la discriminación por discapacidad (artículo 1), para lo cual es necesario que los empresarios realicen ajustes razonables para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo (artículo 5).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea define la discapacidad como:

una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.<sup>9</sup>

Respecto al derecho español, la norma de referencia es la Ley 1/2013, de 29 de noviembre, general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Uno de sus objetivos principales es garantizar el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación para lo cual es fundamental el establecimiento de medidas orientadas a la formación profesional, orientación laboral, fomento del empleo, asistencia social e integración en la sociedad.<sup>10</sup>

En cuanto a la definición de discapacidad el artículo 2.a) de la Ley la define como: “aquella situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”. Y a las personas con discapacidad como: “aquellas (personas) que presentan deficiencias físicas, mentales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con

---

minación en materia de empleo y ocupación, reconoce el derecho de los Estados a establecer medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas por razón de su invalidez, y el artículo 3 del Convenio No. 142 de 1975, sobre la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de recursos humanos, señala que los Estados deben ampliar gradualmente sus sistemas de información y orientación profesional de manera que incluyan programas apropiados para las personas minusválidas.

9. Véase el comunicado de prensa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea No. 42/13 sobre la sentencia de los casos c-335/11 y 337/11, Ring y Skouboe Werge. ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_CJE-13-42\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-42_es.htm)).
10. Sobre el impacto de esta Ley consúltese Juan Luis Beltrán Aguirre, coord., *Atención y protección jurídica de la discapacidad* (Pamplona: Aranzadi, 2015). Y, en general, sobre el principio de igualdad y no discriminación de este colectivo Vanessa Cordero Gordillo, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011).

diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”. A su vez también lo son: “quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%”.

Respecto a la prevención de riesgos laborales el artículo 25 LPRLE menciona a los discapacitados específicamente como uno de los colectivos que proteger de modo singular.

## **B) EL CONCEPTO DE TRABAJADOR ESPECIALMENTE SENSIBLE**

A diferencia del trabajador discapacitado, en el trabajador especialmente sensible no existe una minusvalía delimitada de manera objetiva ni una incapacidad física o sensorial cuantificada.<sup>11</sup>

En general, a la hora de analizar el concepto de trabajador son varias las características que lo delimitan. En primer lugar, es un precepto que resalta el carácter tuitivo que informa al Derecho del Trabajo y, en especial, al ámbito de la prevención de riesgos laborales, puesto que protege los riesgos de naturaleza subjetiva del trabajador.

En segundo lugar, nos encontramos ante una lista abierta, lo que otorga un carácter fuertemente expansivo a este precepto ya que trabajador especialmente sensible puede ser cualquiera trabajador en función de sus características personales o biológicas, más allá de las circunstancias objetivas que puedan producir una mayor vulnerabilidad por el tipo de trabajo a desempeñar.<sup>12</sup>

Así, en materia de prevención de riesgos laborales por sensibilidad se entiende:

una condición personal que se exterioriza en una mayor o menor receptividad a los riesgos en el trabajo que la persona realiza [...] La sensibilidad a los riesgos es la reacción física o psíquica del trabajador a las condiciones del trabajo en el que se encuentra inmerso.<sup>13</sup>

Por lo tanto, el riesgo viene determinado por las circunstancias individuales de los trabajadores, de carácter subjetivo, motivadas por elementos personales o aspectos biológicos, físicos o psicológicos, que ocasionan una especial incidencia de los riesgos genéricos o específicos en estos trabajadores.

11. Cos Egea, “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, 6.

12. Moreno Solana, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, 29-31.

13. *Ibid.*, 32. Tal y como señala la autora, todos los trabajadores están potencialmente expuestos a sufrir un daño derivado del trabajo como consecuencia de diversos factores como la actividad, funciones, máquinas, etc., que le pueden afectar de manera diferente al resto de sus compañeros.

En tercer lugar, es fundamental determinar el carácter colectivo o individual de la condición especialmente sensible. Frente a otros supuestos, en los que la pertenencia al colectivo es fundamental, en este caso hay que partir del hecho de que el impacto mayor del riesgo puede producirse en cualquier trabajador, sin que sea determinante la pertenencia a un grupo o colectivo precisamente por sus características personales o estado biológico.<sup>14</sup> Nos encontramos, pues, ante un concepto jurídico indeterminado,<sup>15</sup> que habrá de concretarse caso por caso, por lo tanto, el papel de los jueces y tribunales es determinante a la hora de declarar su existencia, y es fundamental una correcta política de vigilancia de la salud.<sup>16</sup> Ello tiene una gran importancia porque permite incluir dentro de su campo de aplicación los riesgos emergentes originados por las situaciones de precariedad y flexibilidad laboral tan comunes en la actualidad del mercado laboral.<sup>17</sup>

En cuarto lugar, para la aplicación de este precepto se exige un requisito reforzado: la especial sensibilidad, lo que supone que solo se aplicará a los trabajadores que sean vulnerables a determinados riesgos y no a los trabajadores sensibles sin más. Por lo tanto, se exige una sensibilidad en grado superior, en un sentido amplio y genérico.<sup>18</sup>

En quinto lugar, los riesgos no se pueden calificar como riesgos especiales ya que entonces habría que comprender a todos los trabajadores expuestos a los mismos, sino que son los riesgos normales que, sin embargo, repercuten en este colectivo por esas características personales, subjetivas, que justifican de por sí la especial protección.<sup>19</sup>

Dentro de las características personales habría que incluir las situaciones como:

*defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista deficiente o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos.* También comprendería aspectos de carácter psíquico como la personalidad, el temperamento, el comportamiento o el estado de ánimo del trabajador que lo hagan especialmente sensible a los riesgos laborales, lo que abarcaría el riesgo psicosocial entendidos como: *aquellos aspectos de la concepción, organización y gestión del trabajo así como de su contexto social y ambiental*

---

14. *Ibíd.*, 37 y s.

15. *Ibíd.*, 27.

16. José Eduardo López Ahumada, *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales*, 41. Respecto del papel que los tribunales han desempeñado a la hora de aplicar e interpretar este precepto véase el trabajo de Cos Egea “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”.

17. López Ahumada, *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales*, 23-26.

18. Moreno Solana, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, 34-36, que se refiere a trabajadores especialmente vulnerables a los riesgos laborales debido a sus circunstancias que sobrepasan los parámetros ordinarios de susceptibilidad a los riesgos.

19. Cos Egea, “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, 4-6.



*que tienen la potencialidad de causar daños físicos, sociales o psicológicos en los trabajadores.*<sup>20</sup> (Las cursivas me pertenecen).

En cuanto al estado biológico, se refiere a la existencia de cualquier enfermedad o síntoma de la misma, que, sin ser invalidante, da lugar a una especial sensibilidad del trabajador frente a los riesgos laborales. Por último, también quedan protegidos los trabajadores que, pese a no tener características personales que lo hagan especialmente vulnerable a los riesgos, en un momento dado y con carácter transitorio presentan alguna deficiencia psicofísica, incluidos los estados de embriaguez o intoxicación psicotrópica.<sup>21</sup>

En sexto lugar, se plantean problemas de identificación de los trabajadores que pertenecen a este colectivo puesto que lo relevante son las circunstancias especiales de carácter personal que convierten a un trabajador en especialmente sensible, teniendo en cuenta que en muchos casos es desconocida por el propio trabajador. En este apartado va a ser fundamental analizar si las características del puesto de trabajo o la naturaleza de las tareas a realizar pueden dar lugar a esta especial sensibilidad, más allá de factores específicamente regulados como pueda ser el trabajo a turnos o nocturno. En este sentido, hay que tener bien claro que los motivos pueden tener su origen en circunstancias objetivas –test objetivo– o subjetivas –test subjetivo– de la prestación laboral, lo que es irrelevante,<sup>22</sup> ya que lo que importa es cómo las mismas afectan al trabajador por sus circunstancias personales.<sup>23</sup>

En séptimo lugar, hay que determinar el alcance del contenido de la obligación empresarial al tratarse de una protección específica, y, por lo tanto, una obligación adicional a sus deberes generales, que deberá comprender una evaluación, tanto inicial como periódica y también específica si es necesario, teniendo en cuenta el concreto puesto de trabajo y, si es necesario, la adopción de medidas preventivas adecuadas teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas, no pudiendo el trabajador especialmente sensible desempeñar un puesto de trabajo incompatible con su estado.<sup>24</sup> Por lo tanto, es condición fundamental que sea de conocimiento por parte de la empresa que

---

20. *Ibíd.*, 4-6.

21. *Ibíd.*, 4-6.

22. La aplicación de estos tests es fundamental para determinar si nos encontramos ante un trabajador con un nivel normal de sensibilidad, al que servirán los estándares normales preventivos que tiene que adoptar el empresario o bien, si los supera, ante un trabajador especialmente sensible, lo que implica que el empresario deberá superar dicho estándar para cumplir con lo establecido en el artículo 25 LPRL. Amanda Moreno Solana, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, 34.

23. A modo de ejemplo, las situaciones relacionadas con la claustrofobia o el vértigo, López Ahumada, *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales*, 34-35.

24. *Ibíd.*, 37 y s.; Moreno Solana, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, 72 y s.

un determinado trabajador es especialmente sensible a los riesgos, tratando de determinar aquellos que le afectan.<sup>25</sup>

Respecto a este requisito, se plantean dos problemas. Por un lado, a la hora de determinar en qué momento nace el deber de protección empresarial, puesto que el empresario deberá conocer la condición de especial sensibilidad para implantar la protección específica, consecuentemente, hasta que no la conozca no nacerá esta obligación.<sup>26</sup> Existen varias posibilidades:<sup>27</sup> que el empresario la detecte él mismo tras un reconocimiento médico o pruebas médicas practicadas; que se lo comunique el propio trabajador al empresario; de la observación por parte del personal de mando o encargado de la seguridad y salud o, incluso, que llegue a su conocimiento por otro trabajador.<sup>28</sup>

Por otro lado, el concreto contenido de las medidas preventivas y de protección necesarias, ya que ni el legislador español ni el comunitario europeo nada dicen al respecto, lo que de nuevo implica que el papel de los tribunales será determinante en esta materia.<sup>29</sup>

Una última cuestión a la que hace referencia el artículo 25 es la protección de la función procreadora y el desarrollo normal de la descendencia. En este caso, se combinan elementos objetivos y subjetivos al comprender a todos los trabajadores que puedan estar sometidos a riesgos que afecten a dicha función. A su vez, es una protección colectiva ya que se trata de un riesgo genérico para todos los trabajadores. En cuanto a los factores de riesgo, se trata de una lista abierta que comprenderá factores tradicionales como aquellos que se determinen en función del riesgo específico

- 
25. Cos Egea, “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, 7.
  26. Tal y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su fallo de 20 de abril de 2012: “La condición de trabajador “sensible” también se predica del trabajador que sufre cualquier limitación física o psíquica no incapacitante. De ahí que el deber de adaptación del puesto de trabajo se active en el momento en el que el empresario es conocer de las limitaciones que presenta el trabajador bien por los reconocimientos médicos realizados o a través de informes médicos presentados por el propio trabajador. La negligencia del empresario en la adaptación del puesto conllevará la obligación de resarcir al trabajador de los daños y perjuicios que ello le ocasione”. Ver Carmen Carrero Domínguez, “La obligación del empresario de adaptación del puesto de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, No. 7 (2013), 303-315. A su vez, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 30 de noviembre de 2006, exige que el empresario conozca el estado del trabajador para que quede obligado a adoptar las medidas preventivas necesarias para paliar el riesgo laboral. Véase Moreno Solana, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, 59.
  27. Moreno Solana, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, 58 y s., resalta el papel fundamental de los reconocimientos médicos y, en general, de la vigilancia de la salud para detectar a tiempo la presencia de un trabajador especialmente sensible dado que la norma no se pronuncia al respecto.
  28. López Ahumada, *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales*, 41. M. Cos Egea, “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, 5.
  29. Cos Egea, “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, 7, citando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002.

originado por la actividad empresarial. Por lo que se refiere a las medidas preventivas, estas deben reducir la exposición a los agentes físicos, químicos y biológicos fundamentalmente a través de los equipos de trabajo.<sup>30</sup>

## EL DERECHO ECUATORIANO

Respecto al ordenamiento jurídico comunitario, la Constitución ecuatoriana garantiza que las actividades laborales se desarrollen en Ecuador en ambientes que no resulten nocivos para la salud de los trabajadores, y, por lo tanto, que puedan poner en peligro la integridad personal de este colectivo.<sup>31</sup>

Así, el artículo 326 de la Constitución ecuatoriana reconoce que: “toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar”. A su vez, el artículo 332 obliga al Estado ecuatoriano a garantizar los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, eliminando los riesgos laborales que afecten a dichos derechos.

Sin embargo, en Ecuador, a nivel normativo, no existe una Ley de Salud ocupacional o de Prevención de Riesgos Laborales, lo que dificulta el estudio de la problemática de estos trabajadores desde una perspectiva preventiva. Tampoco es una cuestión regulada específicamente en normas relacionadas con esta materia como el Código de Trabajo, la Ley General de Seguridad Social, el Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores o el Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo. Ejemplo de ello es el artículo 410 del Código de Trabajo que obliga a los empresarios a asegurar a sus trabajadores condiciones libres de peligro para su salud y su vida. Igualmente dispone que los trabajadores deban acatar las medidas de prevención, seguridad e higiene determinados en los reglamentos. Por lo tanto, sí se está estableciendo la obligación empresarial de asegurar condiciones de trabajo que no supongan

---

30. López Ahumada, *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales*, 44 y s.

31. Un análisis sobre la actual regulación del derecho ecuatoriano en materia de prevención de riesgos laborales y sus carencias es posible encontrarlo en: J. Tapia Palma, *La prevención de riesgos laborales y la vigilancia de la salud en España y Ecuador: estudio comparado*. Prueba de seguimiento del Doctorado de Prevención de Riesgos Laborales (Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2015), 33 y s. Además de este artículo, otros preceptos están relacionados con esta cuestión. Así, el artículo 33 reconoce el derecho a un trabajo saludable y el artículo 66.3.a) el derecho a la integridad personal.

riesgos para la salud o vida de los trabajadores, aunque no queda claro la forma en la que el empresario llevará a cabo dicha obligación.<sup>32</sup>

Respecto a la Ley Orgánica de Discapacidades de Ecuador, de 25 de septiembre de 2012,<sup>33</sup> da un concepto de trabajador discapacitado y regula derechos laborales de los mismos para garantizar su derecho a la igualdad de oportunidades aunque sin hacer referencia a la prevención de riesgos laborales. En el artículo 6 se considera persona con discapacidad a: “toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica...”.

Y en el artículo 7 se considera persona con deficiencia o condición discapacitante aquella que:

Presente disminución o supresión temporal de alguna de sus capacidades físicas, sensoriales o intelectuales manifestándose en ausencias, anomalías, defectos, pérdidas o dificultades para percibir, desplazarse, oír y/o ver, comunicarse, o integrarse a las actividades esenciales de la vida diaria limitando el desempeño de sus capacidades; y, en consecuencia el goce y ejercicio pleno de sus derechos psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria

A pesar de ello, es posible encontrar normas que, aunque indirectamente, puedan ser aplicadas al colectivo de trabajadores especialmente sensibles, fundamentalmente en el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (IASST), Decisión 584, que es de obligado cumplimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo la seguridad y salud en el trabajo uno de los ejes clave del proceso de integración andina, cuya finalidad es regular las acciones que se tienen que establecer en cada país para disminuir o eliminar los riesgos laborales en los centros de trabajo.<sup>34</sup>

En este sentido, el artículo 1.c), d) y h) de dicho texto hace referencia a tres conceptos en los que quedaría incluida la protección del trabajador especialmente sensible:

- c) Salud: Es un derecho fundamental que significa no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también de los elementos y factores que afectan negativamente el es-

---

32. Tapia Palma, *La prevención de riesgos laborales y la vigilancia de la salud en España y Ecuador: estudio comparado*, 36.

33. Manual de buenas prácticas para la inclusión laboral de personas con discapacidad (Quito: Ministerio de Relaciones Laborales, 2013). Disponible en <[http://www.jardinuniversitario.utm.edu.ec/departamento/media/areatecnica/buenas\\_practicas\\_inclusion\\_laboral.pdf](http://www.jardinuniversitario.utm.edu.ec/departamento/media/areatecnica/buenas_practicas_inclusion_laboral.pdf)>.

34. Tapia Palma, *La prevención de riesgos laborales y la vigilancia de la salud en España y Ecuador: estudio comparado*, 27 y s. En concreto, en la página 28 se indica que en la mayoría de las empresas de los países andinos no se aplican de manera satisfactoria las medidas de prevención y protección de los trabajadores.

tado físico o mental del trabajador y están directamente relacionados con los componentes del ambiente del trabajo.

- d) Medidas de prevención: Las acciones que se adoptan con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, dirigidas a proteger la salud de los trabajadores contra aquellas condiciones de trabajo que generan daños que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el cumplimiento de sus labores, medidas cuya implementación constituye una obligación y deber de parte de los empleadores.
- h) Condiciones y medio ambiente de trabajo: Aquellos elementos, agentes o factores que tienen influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores. Quedan específicamente incluidos en esta definición:
  - i) las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el lugar de trabajo;
  - ii) la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo, y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia;
  - iii) los procedimientos para la utilización de los agentes citados en el apartado anterior, que influyan en la generación de riesgos para los trabajadores; y,
  - iv) la organización y ordenamiento de las labores, incluidos los factores ergonómicos y psicosociales.

A su vez, el artículo 4 del mismo texto jurídico obliga a los estados miembros a mejorar las condiciones de seguridad y salud en el trabajo para prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores como consecuencia del desempeño de un trabajo; el artículo 7.g) señala la necesidad de establecer procedimientos para la reubicación de trabajadores con discapacidad temporal o permanente; el artículo 11 obliga al empresario a tomar medidas para disminuir los riesgos; en concreto, el apartado k) indica la necesidad de adaptar el puesto de trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud. En cuanto a los derechos de los trabajadores, el artículo 18 señala que todos los trabajadores tienen derecho a un ambiente de trabajo adecuado y propicio que garantice su salud y bienestar.

Con todo, donde se encuentra el fundamento jurídico de esta figura es en los artículos 25 y siguientes del IASST. En primer lugar, obliga a que el empresario garantice la protección de los trabajadores que por su situación de discapacidad sean especialmente sensibles al trabajo. En segundo lugar, como contenido mínimo del plan integral de prevención de riesgos laborales, se deberá tener en consideración los factores de riesgo que pueden afectar la protección de las funciones de procreación frente a la exposición a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales (artículo 26). En tercer lugar, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar que las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia realicen actividades que resulten peligrosas (artículo 27). Por último, establece medidas específicas de protección para los menores y adolescentes (artículo 28).

Respecto a otras normas ecuatorianas, el Reglamento interno de seguridad y salud aplicable para centros operativos y administrativos de la empresa PetroEcuador, en el artículo 21, dentro del Capítulo IV “De la prevención de riesgos en poblaciones vulnerables”, garantiza la protección de los trabajadores que por su condición de capacidades especiales sean sensibles a los riesgos derivados del trabajo.<sup>35</sup> A su vez, el artículo 8 del Reglamento de seguridad y salud para la construcción y obras públicas reconoce el derecho de todos los trabajadores a desarrollar sus labores en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el pleno ejercicio de sus facultades físicas y mentales, que garanticen su salud, seguridad y bienestar.<sup>36</sup>

## CONCLUSIONES

El surgimiento a nivel normativo de la figura del trabajador especialmente sensible está planteando nuevos retos a las políticas preventivas al tratarse de un concepto fuertemente expansivo ya que trabajador especialmente sensible puede ser cualquiera trabajador en función de sus características personales o biológicas, más allá de las circunstancias objetivas que puedan producir una mayor vulnerabilidad por el tipo de trabajo a desempeñar. Esto es, supone un paso más en la protección de los trabajadores que va más allá de circunstancias tradicionalmente protegidas como es la maternidad o la discapacidad e implica que empresario vaya a tener que tener en cuenta aspectos o circunstancias subjetivas relacionadas con la persona del trabajador y no objetivas, unidas a la propia naturaleza del trabajo que se tiene que prestar y que no son objeto de protección en este caso. Ello plantea problemas de identificación de las causas que pueden motivar que un trabajador sea especialmente sensible, lo que conlleva tener que probar dicha situación. Para evitar situaciones de indefensión que suponga un peligro para integridad física de estas personas los mecanismos más adecuados son una correcta política tanto de la vigilancia de la salud de los trabajadores como el cumplimiento de los planes de evaluación de riesgos inicial y continua por parte del empresario.

Respecto del derecho ecuatoriano la situación es especialmente compleja ante la ausencia de una ley de prevención de riesgos laborales. Ello supone, en general, que la protección de los trabajadores esté dispersa y carente de una regulación homogénea, lo que que dificulta de una manera importante la identificación de este colectivo.

---

35. Información disponible en <<http://piep.eppetroecuador.ec/ssa/>>, Quito, enero de 2013.

36. Ministerio de Trabajo y Empleo, Acuerdo No. 00174, Registro Oficial No. 249, suplemento. <<http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/12/Reglamento-de-Seguridad-y-Salud-para-la-Construcci%C3%B3n-y-Obras-P%C3%BAlicas.pdf>>.

Es cierto que existe una protección para las trabajadoras embarazadas, los jóvenes o discapacitados pero las actuales normas son insuficientes a la hora de incluir a estos trabajadores en su ámbito de aplicación, teniendo en cuenta que la protección que dispensa el ordenamiento jurídico ecuatoriano es precisamente a base de circunstancias objetivas y no subjetivas, que son las que sirven para identificar y proteger a estos trabajadores, lo que implica que no estén incluidos en el ámbito de protección de las normas que regulan aspectos relacionados con la prevención de riesgos laborales.

Con todo, el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo podría sentar las bases para plantear la inclusión de estos trabajadores en el derecho ecuatoriano interpretando desde un punto de vista subjetivo las definiciones de los conceptos de salud –elementos o factores que estén directamente relacionados con los componentes del ambiente de trabajo–, medidas de prevención –frente a daños que estén relacionados con el cumplimiento de las labores– y condiciones y medio ambiente de trabajo –cualquiera que tenga una influencia significativa en la generación de riesgos laborales–.

## BIBLIOGRAFÍA

- Beltrán Aguirre, Juan Luis, coordinador. *Atención y protección jurídica de la discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- Carrero Domínguez, Carmen. “La obligación del empresario de adaptación del puesto de trabajo”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, No. 7 (2013).
- Cordero Gordillo, Vanessa. *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Cos Egea, M. “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, No. 12 (2010).
- López Ahumada, José Eduardo. *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Moreno Solana, Amanda. *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Pérez de los Cobos, Francisco. “La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y adaptación del ordenamiento español”. *Relaciones Laborales*, No. 8 (1991).
- Tapia Palma, J. *La prevención de riesgos laborales y la vigilancia de la salud en España y Ecuador: estudio comparado*. Prueba de seguimiento del Doctorado de Prevención de Riesgos Laborales. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2015.

Fecha de recepción: 28 de enero de 2016

Fecha de aprobación: 5 de abril de 2016

## La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas

*Angélica Porras Velasco\**

### RESUMEN

La seguridad social ha transitado por varias etapas, desde el mutualismo impulsado por los propios trabajadores, hasta los seguros sociales obligatorios y los servicios universales garantizados por el Estado. Tradiciones que se concretaron en dos modelos: el inspirado en Beveridge y el bismarckiano, sin embargo, esos paradigmas, en la actualidad se revelan como insuficientes para garantizar la seguridad de los trabajadores y de quienes tienen escasos recursos. Este artículo plantea como tesis principal que las transformaciones producidas en la estructura del trabajo hacen necesario el cambio de paradigmas en la seguridad social; para ello divide la argumentación en varias partes: la primera, orientada a delimitaciones conceptuales y a la descripción de los modelos imperantes; la segunda, dedicada a identificar las debilidades del sistema ecuatoriano; y la tercera, encaminada a encontrar aquellos elementos necesarios para la construc.

**PALABRAS CLAVE:** seguridad social, seguros sociales, protección social, sistemas de pensiones, sistema de salud.

### ABSTRACT

Social security has transited for several stages since the mutualism promoted by workers, until the compulsory social security and the universal services guaranteed by the government. Those traditions has concentrated in two models: the Beveridge model and the Bismarck model; however, those paradigms are revealed as insufficient to guaranteed the security of workers and the ones who do not have enough resources. The main proposal of this article is that the working structure transformations that have occurred make necessary the change of social security paradigms. In order to develop the main theme, this article is divided in several parts: the first one is oriented to the conceptual delimitations and the description of the prevailing models; the second one is dedicated to identify the weaknesses of the Ecuadorian system; and the third one is directed to identify the necessary

---

\* Exasesora del Consejo Directivo del IESS-Representación de los Trabajadores, miembro de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS.



elements of the construction of a new paradigm in order to build a collective social security.

KEYWORDS: social security, social insurance, social protection, pension System, health system.

FORO

## INTRODUCCIÓN

Estudiar la seguridad social es un tema complejo en sí, más aún cuando en el día a día se constata que su diseño institucional, jurídico, político y económico ha mostrado sus límites y es necesaria una profunda transformación que, teniendo como horizonte el cumplimiento de los derechos reconocidos constitucionalmente, sea sostenible financieramente en el tiempo. Como veremos a lo largo de estas páginas, la seguridad social en el Ecuador, y específicamente el sistema del seguro social, prácticamente desde su nacimiento, ha tenido serias deficiencias de cobertura, sostenibilidad económica y uso racional de recursos; condiciones que en los últimos años han desmejorado sustancialmente. Las medidas de reforma tomadas por los gobiernos no han sido suficientes, llevando al límite el modelo, haciendo necesario la construcción de uno nuevo, en otras palabras un cambio de paradigmas.<sup>1</sup>

En el ámbito de la seguridad social, debido a su reciente historia, apenas más de cien años, han pervivido básicamente dos paradigmas originados en Europa que definieron los modelos que se han aplicado en el mundo. Por un lado, el bismarckiano basado en la estructuración de seguros sociales destinados a proteger sobre todo a quienes mantienen una relación de dependencia y que se sustenta con las contribuciones económicas de trabajadores, empleadores y Estado; y el modelo nacido con William Beveridge que, en cambio, busca la protección mínima de todos, con independencia de su relación laboral; básicamente se sostiene del presupuesto público derivado de las cargas impositivas. Como era de esperarse, la pervivencia de estos dos regímenes

---

1. Thomas Kuhn definía el paradigma como aquellas “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”, aplicando tal noción a las ciencias sociales podríamos decir que son modelos –aceptados científicamente– que permiten explicar un problema y plantear sus soluciones. Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas* (México: Fondo de Cultura Económica, 1971), 13.

hizo que en la actualidad nos encontremos con modelos mixtos que integran elementos de uno y otro.

El Ecuador incluyó dentro de su legislación el modelo bismarckiano que, de a poco, ha ido modificándose incorporando criterios propios del otro, aunque con preeminencia del primero. Sin embargo, los profundos cambios ocurridos en el país y en el mundo entero en el campo del trabajo han obligado a replantearse los paradigmas sobre los cuales se sustentan los modelos de la seguridad hasta ahora existentes.

Problemas como la falta de cobertura para quienes no tienen una relación laboral estable o definitivamente no la tienen; el financiamiento de las pensiones a largo plazo; los cambios en la estructura demográfica y la del trabajo; y la intervención política en las instituciones que manejan la seguridad social hacen necesario identificar aquellos puntos clave que deben discutirse, en un gran diálogo nacional, con la participación de todos los interesados, que permita diseñar un nuevo modelo: universal y solidario.

## DELIMITACIONES CONCEPTUALES

Como se puede advertir, la primera necesaria aclaración conceptual es entre seguridad social y seguro social.

La seguridad social es un derecho humano,<sup>2</sup> que tiene como fin proteger a todas las personas frente a las contingencias de la vida, derivadas de la falta de ingresos producidos por enfermedad, incapacidad, invalidez, vejez, desempleo o muerte. Está reconocido tanto en los instrumentos internacionales<sup>3</sup> como en las constituciones y también en la Constitución del Ecuador.<sup>4</sup>

El seguro social, por otro lado, es un sistema de protección contra las contingencias que da cobertura a la población que mantiene una relación laboral, y se encuentra financiada por los aportes de trabajadores, empleadores y Estado.<sup>5</sup> Es un mecanismo por el cual se ejecuta la seguridad social.

Resulta evidente que existe un gran sector de la población que no está cubierta por el seguro social, precisamente porque no está vinculada al mundo del trabajo o, estándolo, se encuentra en el sector informal o sus ingresos son tan bajos que no alcanzan

- 
2. La consideración de la seguridad social como derecho humano merece un tratamiento específico que aquí no se aborda por ser un tema muy amplio.
  3. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, varios Convenios Internacionales de la OIT.
  4. Marco Proaño Maya, *Seguridad Social y Sociedad democrática* (Quito: Editora Americana, 2014), 85 y 86.
  5. *Ibíd.*

para cotizar al sistema. Frente a esta necesidad se ha planteado la Protección Social,<sup>6</sup> como amparo mínimo de todos los seres humanos por el hecho de ser tales, sin necesidad de tomar en cuenta su condición laboral.<sup>7</sup> El alcance de esta noción no está del todo claro, pero puede decirse que es el conjunto de políticas gubernamentales encaminado a dar respuesta a las contingencias que enfrentan los más pobres por la falta de ingresos o reducción sustancial de los mismos y se concreta en “brindar asistencia a familias con hijos u ofrecer atención médica y vivienda a la población”<sup>8</sup> y a veces transferencias condicionadas de dinero.<sup>9</sup>

La Organización Internacional del Trabajo –OIT–, junto con la Organización Mundial de la Salud –OMS– han construido el concepto de Piso de Protección Social entendido como: “un conjunto integrado de políticas sociales diseñado para garantizar a todas las personas la seguridad de los ingresos y el acceso a los servicios sociales esenciales, prestando especial atención a los grupos más desprotegidos, capacitando a las personas a lo largo del ciclo de vida”;<sup>10</sup> se concretarían básicamente en:

- seguridad de ingresos a través de un conjunto de transferencias monetarias o en especie, como pensiones para personas mayores adultas o discapacitadas, apoyo a ingresos a los más pobres, servicios para inserción en el empleo, entre otros.
- acceso universal a servicios de salud, agua, saneamiento, educación, seguridad alimentaria, vivienda y otras definidas nacionalmente.<sup>11</sup>

En conclusión, diríamos que la seguridad social es el derecho mientras que el seguro social y el piso mínimo de protección social son los medios para llevarlo a cabo.

Otro de los conceptos que vale la pena aclarar es la dupla contingencias-prestaciones: por contingencias se entiende aquellos riesgos sociales imprevistos que se presentan a lo largo de la vida del ser humano asociadas a la enfermedad, muerte o pérdida de ingresos para el individuo o la familia. Las prestaciones, en cambio, son los mecanismos a través de los cuales el seguro social responde a esos riesgos; se pueden clasificar en económicas, asistenciales, y adicionales. Las primeras son los valores

---

6. Se podría decir que el sistema inglés, al plantear un programa de salud universal, fue uno de los primeros sistemas de Protección Social.

7. Alfredo Sánchez Castañeda, *La Seguridad y la Protección Social en México. Su necesaria reorganización* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012), 16 y 17.

8. *Ibíd.*, 20.

9. Las transferencias condicionadas de dinero consisten en entregas periódicas (mensuales) de pensiones mínimas a ciertas familias, considerando ciertas condiciones de pobreza de los beneficiarios, a cambio de que las familias se comprometan a enviar a sus hijos a la escuela o llevarlos a controles de salud.

10. OIT, *Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva. Informe del Grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet. Convocado por la OIT con la colaboración de la OMS* (OIT: Ginebra, 2011), 9.

11. *Ibíd.*, 9.

económicos que se entregan como rentas, pensiones, auxilios monetarios subsidios o indemnizaciones por vejez, maternidad, incapacidad producida por accidente de trabajo o enfermedad profesional, invalidez y muerte; se otorgan a afiliados o beneficiarios una vez cumplidos los requisitos de aportaciones y/o edad exigidos. Las prestaciones asistenciales por su parte son en especies generalmente asociadas a servicios médicos para proteger o prevenir una enfermedad y comprende consulta, diagnóstico, hospitalización, entrega de medicinas, prótesis y rehabilitación.<sup>12</sup> Las prestaciones adicionales, en cambio, no se corresponden a los objetivos mismos del seguro social y pueden ser créditos hipotecarios, quirografarios y prendarios.

Finalmente, es indispensable diferenciar entre las formas que adquiere el seguro social que se conocen como sistema de reparto y sistema de capitalización individual. El de reparto supone que los trabajadores activos financian a los trabajadores pasivos, los activos cotizan a un fondo común solidario que no tiene titularidad, las personas con mayores ingresos aportan más en términos absolutos, pero también tienen la posibilidad de beneficiarse por más largo tiempo ya que su expectativa de vida es mayor. Tiene la dificultad de que las primeras generaciones de jubilados son más beneficiados que las últimas. No es un fondo de ahorro sino de financiamiento.<sup>13</sup>

Por otro lado, la capitalización individual corresponde a un fondo individual de ahorro, el trabajador a lo largo de su vida laboral cotiza para su propia cuenta, que le será entregada en forma de prestaciones mientras dure el fondo. La práctica ha demostrado que las administradoras de fondos cobran una alta tasa por administración, exigen cotizaciones por encima de la capacidad de la mayoría de trabajadores, y, al carecer de control, pueden incluso poner en peligro el fondo por inversiones inadecuadas.<sup>14</sup>

## LOS MODELOS CLÁSICOS. BISMARCK Y BEVERIDGE

Las instituciones jurídicas suelen mantener en el tiempo sus características y contornos conceptuales, sin embargo, la seguridad social debido a su cercana vinculación con el mundo del trabajo y la economía está enfrentada a múltiples cambios. Si bien nace unida a la era industrial y protege principalmente al obrero fabril, con contrato de trabajo indefinido y largamente atado a una sola empresa, tiene que ir adaptándose a

---

12. *Ibid.*, 103-107.

13. *Ibid.*, 91 y 92.

14. Proaño Maya, *Seguridad Social y Sociedad Democrática*, 93 y 94.

las nuevas formas de trabajo e incluso al desempleo como mal estructural del mercado laboral.

La sociedad y la economía que dio origen a la seguridad social se ha transformado de manera sustancial, aquella aspiraba al “pleno empleo” y veía el desempleo como algo “anormal”; en la actualidad, en cambio, conviven pequeños grupos de trabajadores estables con una gran masa de trabajadores precarios que entran y salen del mercado de trabajo y a quienes les resulta cada vez más difícil garantizar una vida digna para sí y para su familia. Al otro lado de la moneda están los emprendimientos multinacionales que pueden hacer uso de una inagotable mano de obra fuera de sus fronteras sin mayores regulaciones, haciendo que primen las relaciones flexibilizadas e inciertas<sup>15</sup> que generan mayor inseguridad para el trabajador.

Esta forma que principalmente describe lo que ocurre en el centro de las sociedades capitalistas tiene otras características en América Latina; en primer lugar, la estructura del mercado del trabajo nunca tuvo los contornos esperados para una sociedad moderna en la que siempre convivieron un pequeño grupo de trabajadores asalariados con una gran número de trabajadores subempleados<sup>16</sup> o con otras formas de empleo inadecuado<sup>17</sup> y un desempleo estructural.

Los modelos de seguridad social ensayados para América Latina no fueron pensados desde su misma realidad, de todos ellos se puede rastrear su origen ya sea en el modelo alemán de Bismarck, basado en los seguros sociales dirigido a trabajadores fabriles, o en el modelo inglés ideado por Beveridge, cimentado en la construcción de un sistema nacional de salud universal y prestaciones mínimas para todos sin importar su condición laboral. Los dos, sin embargo, nacieron en las sociedades industriales y, al trasladarse a otras realidades como las nuestras, no consideraron los elementos propios que podrían permitir una mejor adaptación.

Antes de adentrarnos en el estudio de los modelos es necesario hacer un breve recorrido por el contexto y el proceso de conformación de los mismos. Así, retomando la clasificación de Dupeyrous, Carrillo señala tres etapas en el desarrollo de la seguridad social: 1) la anterior a la Revolución francesa, 2) la época clásica, y 3)

---

15. Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres* (Barcelona: Gedisa, 1999), 43-98.

16. Según el INEC, son subempleados: “Personas con empleo que, durante la semana de referencia, percibieron ingresos inferiores al salario mínimo y/o trabajaron menos de la jornada legal y tienen el deseo y disponibilidad de trabajar horas adicionales. Es la sumatoria del subempleo por insuficiencia de tiempo de trabajo y por insuficiencia de ingresos”. *Encuesta de empleo, subempleo y desempleo* (Quito, INEC, 2016).

17. *Ibíd.* Según el INEC son personas con empleo inadecuado aquellos subempleados o que realizan trabajo no remunerado.

la moderna.<sup>18</sup> Ricardo Nugent, por su parte, diferencia estas etapas conforme al tipo de respuesta que reciben las contingencias sufridas por el trabajador: en la primera etapa está el ahorro individual, la mutualidad, el seguro privado, la asistencia pública, los que responden a las contingencias; en la segunda están los seguros sociales, y en la tercera la seguridad social.<sup>19</sup> A continuación una breve descripción de las etapas mencionadas:

1. En las sociedades preindustriales la asistencia social es llevada adelante por órdenes religiosas, quienes son las encargadas de proteger a ciertas personas que se encuentran fuera de los espacios naturales de apoyo como las familias, las corporaciones o las colectividades religiosas;<sup>20</sup> huérfanos, indigentes y enfermos son atendidos de esta manera. Paralelamente, aunque en menor intensidad, aparece la asistencia social pública a través del servicio en hospitales, casas de caridad y correccionales, estas últimas destinadas a quienes supuestamente no trabajaban por decisión propia.<sup>21</sup>

Así, se puede decir que la atención brindada inicialmente por órdenes religiosas se trasladó paulatinamente al Estado. En esta etapa, lo que podríamos llamar seguridad social estaba imbricada con la idea de necesidad, y no de riesgo o prevención como aparecerá en el siglo XX.<sup>22</sup>

2. La época clásica se caracteriza por una fuerte influencia de la autonomía de la voluntad, el liberalismo como ideología imperante piensa las relaciones en términos de igualdad y libertad, todas las personas están llamadas a relacionarse entre sí solo a través del intercambio de productos y servicios, el trabajo también se considera una mercancía y los contratos laborales se rigen por las leyes de la oferta y la demanda. La desaparición de los cuerpos intermedios hace que por primera vez el individuo se presente cara a cara frente al Estado.<sup>23</sup>

Tal situación se releva como perjudicial para los trabajadores, pues las jornadas se extienden de forma extenuante, así como la utilización incontrolada de mujeres y niños. El cansancio y la explotación hacen aparecer rápidamente accidentes de trabajo que diezman a poblaciones enteras de obreros, haciendo de la “*inseguridad*

---

18. Ignacio Carrillo Hidalgo, *Introducción al Derecho mexicano. Derecho a la seguridad social* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981), 28.

19. Ricardo Nugent, “La seguridad social: su historia y sus fuentes”, en Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela, coord., *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997), 606.

20. Carrillo Hidalgo, *Introducción al Derecho Mexicano. Derecho a la Seguridad Social*, 29.

21. Detrás de esta concepción yace la idea de que pobreza es responsabilidad de la persona necesitada.

22. Carrillo Hidalgo, *Introducción al Derecho Mexicano. Derecho a la Seguridad Social*, 25-8.

23. *Ibid.*

*propia de una clase particular*".<sup>24</sup> Para responder a esta situación los trabajadores cuentan con recursos insuficientes: la asistencia, su propio ahorro, los seguros privados, las mutualidades.<sup>25</sup> Pero en una sociedad en la que se entiende la libre concurrencia de todos en igualdad de condiciones, la miseria es mal vista y se atribuye a la culpa de los propios pobres.

Los obreros con su difícil situación debían atender los riesgos y las contingencias sociales.<sup>26</sup> Desde el punto de vista jurídico es la responsabilidad civil la forma que adquieren los reclamos de los trabajadores, pero esta carga sobre el propio trabajador la responsabilidad puesto que solo accederá a una indemnización a cargo del empleador cuando pudiere probar su negligencia. Si existía un accidente de trabajo debía acogerse a la teoría civilista de la culpa.

Los trabajadores no contaban ni con el conocimiento, ni con los recursos para enfrentar una demanda de este tipo; así, no tardará en aparecer una nueva concepción de la responsabilidad por accidentes que ahora corresponde al empleador, pues se entiende que el empleador obtiene el beneficio final, al igual que la propia sociedad en general. Frente a esto el empleador se asegura a través de primas de seguros.<sup>27</sup>

A finales de esta segunda etapa aparecen los sistemas de reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a través de los sistemas de seguros sociales reconociendo la específica vulnerabilidad de la clase obrera. Se promulgan leyes para apoyar a los trabajadores más necesitadas como las de enfermedad, vejez e invalidez, la característica principal es concurrir con prestaciones ante la pérdida o inutilización de la fuerza de trabajo y el consiguiente perjuicio económico. Tienen carácter indemnizatorio y son proporcionales al salario perdido.

3. El tercer momento está caracterizado por la extensión de la seguridad social a quienes no están en relación de dependencia, sobre todos los servicios médicos; este apoyo es completado por solidaridad nacional con financiamiento fiscal.<sup>28</sup>

En este momento aparece la teoría de los riesgos profesionales basados en la autoridad impulsada por Rouast y Givord que plantea que la autoridad es la fuente del riesgo, pues quien debe responder es aquel para quien se trabaja, quien da la

---

24. *Ibíd.*, 30 (cursivas en el original).

25. *Ibíd.*

26. A principios del siglo XIX funcionan de manera subrepticia las mutualidades, que consistía en la asociación de miembros de determinadas colectividades que ahorran para asumir riesgos de sus miembros. Debido a la escasez de la contribución necesariamente la cobertura era mínima. Los seguros privados también son mínimos pues están dirigidos solo a personas que tienen ingresos suficientes para pagar las primas, pues se trata de contratos civiles. Ricardo Nugent, "La seguridad social: su historia y sus fuentes", 606-609.

27. Carrillo Hidalgo, *Introducción al Derecho mexicano. Derecho a la seguridad social*, 31.

28. *Ibíd.*, 33 y 34.

orden y no quien la ejecuta.<sup>29</sup> Se produce un cambio de la culpa por negligencia, imprudencia o impericia a la culpa *invigilando* del empresario.<sup>30</sup>

Justamente a finales del siglo XIX e inicios del XX, en estos contextos teóricos y económicos se van constituyendo los modelos ya mencionados. A continuación abordaremos el modelo impulsado por Bismarck y luego el de Beveridge.

Es muy conocida la frase de Bismarck con la que justificó la creación de los seguros sociales: “es necesario un poco de socialismo para evitar tener socialistas”; estaba preocupado por los avances de la izquierda e ideó las cajas de seguros populares, pues creía que era obligación del Estado promover el bienestar de toda la sociedad. Desde su célebre discurso en 1881, entre 1883 y 1889 se dictó una serie de leyes sobre seguros de enfermedad, accidentes de trabajo, invalidez y vejez.<sup>31</sup> Al respecto, la Ley del Seguro de Enfermedad de 1883 es el primer cuerpo legal que incluye los principios del seguro de enfermedad, destaca sobre todo la contribución de trabajadores y empleadores, e incluía prestaciones médica, farmacéutica y subsidios por varias semanas. En 1884 se dicta la Ley de Accidentes de Trabajo que integraba inspecciones a las fábricas y lugares de trabajo, indemnizaciones por invalidez y rentas destinadas a las viudas e hijos por muerte del trabajador. Se financiaba con el aporte de los empleadores. Por último, en 1889 se instituyó el Sistema de Jubilaciones el cual concedía a los trabajadores que superaban los 70 años una pensión cuyo monto dependía de lo cotizado por el trabajador.<sup>32</sup>

Este modelo se basa en la relación bilateral a cambio de una contribución, el afiliado recibe una prestación. En el sistema bismarckiano la cobertura depende de la condición laboral del individuo, es un régimen de seguros múltiples (salud, pensiones, accidentes de trabajo), se financia, como ya se dijo, con aportes de empleadores, trabajadores y Estado, y hay administraciones diferenciadas por riesgo y a veces por colectivos de asegurados.<sup>33</sup>

Por otro lado, y en otras circunstancias, aunque también en Europa, nace el modelo inglés a principios del siglo XX; aunque en esas latitudes ya a finales del siglo XIX se legisla sobre seguridad social a través de la Ley de Indemnizaciones de Trabajadores, recién en el siglo XX, en 1912, se inicia la atención en salud obligatoria y el seguro frente a la desocupación aplicada a ciertas industrias que se generaliza en 1920. Posteriormente se crean leyes para entregar pensiones a mayores de 70 años, viudas y

---

29. Nugent, “La seguridad social: su historia y sus fuentes”, 609-610.

30. *Ibíd.*, 610.

31. Sánchez Castañeda, *La Seguridad y la Protección Social en México*, 5 y 6.

32. *Ibíd.*, 7.

33. *Ibíd.*, 11 y 12.



huérfanos. Estas normas y otras que fueron emitiéndose durante las primeras décadas del siglo XX, pero estaban dispersas y su aplicación era desordenada; por ello se crea la Comisión Interdepartamental para la Seguridad Social y Servicios Afines, a cargo de sir William Beveridge. Tal comité identifica dos problemas básicos en la cobertura de la seguridad social: el nivel de cobertura del servicio de salud, y la dispersión administrativa y financiera de los órganos que atienden las contingencias.<sup>34</sup>

Beveridge redactó su *Report on Social Insurance and Allied Services*, en el que propone un Plan de Seguridad Social por el cual todos los ciudadanos tendrían acceso a un ingreso cuando por cualquier razón no pudiera obtener lo necesario para la subsistencia suya y de su familia con independencia de investigación de ingresos. Bauman llama la atención sobre la importancia de la eliminación de aquella investigación, no solo en la popularidad del sistema propuesto por Beveridge sino en la consolidación de los principios del liberalismo, pues al eliminar la investigación de ingresos desaparecía también el temor de la necesaria caída en una situación de pobreza o desempleo para obtener la ayuda, es decir, su función era preventiva y permitía el sueño liberal de seres humanos “audaces, confiados e independientes”.<sup>35</sup>

Sin embargo, cuando la propuesta de Seguro Social Nacional se convirtió en ley en 1946 no concretó la abolición de la investigación y la prestación se convirtió en universal selectiva a través de la investigación de ingresos.

La idea de tener un seguro ofrecido a todas las personas independientemente de que tengan relación de dependencia se convirtió en un modelo combinado en el cual coexisten beneficios comunes a todos:

un servicio nacional de salud para el conjunto de la población”, la garantía de un ingreso para determinados sectores de la sociedad en función de ciertas eventualidades, servicio de empleo en caso de desempleo y una pensión de vejez, gastos de entierro y cuidados médicos que se financian a través de un impuesto semanal denominado “timbre de seguros”.<sup>36</sup>

El sistema de Beveridge tiende a la universalización, pues la prestación no depende de la calidad de trabajador o no, unifica los riesgos y la prestación depende de una situación genérica de necesidad (falta de recursos), se financia con recursos públicos generalmente derivados de impuestos que se establecen en el Presupuesto General del Estado, la gestión administrativa es única, pues no distingue colectivos asegurados ni riesgos individualmente.<sup>37</sup>

---

34. *Ibíd.*, 8-11.

35. Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, 78 y 79.

36. Sánchez Castañeda, *La seguridad y la protección social en México*, 13 y 14.

37. *Ibíd.*, 15.

## EL MODELO ECUATORIANO

Ecuador desde muy temprano adopta el modelo de seguros sociales,<sup>38</sup> primero a través de la creación de Caja de Pensiones en 1928, mediante Decreto No. 18, publicado el 13 de marzo de ese año. La Caja se denominó de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militares, Ahorro y Cooperativa, y entregaba pensiones de jubilación, montepío y fondo mortuario y cubrió a trabajadores públicos, civiles y militares.<sup>39</sup>

La Constitución de 1929, en su artículo 151, integra ya varias de las prestaciones del seguro social, propiamente dichas como garantías fundamentales; en el numeral 18 se exige a las empresas industriales condiciones de salud y seguridad, indemnización de los accidentes de trabajo; y en el numeral 19, la protección de la maternidad.<sup>40</sup>

En 1935 mediante Decreto Supremo No. 12 se dicta la Ley del Seguro Social Obligatorio que crea la Instituto Nacional de Previsión, órgano superior del Seguro Social, cuya finalidad fue establecer el Seguro General Obligatorio, el Seguro Voluntario y ejercer el “Patronato del Indio y del Montubio”.<sup>41</sup>

En 1937 se reforma la Ley del Seguro Social Obligatorio que incorpora el seguro de enfermedad; y se aprueban los Estatutos de la Caja del Seguro Social de empleados privados y obreros. Posteriormente, en 1942, mediante Decreto 1179, se expidió la Ley del Seguro Social Obligatorio. En 1944 se aprueban los Estatutos de la Caja del Seguro.

La Constitución de 1945 en su artículo 149 establece ya las bases de un sistema de seguridad social, a través del seguro social. Se consagran las prestaciones de enfermedad, invalidez, vejez, viudez, orfandad, desocupación y otras con el financiamiento de trabajadores, empleadores y Estado. Un aspecto muy importante que se plantea es la extensión al mayor número posible de habitantes y se reconoce la calidad de autónomas de las instituciones encargadas del seguro. El seguro social se consagra como derecho irrenunciable de los trabajadores.<sup>42</sup>

---

38. Aunque ya en la Constitución de 1906 se incluyen algunas referencias a pensiones, montepío e invalidez, no se puede hablar estrictamente de un modelo de seguridad social, pues se trata de cédulas que el poder ejecutivo puede otorgar conforme al artículo 80, numeral 9. Disponible en <[www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1906.pdf](http://www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1906.pdf)>.

39. Disponible en <[www.iess.gob.ec/es/web/guest/inst-quienes-somos](http://www.iess.gob.ec/es/web/guest/inst-quienes-somos)>.

40. Disponible en <[www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1929.pdf](http://www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1929.pdf)>.

41. Disponible en <[www.iess.gob.ec/es/web/guest/inst-quienes-somos](http://www.iess.gob.ec/es/web/guest/inst-quienes-somos)>.

42. Disponible en <[www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1945.pdf](http://www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1945.pdf)>.

A partir de 1963 empieza la fusión de las cajas, primero la Caja de Pensiones con la Caja de Seguro para formar la Caja Nacional del Seguro Social que queda bajo la supervisión del antiguo Instituto Nacional de Previsión. En 1964 se establece el seguro de riesgos del trabajo, el seguro artesanal y de profesionales y en 1966 el Seguro del Clero Secular.<sup>43</sup>

La Constitución de 1967 también dedica varios artículos a la Seguridad Social; en primer lugar, el artículo 65 señala que es obligación del Estado proteger a los habitantes del Ecuador frente a los riesgos de la desocupación, invalidez, enfermedad, vejez, maternidad y muerte. En segundo lugar, el artículo 66 indica que las instituciones encargadas de la seguridad social serán autónomas y sus directorios tripartitos con participación del Estado, empleadores y trabajadores. En tercer lugar se establece la diferenciación entre los fondos de la Seguridad Social y los del fisco.<sup>44</sup> En el artículo 68 hay un primer germen de protección social, pues se obliga al Estado a proveer los medios de subsistencia a quienes carezcan de ellos.

En 1968 se aprobó el Código de Seguridad Social que tuvo corta duración; en él se pretendió replantear los principios rectores del sistema: solidaridad, universalidad y obligatoriedad. En ese mismo año se crea el Seguro Social Campesino. En 1970 mediante Decreto Supremo No. 40, publicado en el Registro Oficial No. 15 del 10 de julio de 1970, la Caja Nacional del Seguro Social se convirtió en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.<sup>45</sup>

La Constitución de 1979, en su artículo 29 regula la seguridad social y recoge la mayoría de bases sentadas ya en la Constitución de 1967, el derecho irrenunciable de los trabajadores, la extensión a toda la población, el financiamiento compartido entre empleadores, trabajadores y Estado, la autonomía de las instituciones que lo administran y las contingencias cubiertas.<sup>46</sup>

En 1986 se creó el Seguro Obligatorio del Trabajador Agrícola, el Seguro Voluntario y el Fondo de Seguridad Social Marginal a favor de la población con ingresos inferiores al salario mínimo vital. En 1987 se integró el Consejo Superior del IESS de forma tripartita y paritaria con representación del: Ejecutivo, empleadores y trabajadores.

En 1998 la Constitución dedica una larga sección a la Seguridad Social, entre los artículos 55 a 62. Se establece el Sistema Nacional de Seguridad Social y la obligación de extenderlo progresivamente a toda la población urbana y rural con indepen-

---

43. Disponible en <[www.iess.gob.ec/es/web/guest/inst-quienes-somos](http://www.iess.gob.ec/es/web/guest/inst-quienes-somos)>.

44. Disponible en <[www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1967.pdf](http://www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1967.pdf)>.

45. Disponible en <[www.iess.gob.ec/es/web/guest/inst-quienes-somos](http://www.iess.gob.ec/es/web/guest/inst-quienes-somos)>.

46. Disponible en <[www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1979.pdf](http://www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1979.pdf)>.

dencia de su condición laboral, se indica que se cubrirán los riesgos de enfermedad, maternidad, cesantía, vejez, invalidez, discapacidad y muerte, se otorga al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social la responsabilidad de las prestaciones del Seguro General Obligatorio como entidad autónoma, con representación tripartita, se ordena que los aportes y contribuciones del Estado consten anualmente en el Presupuesto General y que los fondos se diferencien de los del Estado; por último, se establece el Seguro Social Campesino a nivel constitucional como régimen especial del seguro general. Esta Constitución permite que instituciones privadas participen en la prestación de la Seguridad Social.<sup>47</sup>

Posteriormente se expidió la Ley de la Seguridad Social publicada en el Registro oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001, vigente hasta la actualidad y, la Constitución de 2008 que incluye algunas novedades en cuanto a la seguridad social, como se verá más adelante.

## EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL VIGENTE

En el caso ecuatoriano, la Ley de Seguridad Social que fue publicada en el Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001 consagra el régimen de seguros sociales a través de la creación del Seguro General Obligatorio (artículo 1) y, dentro de él cómo regímenes especiales, el Seguro Voluntario (artículo 152) y el Seguro Social Campesino (artículo 128). Los dos primeros son de carácter contributivo, es decir, son sistemas cuyo financiamiento depende de los aportes que entreguen trabajadores, empleadores y ciertas contribuciones del Estado. El primero está sobre todo encaminado a la cobertura de quienes desarrollan alguna actividad económica ya sea como trabajadores dependientes o autónomos; y el segundo, en cambio, estuvo diseñado para todos aquellos que no se incluyan en el primero. En cuanto al seguro social campesino es un régimen semicontributivo que se sustenta con una pequeña contribución del jefe o jefa de familia<sup>48</sup> y se complementa con el aporte de los trabajadores afiliados y otros ingresos.

En cuanto a los sujetos de protección, el artículo 2 indica que son tanto los trabajadores en relación de dependencia como los independientes, así como los profesionales en libre ejercicio, el administrador de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal. Este artículo en su versión inicial indicaba que todo ellos estaban “obligados a

47. Disponible en <[www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1979.pdf](http://www.constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1979.pdf)>.

48. En el Seguro Social Campesino la cobertura en salud se dirige a toda la familia que vive bajo la dependencia del jefe o jefa de familia, que es el único que aporta y de manera prácticamente simbólica. Los beneficios por vejez, invalidez y muerte corresponden en cambio solo al jefe de familia y son rentas muy bajas.

solicitar protección”, pero, esta frase fue declarada inconstitucional mediante Resolución del Tribunal Constitucional No. 052-2001-RA, publicada en el Registro Oficial Suplementos 525 de 16 de febrero de 2005.

La eliminación de esta frase y la interpretación conjunta con el artículo 10 de la misma ley que se refiere a la posibilidad de que todos quienes no son trabajadores en relación de dependencia “que voluntariamente se afilien al IESS” hacen pensar que efectivamente la obligatoriedad de la afiliación se produce solo en el caso de los trabajadores en relación de dependencia para sus empleadores. Este asunto fue saldado con la Resolución CD. 467 del Consejo Directivo del IESS aprobada el 20 de marzo de 2014, la cual definitivamente señala que los trabajadores sin relación de dependencia así como profesionales en libre ejercicio, administradores de un negocio o dueños de una empresa unipersonal pueden afiliarse voluntariamente al Seguro General Obligatorio, aceptando todas las obligaciones derivadas de él.

Hay que mencionar que la propia ley de seguridad social incluye ciertas prestaciones no contributivas que no se llevaron nunca a la práctica, así el artículo 205 establece la prestación asistencial no contributiva por vejez o invalidez, encaminada a entregar una renta en dinero para las personas mayores de 70 años o a quien esté incapacitado absoluta y permanentemente para todo trabajo remunerado.

Como se puede ver claramente, el sistema ecuatoriano es básicamente contributivo; sin embargo de que incluye una prestación universal esta nunca se ejecutó.

El problema fundamental es la falta de cobertura para las poblaciones de bajos ingresos, trabajadores informales y trabajadores formales pobres,<sup>49</sup> que no pueden cubrir las aportaciones o mantener su afiliación al seguro social.<sup>50</sup> Ahora bien, en los últimos años la cobertura del seguro social ha aumentado considerablemente sin embargo de que tales extensiones no han contado con los debidos estudios actuariales como se verá a continuación, lo que pone en serio peligro la viabilidad financiera del sistema.

En 2007 el número de afiliados ascendía a 1’518.164 personas y en junio de 2015 se registraron 3’111.481 afiliados al Seguro General y 396.097 afiliados al Seguro Social Campesino, es decir, un total de 3’507.578.<sup>51</sup> Por otro lado debemos considerar a los pensionistas a esa misma fecha llegaron a 448.043; en este rubro se encuentran los jubilados por vejez, invalidez o beneficiarios de montepío y orfandad. Así mismo,

---

49. Se refiere a trabajadores que si bien tienen relación de dependencia no logran mantenerse de manera continua en el circuito del trabajo de dependencia.

50. María Ascensión Morales, “Extensión de la Seguridad Social en materia de pensiones”, en Gabriela Mendizábal Bermúdez, Alfredo Sánchez Castañeda y Patricia Kurczyn Villalobos, coord., *Condiciones de Trabajo y Seguridad Social* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012), 3-5.

51. Hay que considerar que durante el año 2016 a enero se dieron de baja alrededor de 80.000 afiliados, por lo que lo más probable es que esos números hayan disminuido.

se debe considerar a los beneficiarios del Seguro Social Campesino, es decir a aquellos familiares que dependen del jefe de familia (único cotizante) y jubilados en este régimen que llegan a un total de 867.943.<sup>52</sup>

## La ampliación de la cobertura

La Ley de Seguridad Social ha sido varias veces reformada en el ámbito de la cobertura, en primer lugar a través de la Ley Reformativa a la Ley de Seguridad Social, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 323 de 18 de noviembre de 2010, que reforma el artículo 117 indicando que los hijos de los afiliados tendrán asistencia en salud hasta los 18 años, anteriormente se incluían solo hasta los seis años. En la actualidad, según datos ofrecidos por la Representación de los Empleadores en el Consejo Directivo del IESS, en junio de 2015 existe un aproximado de 2'924.792 hijos menores de 18 años cubiertos.<sup>53</sup> Esta reforma, si bien contó con estudios de impacto, no ha sido debidamente monitoreada para conocer qué porcentaje del fondo de salud está destinado a cubrir estas atenciones y si esto desmejora o no la sostenibilidad del fondo.

La segunda reforma de importancia es la que tiene que ver con la introducción en la Ley Orgánica de Discapacidades, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 796, de 25 de septiembre de 2012, que permite la afiliación voluntaria de los discapacitados con los mismos derechos que en la afiliación voluntaria general. Esta norma elimina la obligación que se introdujo en el IESS, vía resolución, de exigir examen médico para el seguro voluntario lo que en la práctica suponía una verdadera discriminación para quienes tenían enfermedades preexistentes. Otras prestaciones incluidas en la ley son la jubilación especial por vejez y la jubilación por incapacidad absoluta y permanente. El artículo 84 elimina la exigencia de aportaciones mínimas previas para acceder a la pensión de discapacidad para los afiliados a quienes les sobrevenga una discapacidad total y permanente absoluta. Esta norma reforma el artículo 186 de la Ley de Seguridad Social de manera tácita, pues este último exige al menos 60 imposiciones. Desde nuestro punto de vista esta reforma se hizo sin los debidos estudios de impacto y actuariales que permitan revisar si el fondo de pensiones sigue siendo sostenible.

El artículo 85 de la Ley Orgánica de Discapacidades incluye la jubilación sin mínimo de edad para las personas discapacitadas afiliadas al IESS que acrediten hasta 300 aportaciones (25 años) y para los discapacitados intelectuales con 240 imposiciones

---

52. Consejo Directivo IESS-Representación Empleadores, *Informe*, noviembre de 2015.

53. Este es un dato proyectado sobre el presupuesto de que existen 0,9 hijos por afiliado menores de 18 años.

(20 años), en la Ley de Seguridad Social se exige al menos 360 imposiciones. Ahora bien, la ley no aclara qué grado de discapacidad es necesario para acceder a este derecho. El IESS no tiene datos desagregados por este indicador y tampoco se cuenta con estudios actuariales o de impacto que puedan mostrar si existe o no afectación a la sostenibilidad del fondo.

A pesar de que estas normas entraron en vigencia en 2012, el IESS no las aplicó hasta 2014, cuando a través de la Resolución CD. 460 se estableció la forma de financiamiento, cargándola a todos los trabajadores afiliados, es decir, se aumentó el porcentaje de aporte al IESS que pasó de 20,5% de la remuneración al 20,6%; ese 0,1% más se puso en hombros de los trabajadores y no del empleador, ni del Estado. Es decir son los trabajadores los que aportan para que se cumplan las prestaciones otorgadas en la Ley Orgánica de Discapacidades.

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo no remunerado, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 483 de 20 de abril de 2015, además de extensas y muy polémicas reformas, que no deben ser analizadas en este espacio, incluye la ampliación de la cobertura para las personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar, introduciendo en el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social el literal g) la cobertura para ellas. La protección se concreta solo en el Seguro de Vejez, Invalidez y Muerte, y su financiación se estableció a cuenta de la unidad familiar y un subsidio de parte del Estado para quienes menores ingresos tienen.

Las normas integradas en esta ley son contrarias a la Constitución que, claramente en el artículo 369, segundo inciso, indica que las prestaciones entregadas a quienes realicen trabajo no remunerado en el hogar se financiarán con el aporte y contribuciones del Estado, es decir, no correspondía ni a la unidad familiar, ni al cónyuge ese financiamiento. No existen datos oficiales sobre el número de personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar que se han afiliado desde abril de 2015 que entró en vigencia.

Si bien es cierto que en estos años la cobertura ha aumentado, lo ha hecho de forma desordenada y sin criterio claro de lo que se debe entender por universalidad. Podríamos decir que solamente la extensión del seguro de salud para hijos menores de 18 años corresponde a un intento de universalización de la seguridad social, a través de un sistema no contributivo, pero se lo hace en la Ley de Seguridad Social que como ya hemos dicho es principalmente contributiva, es decir, se confunde la protección social con el seguro social a riesgo de desfinanciar todavía más el fondo de salud. Lo que debió hacerse es que la atención en salud de las personas menores de edad corra a cargo del Estado, encargado constitucionalmente de ofrecer cobertura en salud para todos los ecuatorianos.

En cuanto a la jubilación e invalidez para discapacitados, al no exigir el mínimo de imposiciones para acceder al derecho semejante al de la Ley de Seguridad Social; y,

el seguro de invalidez, vejez y muerte para las personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar, podríamos decir que estamos frente a sistemas semicontributivos, en los que se acude a una mal entendida “solidaridad” de los otros trabajadores; en el primer caso, haciendo que todos los trabajadores aumenten su aporte para financiar esas prestaciones, y, en el otro, haciendo que la unidad familiar aporte. Decimos “solidaridad” mal entendida porque lo que se está exigiendo es que los trabajadores financien las tareas del Estado, no que sean solidarios, pues de hecho ya lo son: los sistemas de salud y pensiones en el IESS son de reparto, es decir, todos aportan en la medida de su capacidad y las prestaciones se entregan en la medida de la necesidad.

## Sistema de Salud

A partir del artículo 102 de la Ley de Seguridad Social se regula las prestaciones en el Seguro de Salud Individual y Familiar cuya cobertura integra a los afiliados, sus hijos menores de 18 años y los jubilados. Las prestaciones incluyen fomento y promoción de la salud, medicina preventiva, diagnósticos, atención odontológica, asistencia médica curativa integral, maternidad, actos quirúrgicos, hospitalización, fármacos, recuperación y rehabilitación, tratamiento de enfermedades crónico degenerativas, tratamiento de enfermedades catastróficas. Para estos últimos dos casos la ley prevé un seguro colectivo y un fondo solidario, respectivamente, que no han sido implementados hasta ahora (artículo 103).

Hay que aclarar que, conforme al artículo 10, literal d) de la Ley de Seguridad Social, el jubilado tiene derecho a recibir prestaciones de salud en las unidades médicas del IESS, en iguales condiciones de afiliados activos con cargo a la “contribución financiera obligatoria del Estado”.

Sin embargo de esta clara especificación normativa, el Gobierno ha desconocido dicha deuda contribuyendo al desfinanciamiento de este seguro. Según datos del propio IESS la deuda asciende en 2014 a 1.875 millones de dólares.<sup>54</sup> Si se revisan las cifras sobre los rubros a los que corresponde la deuda se encuentra que alrededor de 1.237 millones es por la atención médica a jubilados y 330,8 por enfermedades catastróficas, estos dos montos son los rubros más importantes.<sup>55</sup>

Debido a que la infraestructura del IESS en materia de salud no abastecía el aumento de cobertura se incluyó la posibilidad de contratar prestadores externos, con-

---

54. Dato tomado del oficio No. IESS-DG-2015-058-0F, de 9 de marzo de 2015.

55. Dato tomado del documento *Escenarios de sostenibilidad del Fondo de Salud del IESS*.



forme al artículo 116 de la Ley de Seguridad Social. Los costos de dichas atenciones externas llegaron en el 2014 a 785,2 millones de dólares.<sup>56</sup>

En este contexto, el fondo de salud registraría a diciembre de 2014 un déficit acumulado de 1.547 millones de dólares.<sup>57</sup> A esto hay que añadir que en 2015 se detectó una caída de la masa salarial y por tanto del total de los aportes; así, ingresarían al IESS 1.443 millones de dólares y saldrían 1.800 millones, es decir, para ese año se habría registrado un déficit de 357 millones.

Supuestamente con la intención de cubrir el déficit, el Consejo Directivo del IESS ha tomado la decisión de pasar un porcentaje de la aportación destinada al fondo de pensiones para el fondo de salud. Los aportes para pensiones correspondían a un 9,74% del salario; y un 5,71% para salud; a partir del 13 de noviembre de 2015, los porcentajes cambian y ahora 9,94 corresponde a salud y 5,76 a pensiones; se prevé que hasta 2021 las tasas vayan disminuyendo en el primer caso y aumentando en el segundo hasta llegar a los niveles que tuvieron antes de la reforma.<sup>58</sup> Esta acción contraviene directamente el artículo 122 de la Ley de Seguridad Social que prohíbe al Consejo Directivo del IESS entregar fondos de otros seguros para cubrir el déficit operacional de las unidades médicas, así como el artículo 49 del mismo cuerpo legal, que en cambio ordena mantener la separación de fondos de los seguros y prohíbe su utilización para prestaciones distintas de aquellas para las que fueron creados.

## Sistema de Pensiones

La Ley de Seguridad Social de 2001 estableció un sistema mixto para el seguro de vejez, invalidez y muerte, que integraba elementos de reparto puro como de capitalización individual, sin embargo una gran cantidad de normas que regulaban el sistema fueron declaradas inconstitucionales el 8 de marzo de 2002, mediante resolución No. 052-2001-RA, que fue publicado recién en 2005.<sup>59</sup>

---

56. IESS, *Rendición de Cuentas 2014* (Quito, IESS, 2015), 31.

57. Para llegar a esta cifra se han considerado los datos de página web de la Superintendencia de Bancos que indica un patrimonio total del fondo de salud de 2.090 millones de dólares, del cual se deben deducir 1.876 millones de cuentas por cobrar al Estado que ha declarado la deuda inexistente; también deberían reducirse 1.181 millones de anticipo a unidades médicas; 653 millones cuentas por pagar a prestadores externos por prestaciones y beneficios; otras cuentas por cobrar de 580,5 millones y cuentas por pagar prestadores 1.103 millones.

58. Propuesta desarrollada por la Empresa Volrisk Consultores Actuariales Cía. Ltda., en el estudio *Cambio en las tasas de contribución de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte; Seguro de Riesgos del Trabajo y Seguro de Salud Individual y Familiar*.

59. Carmen Corral, *Situación del sistema de pensiones en el Ecuador, la perspectiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros*. Disponible en <[www.flacsoandes.edu.ec/bilio/cataog/resGet.php?resid=16743](http://www.flacsoandes.edu.ec/bilio/cataog/resGet.php?resid=16743)>.

En definitiva la Ley de Seguridad Social en lo relativo a pensiones no fue aplicable y se siguió utilizando el régimen anterior a través de las normas denominadas Régimen de Transición constantes en la misma ley a partir del artículo 225, un sistema de reparto puro, de solidaridad intergeneracional. Ese régimen debía desaparecer paulatinamente mientras se aplicaba el sistema mixto de pensiones.

Las prestaciones que forman parte del Sistema de Pensiones son: jubilación por vejez, jubilación por invalidez, subsidio transitorio por incapacidad, pensiones de montepío por viudez y orfandad y auxilio de funerales están reguladas entonces por el sistema anterior a 2001.

Este fondo también presenta problemas, ya desde hace varios años se ha detectado la necesidad de reformar el Seguro de Vejez, Invalidez o Muerte. Tanto los estudios actuariales de la OIT como los del propio IESS han dado la alerta sobre la necesidad de considerar el importante déficit actuarial<sup>60</sup> que presenta el fondo, el que se ha vuelto mucho más grave a partir del cambio del porcentaje de tasas de aportación para cada fondo.

Sin ser este el espacio para discutir la gravedad de la sostenibilidad financiera de pensiones es importante aclarar que en el año 2008<sup>61</sup> la OIT en su *Diagnóstico del Sistema de Seguridad Social en Ecuador* decía que el déficit actuarial<sup>62</sup> para este seguro era de 3.700 millones de dólares, pero si se eliminara el 40% de aporte del Estado rondaría los 10.500 millones;<sup>63</sup> posteriormente, el estudio actuarial hecho por el propio IESS en 2010, que no fue formalizado y por tanto es descartado por las autoridades, por considerar que no es oficial, estima que el déficit actuarial rondaría los 22.862 millones de dólares con un horizonte de 40 años, considerando todavía el aporte del Estado del 40%.<sup>64</sup> Sin ese aporte, el dinero alcanzaría solamente para los próximos 12 años y el déficit alcanzaría a 70.000 millones. Como se ha concretado la eliminación del aporte del 40% del Estado para pensiones y además se han cambiado las tasas de aportaciones, se estima que ese déficit superaría los 200.000 millones de dólares según los últimos estudios.<sup>65</sup>

---

60. El estudio actuarial es una proyección de los recursos que el IESS requiere para atender a los afiliados en 40 años. Se habla de déficit cuando se prevé que no se contarán con esos recursos en ese horizonte temporal.

61. Los datos tomados para este estudio fueron los del diagnóstico actuarial de Actuaría de 2003.

62. Hay que anotar que los cálculos actuariales indican en este momento cuál es el déficit del fondo para cubrir obligaciones futuras si se mantienen las variables.

63. OIT, *Diagnóstico del Sistema de Seguridad Social del Ecuador* (Lima: OIT, 2011), 104.

64. IESS, *Estudio Actuarial del IESS*, informe no oficial.

65. Volrisk Consultores Actuariales Cía. Ltda., *Cambio en las tasas de contribución de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte; Seguro de Riesgos del Trabajo y Seguro de Salud Individual y Familiar*.

El impacto de todas estas medidas y de la falta de acción para reformar de manera seria y democrática las normas que regulan este seguro ya se empiezan a verificar en la actualidad.

En el año 2014 el total de valores cancelados por prestaciones de vejez, invalidez y muerte en el seguro general fueron de un total de 2.452,05 millones de dólares, siendo que los ingresos fueron de 2.366,90 millones de dólares, es decir, los ingresos por aportes no alcanzaron para pagar 85,15 millones de dólares, que debieron ser financiados por el fondo de pensiones depositado en el BIESS.<sup>66</sup> Para 2015, según los datos estimados, la diferencia correspondería a 438,78 millones de dólares, que deberán ser sacados del fondo que permanece en el BIEES.<sup>67</sup>

## PROTECCIÓN SOCIAL

La protección social en Ecuador ha sido desordenada y no ha correspondido a una política pública sino a respuestas puntuales dirigidas a sectores muy reducidos de la población, sobre todo los más duramente afectados por las políticas de ajuste neoliberal. Dentro de este grupo se pueden considerar los bonos de pobreza, de desarrollo humano, solidaridad, o por discapacidad que han sido implementados en anteriores gobiernos y con más fuerza en este. El problema de estas acciones es que han sido dispersas, no tienen evaluación, constituyen una forma de paliar las consecuencias de ajustes estructurales, han sido utilizadas de manera clientelar y no constituyen una manera de conseguir la salida de la pobreza y están absolutamente desconectadas de una política sobre empleo.

Como se dijo ya, una vez identificado que uno de los mayores problemas es la cobertura del seguro social, la OIT propuso el Piso de Protección Social que combina un enfoque tradicional basado en programas dirigidos a niños, personas subempleadas, desempleadas, trabajadores pobres y adultos mayores, con otros dirigidos a quienes tienen empleo precario, combinando por tanto acciones de protección con políticas de empleo de tal forma que las personas puedan acceder a trabajos dignos.

La propuesta combina una dimensión horizontal que comprende garantías para todas las personas (salud, educación, ingresos mínimos) y una vertical de aplicación de “normas más rigurosas” de seguridad social,<sup>68</sup> es decir, el Estado deberá asegurar, al menos, unos mínimos para todos y conforme se vaya ampliando la empleabilidad así

---

66. Consejo Directivo IESS-Representación Empleadores, *Informe*, noviembre de 2015.

67. *Ibid.*

68. OIT, *Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva*, XXV.

como la calidad del empleo para la población, los propios trabajadores, con sus recursos se irán incorporando a los seguros sociales con prestaciones más amplias y mejores.

En los países donde existen programas de protección social dispersos, insiste la OIT, el piso de protección social no debe significar una reducción de la protección, sino una política coherente y coordinada que permita la salida de la pobreza a través de un círculo virtuoso. Por otro lado esta propuesta pretende diferenciarse de las redes de protección social impulsada por los organismos financieros internacionales en las décadas de 1980 y 1990 para paliar las consecuencias de los ajustes estructurales, en la medida en que eran consideradas aspectos residuales del crecimiento económico, en cambio el piso de protección se considera política fundamental para el desarrollo y la salida de la riqueza a través de la creación de trabajo decente.<sup>69</sup>

## **ELEMENTOS PARA LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Como hemos dicho repetidamente, la Seguridad Social se ve íntimamente ligada, al menos en su versión de seguros sociales, al mundo del trabajo; por esta razón es necesario hacer una breve referencia a los cambios que se han producido en este ámbito y han tenido influencia en la renovación de la seguridad social.

En los últimos años se ha podido constatar la transformación de la estructura del trabajo. Poco a poco va desapareciendo el trabajo estable y ligado a la industria, ya sea por la importancia que ha tomado el sector servicios y financiero, o por la preeminencia de los derechos del capital que han facilitado la flexibilización laboral asegurando mayores ganancias solo para algunos. Estas características, más acciones directas del Estado o los empresarios, han debilitado el carácter colectivo de la organización sindical, volviendo al contrato de trabajo en una mera relación individual.<sup>70</sup> El trabajo tal y como se conoció durante el capitalismo clásico se va situando fuera del sistema salarial.

De hecho, en los países desarrollados de fuerte tradición de Estado de Bienestar, se habla de “flexiseguridad” como alternativa a las propuestas neoliberales de flexibilización laboral total, que sin abandonar esas tesis de manera definitiva busca un supuesto equilibrio entre las exigencias de los empresarios de flexibilizar la relación laboral y convertirse en competitivos a costa de los derechos de los trabajadores y, la esperanza de los trabajadores de contar con “oportunidades laborales, mejores ingresos y más protección del empleo”. Básicamente con este modelo se pretende la

---

69. *Ibíd.*, 9-13.

70. Zygmunt Bauman, *Modernidad Líquida* (México: Fondo de Cultura Económica, 2002), 146.

extensión de los beneficios de cobertura universal y de calidad de la seguridad social, con reglas liberales en el mercado de trabajo, en la contratación y el despido.<sup>71</sup> Las consecuencias de este modelo aún no pueden ser advertidas en esos países y por tanto no pueden ser directamente aplicadas a nuestros países.

En Ecuador el mercado de trabajo es fragmentario, pues el proceso de industrialización inacabado supuso la convivencia de un grupo pequeño de trabajadores asociados a la industria, un porcentaje de desempleo estructural y un gran porcentaje de subempleo. A esto en la actualidad hay que añadir los efectos de la crisis económica internacional y la propia que afecta a países de economía principalmente primaria basada en explotación de recursos naturales como Ecuador.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su informe anual *Panorama Laboral 2015*, señala que las economías emergentes muestran una tendencia a la desaceleración, la contracción se concentra sobre todo en América del Sur, en donde, según la Comisión Económica Para América Latina (CEPAL), habrá una caída en el crecimiento económico considerable.<sup>72</sup>

Todo parece indicar el fin del período del crecimiento registrado en la región en la última década, y no se conoce cuánto tiempo durará. Las proyecciones de la OIT, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la CEPAL consideran que las consecuencias de esta crisis no van a ser superadas de forma inmediata ya que sus efectos se han mostrado sostenidos por varios años.<sup>73</sup>

Aunque ya en 2013 la desaceleración comenzó a mostrarse en la región, sus efectos negativos en el mercado laboral se manifiestan con claridad en 2015. Las principales señales de alerta se verifican en el aumento de la tasa de desocupación, el incremento del empleo por cuenta propia de manera más acelerada que el del empleo asalariado, un menor crecimiento de los salarios, la precarización de la relación laboral y la pérdida del empleo de calidad.

Los datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) de diciembre de 2015, recogidos en la Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo, encuentran que, de la población económicamente activa de 7,5 millones de personas, el desempleo alcanzó al 4,77%, lo que supone un aumento de 0,97% entre diciembre de 2015 y diciembre de 2014, produciendo una disminución de 2,8% del empleo adecuado. Si bien es cierto que aumentaron las tasas de desempleo, el problema más profundo en la estructura del mercado laboral ecuatoriano es el referido al empleo inadecuado, que incluye el subempleo, otros empleos inadecuados y el empleo no

---

71. Henning Jorgensen, *El nuevo escenario laboral latinoamericano* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2009), 65-68.

72. OIT, *Panorama laboral 2015. América Latina y el Caribe* (Lima: OIT, 2015), 21 a 38.

73. *Ibíd.*

remunerado que, en diciembre de 2014 llegó a 46,69% y en diciembre de 2015 a un 40,09%, tomando en cuenta que diciembre es un mes que registra un aumento de las diversas formas de empleo.<sup>74</sup>

Pero si consideramos el mes de septiembre, la tasa de desempleo en el país llegó al 4,28% en 2015, por encima del 3,90 % registrado en el mismo mes de 2014, en cuanto a la tasa de empleo inadecuado también subió de 48 a 49,21% de septiembre de 2014 a septiembre de 2015, mientras que el empleo adecuado bajó del 47,78 a 46% en el mismo periodo.<sup>75</sup>

Los datos indican que el empleo disminuyó en 1,2% para las mujeres y 0,8% para los hombres. El empleo inadecuado aumenta en un 1,84% puntos porcentuales para los hombres y en 0,59% para las mujeres.<sup>76</sup>

Como hemos dicho constantemente a lo largo de este artículo el problema de la extensión de la seguridad social es que la población más necesitada, la que menos recursos tiene, ya sea porque está en el sector informal o se trata de trabajadores formales pobres o no ha conseguido insertarse en el mundo del trabajo, no puede contribuir para entrar al sistema de los seguros sociales que es básicamente contributivo; por ello requiere un sistema de protección social que permita acceder a prestaciones universales básicas acompañada de una política de generación de empleo digno.

Ahora bien hay que considerar que la Constitución ecuatoriana de 2008 esbozó ya los elementos básicos para un nuevo sistema de seguridad social, caracterizado por la universalización; esto no quiere decir, ni en las normas constitucionales ni en la viabilidad técnica, que el seguro social deba desaparecer o absorberse en la protección social.

Antes de entrar al análisis de las normas constitucionales cabe mencionar que algunos de los elementos que constan en la Constitución de 2008 ya fueron esbozados en la de 1998; sin embargo, hay diferencias importantes: en primer lugar, la prohibición absoluta de la privatización, cuestión permitida en la norma anterior; en segundo lugar, no se incluía la posibilidad de afiliación al seguro de quienes realizaban trabajo no remunerado; tampoco se había previsto la universalidad de la seguridad social de manera expresa como sí lo hace la actual Constitución, aunque se ordenaba que el seguro general se extienda a toda población rural y urbana de manera progresiva.

La Constitución dedica la Sección Tercera del Capítulo Primero del Título VII, Del Régimen del Buen Vivir, a la Seguridad Social y establece algunas características:

---

74. INEC, *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo. Indicadores Laborales 2015* (Quito: INEC, 2015).

75. *Ibíd.*

76. *Ibíd.*

En sus artículos 367 y 368 consagra el Sistema de Seguridad Social que comprende a entidades públicas, normas, políticas, recursos, prestaciones que desarrollan actividades relacionadas con la seguridad social. Está conformado por el Seguro Universal Obligatorio y por Regímenes Especiales conformados por la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

El Seguro Universal Obligatorio tiene a su vez un Régimen General y un Régimen Especial de Seguro Social Campesino. La característica primordial del Seguro Universal Obligatorio es la universalización, pues el artículo 369 expresamente señala que se extenderá a toda la población urbana y rural con independencia de su situación laboral. Ahora bien, no está claro si en este régimen se combinan el sistema contributivo y el sistema no contributivo; lo lógico sería que se refiera solo al sistema contributivo, con lo que la inclusión de quienes no tienen capacidad contributiva dependería de que el Estado asuma esa responsabilidad a través del pago de los aportes. Tal parecería ser la intención cuando en el mismo artículo se señala que las prestaciones de las personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar se financiarán con “aportes y contribuciones del Estado”. La otra posibilidad vendría de la integración de un sistema de Protección Social o Piso de Protección Social en el gran Sistema de la Seguridad Social.

Por otro lado, el artículo 371 señala que las prestaciones de la Seguridad Social (no habla del seguro universal) se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia, sus empleadores, los aportes de los independientes asegurados; los voluntarios en el extranjero y los aportes y contribuciones del Estado. Es decir tenemos el sistema contributivo que sería el Seguro Universal Obligatorio en el que el financiamiento está constituido básicamente por los aportes de trabajadores, empleadores y Estado, y el no contributivo, también parte del Sistema de la Seguridad Social básicamente sostenido por el Estado.

La Constitución no hace mención al régimen no contributivo sino tácitamente cuándo se refiere a la posibilidad de que el seguro universal obligatorio se extienda a toda la población urbana y rural con independencia de su relación laboral.

Ahora bien, revisados todos los artículos que se refieren a este tema, parece ser que el constituyente pasó de largo en lo que tiene que ver con el régimen no contributivo, pues cuando se refiere a las contingencias están las generalmente cubiertas por un seguro contributivo: enfermedad, maternidad, paternidad, riesgo de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte. Las prestaciones relacionadas con el sistema no contributivo suelen referirse a pensiones asistenciales para quienes no han contribuido al seguro social y tienen una edad avanzada, o pensiones de subsistencia para los más pobres, además de salud y educación universales.

Hay que entender que la universalización de la seguridad social no es posible si solo se mantiene un régimen contributivo. Es necesario diseñar uno no contributivo

que atienda a quienes no tienen capacidad económica para cotizar al seguro social. Si bien la Constitución pretendió caracterizar al sistema como universal, se quedó a medio camino, pues las características que diseña atienden más al sistema contributivo.

La Constitución se ha preocupado por lo que podríamos llamar protección social pero no como parte de la seguridad social sino de manera dispersa. Así en el artículo 37 se establece que las personas adultas mayores tendrán derecho a la “jubilación universal” y a la atención gratuita y especializada en salud, esta es una típica política de universalización de la seguridad social. El artículo 49 establece la posibilidad de que las personas con discapacidad y quienes los cuiden reciban atención y sean cubiertos por la seguridad social, incluida la capacitación.

Además están los artículos 26 y siguientes, así como 32 y siguientes referidos a la educación y salud universales.

Nuevamente la Constitución se quedó corta, debió dar rango constitucional al sistema de protección social que haría posible la universalización para quienes no tienen capacidad contributiva y las normas relativas al mismo están desordenadas a lo largo de la norma fundamental revelando vacíos importantes como por ejemplo las pensiones mínimas por escasez de recursos que existen en nuestro país en la forma de bonos pero que no han merecido rango constitucional, lo que les pone en patente riesgo de desaparecer cuando las condiciones económicas o los gobiernos cambien.

Debido a que la reforma de la Seguridad Social se hace necesaria, a manera de planteamiento del debate sugerimos los siguientes puntos:

- Como hemos dicho, la cobertura en el sistema de seguros sociales es limitada a las personas que tienen capacidad contributiva; por tanto, es necesario complementar el seguro social con un sistema de protección social financiado por el Estado.
- En el Sistema del Seguro Universal Obligatorio estarían tanto las personas con relación de dependencia como aquellas sin relación de dependencia; si bien el seguro debe ser obligatorio para ambos, se requiere implementar diferenciaciones: en primer lugar teniendo en cuenta que, en el caso de los dependientes, contribuyen tanto empleador como trabajador, y, en el segundo, solo el afiliado, no puede haber igual porcentaje de aporte. Deben pensarse paquetes diferenciados para los afiliados sin relación de dependencia, por ejemplo, obligatoriedad de aportar para el seguro de vejez, invalidez y muerte, no así para otras contingencias, que podrían ser elegidas de acuerdo al porcentaje de aportación.
- El Seguro Social Campesino debe mantenerse como sistema semicontributivo de carácter solidario en el que aporten trabajadores y empleadores; sin embargo, es necesario incorporar la aportación del Estado para que mejoren las prestaciones.
- La afiliación obligatoria se debería complementar con un sistema de carácter voluntario no solo dirigido a las personas residentes en el extranjero, sino también a



quienes no tienen ingresos propios pero pueden contribuir al seguro social, este es el caso de las personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar que podrían afiliarse voluntariamente para ciertas prestaciones.

- Para el caso de la protección social la cobertura debe incluir a todas aquellas personas sin capacidad contributiva donde se debe incluir a las personas adultas mayores, las personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar que no tengan capacidad contributiva, los trabajadores informales, trabajadores formales precarizados, discapacitados para el trabajo y familias pobres.
- La política de protección social debe incluir programas de generación de empleo y mejorar de las condiciones laborales para quienes se encuentren en situación de pobreza.
- Es necesario reforzar la autonomía de las instituciones que administran la seguridad social como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social –IESS– y de todo el Sistema de Seguridad Social, pues la intromisión política ha contribuido a la situación actual de déficit actuarial y desorden administrativo.
- Dados estos problemas es necesario emprender una reforma del seguro de pensiones que asegure su sostenibilidad, con una amplia participación de todos los ecuatorianos en cuanto a la búsqueda de alternativas que deberán además contar con el apoyo ciudadano a través de una consulta popular.
- Es necesario llevar a la práctica lo señalado en el artículo 360 sobre la red pública integral de salud, coordinando la atención de establecimientos estatales, de la seguridad social y otros proveedores del Estado, fortaleciendo sus vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad. Algunos servicios de salud serían cubiertos por el IESS, cuando se trate de personas que hayan contribuido a la seguridad social y tengan el derecho, sin que esto signifique que no puedan acudir a cualquier unidad de salud, y lo propio con quienes no hayan contribuido al seguro social; sin embargo, al estar coordinadas, deben cruzar cuentas y realizar las transferencias que sean del caso.
- Se hace necesario implementar la atención médica por niveles poniendo énfasis en la atención primaria.

## **A MANERA DE CONCLUSIÓN**

Desafortunadamente, como lo demuestran los datos y cifras del propio IESS y de diversas instituciones que han estudiado el caso, la institución, principal proveedora de las prestaciones de seguridad social, está atravesando una difícil situación tanto financiera como administrativa que pone en altísimo riesgo las prestaciones para las

siguientes cohortes de jubilados en cuanto a pensiones y ofrece servicios de salud de baja calidad para los afiliados y jubilados.

Una parte de esos problemas se explica por la influencia inadecuada de intereses gubernamentales y partidistas en el diseño de políticas de la seguridad social; sin embargo, este artículo intentó probar que la seguridad social enfrenta dificultades en el país sobre todo porque responde a modelos que fueron pensados para otras latitudes y para otros momentos.

La estrecha relación mercado de trabajo y seguridad social exige que en el diseño ecuatoriano se tome en cuenta que la mayoría de nuestros trabajadores no se encuentran ligados a la fábrica o no tienen relación de dependencia, al contrario se encuentran en el subempleo o en el empleo inadecuado, lo cual exige creación de sistemas de seguridad social semicontributivos o no contributivos que permitan a los trabajadores pobres, informales o desempleados estructurales contar con cobertura mínima en salud y pensiones de subsistencia.

Ahora bien, en sentido contrario a lo sucedido hasta ahora, los programas dirigidos a atender a los grupos no contributivos como personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar, discapacitados, adultos mayores que no fueron aportantes a la seguridad social, pobres, entre otros, no puede basarse en una mal entendida solidaridad, pues no se trata de que los trabajadores en relación de dependencia aumenten sus aportes para que otros puedan acceder a la seguridad social, no solo porque la mayoría de trabajadores en relación de dependencia tiene bajos ingresos, sino que también porque su situación es precaria, pues entran y salen del mercado de trabajo.

La solidaridad básicamente debe entenderse como una política encaminada a lograr que quienes más tienen contribuyan de manera más sustancial al sistema de seguridad social, a través de impuestos directos como el de la renta que engrose los ingresos del Estado y sea este quien atienda a través de mecanismos de protección social a quienes no tienen ingresos propios o los tienen escasos.

Desde esa perspectiva no se trata solo de incorporar a nuestro sistema paradigmas nuevos como el de Piso de Protección Social, sino de atender a la estructura de nuestro mercado de trabajo y a las transformaciones del trabajo en relación de dependencia que se han producido en los últimos años. Es necesario fortalecer la salud, la educación y las rentas mínimas para todos; pero además establecer paquetes diferenciados de prestaciones que permitan ampliar la cobertura para quienes tienen trabajo precario o subempleo.

Por otro lado resulta insoslayable la reforma del sistema de salud y de pensiones de manera inmediata, en caso de no hacerlo se podría poner en riesgo la viabilidad de los dos seguros con consecuencias gravísimas para las personas que están a punto de jubilarse y para quienes requieren servicios de salud.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bauman, Zigmunt. *Modernidad líquida*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- . *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- Carrillo Hidalgo, Ignacio. *Introducción al Derecho mexicano. Derecho a la seguridad social*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- Corral, Carmen. *Situación del sistema de pensiones en el Ecuador, la perspectiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros*. <[www.flacsoandes.edu.ec/bilio/cataog/resGet.php?resid=16743](http://www.flacsoandes.edu.ec/bilio/cataog/resGet.php?resid=16743)> (visitado el 2 de marzo de 2016).
- Jorgensen, Henning. *El nuevo escenario laboral latinoamericano*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2009.
- Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- Mendizábal Bermúdez, Gabriela, Alfredo Sánchez Castañeda y Patricia Kurczyn Villalobos, coordinadores, *Condiciones de Trabajo y Seguridad Social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Morales, María Ascensión, “Extensión de la Seguridad Social en materia de pensiones”. En Gabriela Mendizábal Bermúdez, Alfredo Sánchez Castañeda y Patricia Kurczyn Villalobos, coordinadores, *Condiciones de Trabajo y Seguridad Social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Nugent, Ricardo. “La seguridad social: su historia y sus fuentes”. En Néstor de Buen Lozano, Emilio Morgado Valenzuela, coord., *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- Proaño Maya, Marco. *Seguridad social y sociedad democrática*. Quito: Editora Americana, 2014.
- Sánchez Castañeda, Alfredo. *La seguridad y la protección social en México. Su necesaria reorganización*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Volrisk Consultores Actuariales Cía. Ltda., en el estudio *Cambio en las tasas de contribución de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte; Seguro de Riesgos del Trabajo y Seguro de Salud Individual y Familiar*.

## OTROS

- Asamblea Nacional del Ecuador.  
Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).  
Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Fecha de recepción: 28 de marzo de 2016  
Fecha de aprobación: 4 de julio de 2016

Jaime Heli Pirela León, *El conflicto internacional en el derecho individual del trabajo. Estudio comparado entre España y Venezuela* (Valencia: Librería Jurídica Venezolana, 2016).

Mariohr del Carmen Pacheco Sotillo.\*

En esta obra el autor analiza la problemática del conflicto individual del trabajo en su dimensión internacional frente a la seguridad jurídica, exigibilidad, y garantía material de los derechos laborales, ilustrando la situación particular que se presenta entre Venezuela y España, países que, a pesar de haber introducido reformas en sus legislaciones laborales, solo han sido enfocadas a circunstancias ajenas a lo verdaderamente importante, como son los temas transnacionales producto del fenómeno de la globalización, y la prestación de servicios caracterizada por la presencia de elementos de extranjería.

La obra se estructura en cuatro capítulos, comenzando con el estudio del conflicto internacional en materia laboral, donde hace referencia a la estructura del Derecho transnacional del trabajo en sus formas adjetiva y sustantiva, siguiendo con la revisión de los convenios internacionales, y culminando con el análisis de la aplicación de las normas comunitarias a terceros estados.

En el segundo capítulo el autor se centra en el examen de la norma de conflicto nacional, en los casos específicos de normas de conflicto española o venezolana, relativas a jurisdicción y derecho aplicable.

El tercer capítulo se enfoca a la revisión de la jurisprudencia tanto de España como de Venezuela, a fin de ilustrar cómo han sido resueltos los casos en torno al tema. Por último, el capítulo cuarto vislumbra la codificación internacional en materia laboral, para la regulación de las relaciones jurídicas en el ámbito individual del Derecho laboral.

Resulta interesante la explicación que el autor brinda –en el primer capítulo– respecto a que la presencia de elementos de extranjería en una relación laboral hace que los conflictos se presenten al momento de determinar la jurisdicción y el derecho aplicable al caso concreto, en este sentido, aclara cuáles son los elementos que permiten distinguir la presencia de extranjería en una relación laboral, siendo el primero de ellos, el ámbito de acción (pudiendo estar determinado por el territorio donde se ejecuta la prestación de los servicios, el lugar donde se celebra el contrato o el lugar donde se finaliza la relación laboral); en segundo lugar, la presencia de un elemento

\* Estudiante de la Maestría en Derecho, mención Derecho Internacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

subjetivo o personal, determinado por la nacionalidad, domicilio o residencia; y, por último, un elemento real o material, representado por la cosa o negocio jurídico que vincula a las partes.

Se establece una interesante diferenciación entre Derecho internacional privado y Derecho trasnacional, concluyendo que existe una verdadera materialización del Derecho trasnacional del trabajo, el cual, según el autor, “regula las relaciones jurídicas trasnacionales en el ámbito individual del derecho laboral”<sup>1</sup> (identificando su aspecto sustantivo y adjetivo), en el caso bajo estudio lo dimensiona específicamente al caso de Venezuela y España; analizando de paso el principio de territorialidad y orden público previstos en las legislaciones de ambos países, para la determinación de la jurisdicción y normativa aplicable en caso de conflictos laborales entre ellos. En este sentido, tanto en Venezuela como en España prima la territorialidad, sin embargo, el caso español contiene un aspecto muy importante, y es que, al ser un Estado miembro de la Comunidad Europea, es preciso determinar la preeminencia de aplicabilidad o no de las normas comunitarias aun cuando Venezuela como tercer estado, no pertenece a dicho proceso de integración.

Con base en lo anterior, luego de una minuciosa revisión de las normas internas españolas, el Código Civil Español, la Ley Orgánica del Poder Judicial Español, el Convenio de Roma, el Reglamento de Roma, el Convenio de Bruselas, entre otras, el autor concluye que:

Solo en caso que la normativa comunitaria derogue o sustituya formalmente a la legislación interna española, y ante la ausencia de convenio internacional entre Venezuela y España, ante la aplicación del Derecho Español, pudiera ser entonces vinculante esta disposición normativa respecto a Venezuela. No obstante ello, en aplicación del Derecho Venezolano, se contempla un sistema de garantías tuitivas en favor del trabajador, de modo que tampoco podría aplicarse bajo supuesto alguno un derecho menos favorable que el Derecho Venezolano al trabajador.<sup>2</sup>

Distinto ocurre en el marco de la seguridad social, donde Venezuela y España mantienen vigente un Convenio, que aplica de manera directa, por lo cual no existe discusión al respecto. Sin embargo, el autor comenta que dicha posición tiene disidentes, como la de Rodríguez-Piñero Royo, quien afirma que independientemente el derecho comunitario europeo deroga tácitamente el derecho interno español, y son

---

1. Jaime Pirela, *El conflicto internacional en el derecho individual del trabajo. Estudio comparado entre España y Venezuela* (Valencia: Librería Jurídica Venezolana, 2016), 17.

2. *Ibíd.*, 21.

de aplicación preferente por provenir de un órgano supranacional, por lo cual, serían aplicables a Venezuela. El autor termina por indicar que, en definitiva, corresponde a la jurisprudencia dilucidar cada caso en concreto.

El segundo capítulo aborda el tema correspondiente a la determinación de las normas de conflicto tanto en España como Venezuela. En el caso español, las normas de conflictos nacionales que regulan la cuestión de jurisdicción y determinación del derecho, son aplicables ante la existencia de elementos de extranjería en la ejecución de un contrato internacional de trabajo, cuando no existan normas internacionales que solucionen el conflicto.

Respecto a *jurisdicción*, el autor precisa que la normativa española interna establece criterios objetivos, subjetivos y mixtos según la Ley Orgánica del Poder Judicial Español, para que los tribunales sean competentes, mencionando los siguientes casos: a) Cuando los servicios hayan sido prestado en territorio español o el contrato haya sido celebrado en España; b) Cuando el demandado y el empresario tengan nacionalidad española, independientemente del lugar donde se hayan prestado los servicios; c) Cuando el demandado tenga su domicilio, agencia, sucursal, delegación o representación en España; y d) En caso que se trate de un contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta pública recibida en España por un trabajador español. En cuanto al *derecho aplicable* español, en principio, las partes se rigen por el principio de autonomía de las partes, en caso que no se mencione el derecho aplicable, rige el principio de territorialidad, por lo cual, el derecho español entra a aplicarse; por otra parte, igualmente será aplicable el derecho español, en el caso de trabajadores españoles expatriados contratados en España para que prestar servicios en empresas españolas en cualquier otro territorio extranjero.

En cuanto a la normativa venezolana, el autor indica que en estos casos son aplicables la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras (LOTTT) y la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIPV), refiriendo que la LOTTT es de aplicación territorial y de orden público, aplicable tanto a venezolanos como españoles, salvo en caso de duda, y ante la existencia de una norma más favorable, se aplicará esta última, en consonancia con lo establecido en el Convenio 97 de la OIT sobre trabajadores migrantes, y el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por otra parte, la LDIPV rechaza la aplicación del derecho extranjero en los casos que sea manifiestamente incompatible con el orden público venezolano. En cuanto a la jurisdicción, los tribunales venezolanos siempre van a mantener jurisdicción ante relaciones laborales con elementos de extranjería independientemente de que se trate de venezolanos o españoles, siempre y cuando el demandado se encuentre en territorio venezolano; en caso contrario de aplicarán las disposiciones contenidas en la LDIPV, por otra parte, menciona que existen excepciones relativas a la materia transaccional.

En el tercer capítulo –dado que no existen convenios ni tratados internacionales especiales en la materia suscritos y ratificados por España y Venezuela– el autor se dedica al estudio pormenorizado de algunos casos de la jurisprudencia emanada de tribunales españoles y venezolanos, en los cuales se evidencia la forma en que se han interpretado las normas en ambas legislaciones y la forma en que se han resuelto los conflictos surgidos en torno a las relaciones laborales internacionales. En este capítulo Jaime Heli Pirela León concluye que ambos países, lejos de fijar una posición armoniosa en el ámbito laboral internacional, han atentado “contra la estabilidad de los derechos laborales de los trabajadores internacionales”.<sup>3</sup>

Por último, en el cuarto capítulo reafirma que la preeminencia de los principios de territorialidad y orden público en ambos países y en medio de un mercado globalizado no contribuye a proporcionar una solución real a los conflictos laborales internacionales entre España y Venezuela, por lo cual, en vista que los principales protagonistas son los trabajadores, a quienes se les debe garantizar el respeto de sus derechos, indica que el Derecho internacional privado es insuficiente, y que la solución se encuentra en la aplicación del Derecho de trabajo transnacional, por lo que concluye:

Por estas razones, somos de la opinión que solo “una codificación internacional en material del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, bajo la estructura de las normas DTT, podrá corregir y perfeccionar los vacíos, inconsistencias y problemas que la aplicación del DIPTRA comporta ante los esfuerzos de solución de controversias laborales vinculadas con elementos de extranjería bajo el sistema conflictual, no solo en aquellos casos relacionados con España y Venezuela; sino en todos aquellos en los que fuere de necesaria aplicación dicha codificación, en aras de la garantía de los derechos laborales de los trabajadores internacionales, la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia internacional.”<sup>4</sup>

Es importante resaltar la facilidad de expresión que utiliza el autor para exponer su trabajo, a través de un lenguaje claro, fresco y preciso, sustentando su obra tanto en normativas vigentes como doctrinas relevantes y pertinentes al tema, atrayendo en todo momento la atención del lector, conjuntamente con la referencia de una rica y variada bibliografía. El trabajo va dirigido a un amplio grupo de lectores, siendo de gran utilidad para abogados, profesores, estudiantes, legisladores, funcionarios judiciales, o quien se interese por los temas relacionados al Derecho laboral internacional, y temas asociados a la globalización.

Este trabajo representa un gran aporte para el Derecho a través de la propuesta de una temática de especial importancia en la actualidad jurídica.

---

3. *Ibid.*, 111.

4. *Ibid.*, 118.

## **Análisis de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia.- Sala Laboral. Juicio laboral No. 902-2011 sobre recurso de casación**

*Medardo Urquizo Guevara\**

### RESUMEN

Se efectuará un análisis de la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia por el recurso de casación interpuesto por la señora Norma Janeth Burgos Cabrera, fundamentando su recurso en la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, alegando la debida falta de valoración de las pruebas documentales en la sentencia dictada por los Jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, lo que habría traído consigo el fallo desconociendo la existencia de relación de dependencia entre la actora y la compañía Reyventas S.A.

**PALABRAS CLAVE:** relación de dependencia, recurso de casación, contrato de trabajo, servicios profesionales.

### ABSTRACT

This analysis is about the judgment of the Labor Chamber of the National Court of Justice in the cassation appeal brought by Norma Janeth Burgos Cabrera. The petitioner based its claim on the third ground for cassation appeal (article 3 of the Cassation Appeal Law), claiming the lack of the evaluation of documentary evidence in the judgment of the Appeal Court of Guayas Province (Labor and Juvenile Chamber). This judgment might have ignored the existence of the labor relationship between the petitioner and Reyventas Inc.

**KEYWORDS:** labor relationship, cassation appeal, work contract, professional services.

FORO

\* Abogado, Universidad de las Américas; especialista superior en Derecho de la Empresa, y estudiante de la Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.



## INTRODUCCIÓN

La valoración de los elementos y parámetros para la determinación de la existencia de relación de dependencia es uno de los aspectos más analizados a nivel doctrinario y jurisprudencial, y, en virtud de esto, es uno de los casos que más a menudo se pueden evidenciar en las controversias laborales que se suscitan a diario. Lejos de ser una problemática con una solución estandarizada y de fácil previsibilidad, nos encontramos con el factor de que cada caso presenta sus propias aristas y cuestiones que son de un análisis obligatorio previo a poder emitir cualquier fallo por parte de quienes están encargados de impartir justicia. Este es el caso de la sentencia objeto de análisis en el presente trabajo que muestra elementos de convicción que pueden llegar a favorecer a cualquiera de las partes; por un lado, el recurrente en su afán de demostrar la existencia de una relación de dependencia, y, por otro, la finalidad del empleador que es demostrar la existencia únicamente de una relación de carácter comercial sin ninguno de los elementos propios de las relaciones de dependencia. Es justamente esta disparidad de criterios que se ven reflejados en el voto de mayoría y voto salvado cuya fundamentación y fallo final varían de forma sustancial.

## ELEMENTOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE RELACIÓN DE DEPENDENCIA LABORAL

Como ya se mencionó, el recurso de casación interpuesto por la señora Norma Janeth Burgos Cabrera se basó en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, alegando que no se ha dado una valoración adecuada a las pruebas documentales que fueron presentadas, y buscaban demostrar una relación de dependencia entre la actora y la compañía Reyventas S.A. Entre las pruebas aportadas se encontraba un certificado de trabajo otorgado a favor de la actora, facturas continuas y numeradas según las cuales constaba que la actora había brindado sus servicios a la compañía Reyventas S.A. de forma sucesiva e ininterrumpida, pruebas que, según la recurrente, no fueron debidamente valoradas por los jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, a cuyo criterio la demandante no pudo probar los elementos suficientes para declarar la existencia de una relación de dependencia entre las partes.

Previo al análisis sobre si las pruebas que fueron aportadas en este juicio son o no suficientes para este fin, es necesario citar los elementos y circunstancias que según Colón Bustamante Fuentes deben estar presentes para evidenciar dependencia laboral:

La dependencia laboral es una dependencia jurídica, es decir, la emanada de la contratación en virtud de la cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra, con la contraprestación de recibir una remuneración bajo la subordinación del empleador que adquiere, además, el derecho de darle órdenes y de dirigirle el trabajo con la contraprestación de recibir una remuneración.<sup>1</sup>

Pero no se encuentran únicamente a nivel doctrinario identificados los elementos indispensables que configuran una relación de dependencia laboral, pues el Código de Trabajo en su artículo 8, al tratar sobre el contrato individual de trabajo, deja establecido que en virtud de este contrato surge la relación laboral cuando: a) Los servicios son lícitos y personales; b) Existe dependencia; c) Se fija el pago de una remuneración.<sup>2</sup>

Sobre este punto, la actora hizo hincapié en mencionar que de las facturas presentadas se podía evidenciar que ha venido percibiendo una remuneración mensual por el mismo valor, lo que se constituye en el cumplimiento de una obligación de tracto sucesivo por parte de su supuesto empleador, demostrando así su relación laboral con la compañía Reyventas S.A.

Pese a la presentación de estas facturas como una de las pruebas más fuertes de la parte actora, es adecuado mencionar que a lo largo del presente caso no se presentó de la parte actora ningún tipo de documento o testimonio que pueda aseverar que la recurrente efectivamente haya ocupado un puesto de trabajo en esta empresa, pues de estas facturas únicamente se desprende que efectivamente se prestaron servicios, pudiendo ser estos de carácter comercial, sin que esto necesariamente implique la existencia de una relación de dependencia, al no comprobarse otros elementos de suma importancia tales como el hecho de encontrarse subordinada a las órdenes de su empleador en un horario de trabajo determinado, hecho que ninguna de las pruebas aportadas pudo comprobar.

## **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD**

Entre otros los argumentos principales que la recurrente planteó fue el hecho de que la compañía Reyventas S.A., a sabiendas de la existencia de una relación de dependencia laboral, intentó esconder este hecho mediante una simulación de relación comercial inexistente, intentando justificarla mediante la expedición de facturas por el pago de servicios de supervisión de mercaderías. Esta situación nos hace inevita-

---

1. Colón Bustamante Fuentes, *Manual de Derecho Laboral* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2013), 107.

2. Ecuador, *Código de Trabajo*, en *Registro Oficial Suplemento* 167 (16 de diciembre de 2005), art. 8.

blemente acudir al principio de la primacía de la realidad, en aras de poder dilucidar si efectivamente en el presente caso se llevó a cabo una simulación de este tipo.

Refiriéndose al respecto de la primacía de la realidad en el ámbito laboral, autores como Américo Plá Rodríguez señalan:

es aquel por el cual en el caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con este principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como tal.<sup>3</sup>

Parecería ser que este principio es plenamente aplicable a situaciones como esta, en la cual es necesario valorar la realidad de una relación de este tipo dejando de lado cuestiones que podrían opacar la realidad, tales como la facturación de los servicios que daría a entender la existencia de una relación comercial más que laboral, pero si la alegación de este principios no viene complementado por las pruebas adecuadas por parte de quien exige el reconocimiento de una relación de dependencia laboral, parecería poco adecuado declarar la existencia de una relación de trabajo cuando elementos fundamentales de la dependencia laboral no han podido ser comprobados aún; es a partir fundamentalmente de este punto donde radica la divergencia en los fallos emitidos por los jueces a cargo del conocimiento de esta causa, como lo veremos a continuación en el análisis de sus decisiones.

## **FALLO DE MAYORÍA POR PARTE DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

Como es de conocimiento general, en las instancias de casación los jueces únicamente gozan de la facultad para controlar o fiscalizar la valoración de la prueba por parte de los jueces inferiores, y bajo ningún concepto tendrán la posibilidad de realizar una nueva valoración de las pruebas, por lo que el campo de acción para los jueces en el conocimiento de un recurso de casación es bastante delimitado y ha de ceñirse únicamente a actuar dentro de sus capacidades.

Es así que el fallo de mayoría, con el afán de controlar la debida valoración de las pruebas presentadas, recurrió a lo plasmado en el artículo 8 del Código de Trabajo, donde se enumeran los tres aspectos fundamentales que deben existir para poder declarar la relación de dependencia laboral que son: 1. Un convenio entre las partes para

---

3. Américo Plá Rodríguez, *Los principios del Derecho del trabajo* (Buenos Aires: Depalma, 1998), 14.

la prestación de servicios lícitos y personales; 2. dependencia o subordinación, y 3. remuneración.

En cuanto al primer punto, los jueces se limitan simplemente a establecer que al no constar contrato alguno dentro del proceso se desvirtúa que haya existido cualquier tipo de acuerdo o convenio entre las partes para la prestación de servicios, y es importante anotar que, incluso en el supuesto de que el recurrente no haya contado con un contrato de trabajo que respalde su situación de dependencia, pudo haber recurrido a testimonios que puedan asegurar que trabajaba en el lugar, o incluso registros de asistencia, sin embargo no se presentó ningún tipo de documento o testimonio que compruebe este aspecto.

En lo referente a la existencia de dependencia los magistrados hacen alusión de que en ninguna parte del proceso se ha comprobado que la recurrente se haya comprometido a prestar sus servicios con la contraprestación de recibir una remuneración bajo la subordinación del empleador, y añadiendo a lo señalado por los jueces, si bien es cierto pese a todas las pruebas que fueron aportadas por la actora tampoco se aportaron pruebas que hayan podido demostrar el acatamiento de ordenes por medios como correos electrónicos, oficios, entre otros medios de prueba que, de haber existido, no hubieran representado mayor inconveniente en presentarlos y aportarlos como una prueba trascendental en el caso.

Como último punto de valoración por parte de los jueces se señala la inexistencia de algún medio probatorio que pueda respaldar la existencia de una remuneración, indicando que no se ha aportado ningún rol de pago que lo respalde, por lo que desvirtúa por completo la existencia de remuneración. En este último punto, disiento del brevísimos análisis realizado por los jueces, pues si bien es cierto que no existe registro alguno de roles de pagos, se debió haber dado un valor probatorio mayor a las facturas aportadas por la recurrente que habían sido expedidas de forma continua y habitual, adicionalmente reportando el mismo valor por cada una de ellas, lo cual podría alimentar la aplicación de la teoría de la primacía de la verdad anteriormente expuesta, sin embargo, este argumento se desvirtúa al indicarse que, junto con las facturas emitidas a nombre de la compañía Reyventas, se hallaron tres facturas a nombre de un cliente diferente al demandado, lo cual se convierte en una prueba fundamental, y que paradójicamente fue presentada por la propia recurrente, de que esta se dedicaba a actividades de carácter comercial.

Con estos antecedentes, y al concluir que los supuestos certificados de trabajo emitidos por la compañía Reyventas no fueron adjuntados al proceso, los jueces en mayoría fallaron confirmando la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, negando así la existencia de relación laboral entre la recurrente y la compañía Reyventas.

## **VOTO SALVADO DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

Es interesante analizar el voto salvado emitido por la Dra. Rocío Salgado Carpio, cuya argumentación del fallo gira en torno al principio de la primacía de la realidad, e incluso me atrevería a decir que deja de lado el análisis sobre si se valoró o no correctamente la prueba por el juez de apelación, pues en ninguna parte del desarrollo de su fallo logra con certeza y objetivamente dilucidar cuál de las pruebas o conjunto de pruebas presentadas no fueron debidamente valoradas, y mucho menos indica de dónde concluye la existencia de relación de dependencia, pues simplemente se limita a establecer que, de acuerdo al principio de la primacía de la realidad, la existencia de una relación de trabajo no depende de lo que las partes hubieran pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado, deduciendo con esto que efectivamente la recurrente se hallaba en situación de dependencia respecto de la compañía Reyventas.

Como argumento complementario a su análisis del fallo se menciona que “la recurrente al recibir un valor fijo por su trabajo y movilización estaba comprometida a ocupar un tiempo determinado en las actividades y de manera exclusiva para Reyventas, aspectos que revelan un trabajo sistemático y dependiente”, pero disiento respetuosamente de esta afirmación, pues esto no necesariamente indica que haya existido una relación de dependencia, debido a que en caso de que los servicios brindados por la recurrente hayan sido de carácter comercial, también hubiera sido necesario fijar un pago por sus servicios. En cuanto a la movilización del proceso no se desprende ninguna prueba que demuestre fehacientemente esto, adicionalmente que, al valorar una prueba inexistente, el juez se está extralimitando en su facultad en una instancia de casación que únicamente le permite controlar que la prueba se haya valorado de forma debida, mas no crear una nueva prueba o anunciarla como una prueba fundamental para la toma de su decisión.

## **CONCLUSIÓN**

Como se ha podido evidenciar, en este caso la determinación de la existencia o no de relación de dependencia es un aspecto difícil de determinar, que únicamente podrá ser comprobado mediante la correcta valoración de las pruebas presentadas por la parte actora que busca se le reconozca su calidad de empleada. Pero ¿qué sucede cuando las pruebas son por demás escuetas y no permiten su adecuada valoración para la declaración de relación de dependencia? ¿Se debería aplicar el principio in dubio pro operario pese a que la prueba no sea del todo conducente y pertinente?

Parecería ser que en el voto salvado de esta sentencia se aplicó el principio in dubio pro operario en contra de todo pronóstico, tratando de acoplar situaciones que no necesariamente implican la existencia de una relación de dependencia y que, si bien es cierto pueden generar cierta duda, no encasillan a plenitud con los requisitos del tantas veces citado artículo 8 del Código de Trabajo, a sabiendas de que en los casos de existencia de relación laboral –pese a la no existencia de un contrato o convenio– se puede aplicar otros elementos que pueden ser presentados como prueba, que no dejan mayor espacio para la duda; no obstante, en el presente caso la actora no fue capaz de respaldar su alegación de existencia de una relación de dependencia, dejando la clara impresión de que su relación con la compañía Reyventas se inclinaba por ser una relación comercial a todas luces.

Con estos antecedentes parecería ser que la decisión de mayoría de ratificarse en la sentencia expedida por el juez a quo declarando la inexistencia de una relación laboral se encuentra totalmente acertada, lo que deja en claro que no siempre se puede aplicar el in dubio pro operario de forma deliberada y hasta en ciertos casos estandarizada.

## BIBLIOGRAFÍA

Bustamante Fuentes, Colón. *Manual de Derecho laboral*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2013.

Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del Derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

Fecha de recepción: 7 de julio de 2016  
Fecha de aprobación: 2 de agosto de 2016

## **Análisis de la sentencia No. 077-13-sep-cc. Caso No. 0080-10-ep. Sobre la inconstitucionalidad de la reducción del monto de la pensión jubilar patronal**

*Jennifer Cevallos Zambrano\**

### RESUMEN

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) emite diversas resoluciones reconociendo el derecho a la jubilación patronal a sus exservidores y trabajadores por medio de la resolución No. C.I 127 del 19 de noviembre de 2001. Siete años más tarde emite una nueva resolución, que corresponde al No. C.D. 218 del 19 de septiembre de 2008, a través de la cual se modifica y, en consecuencia, se reducen los valores –previamente reconocidos– por concepto de jubilación patronal.

Los exservidores y trabajadores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social inician una acción de protección con miras a resguardar su derecho a percibir la cantidad de dinero establecida en primera instancia, es decir, la pensión por jubilación patronal que se encontraba determinada en la resolución No. C.I 127 del 19 de noviembre de 2001.

El Juez A quo y el Tribunal Ad quem aceptan la acción de protección y, en consecuencia, suspenden el acto administrativo contenido en la resolución No. C.D. 218 del 19 de septiembre de 2008, y obligan al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a cumplir con los beneficios que han sido reconocidos en la primera resolución de jubilación patronal.

La Corte Constitucional llega al conocimiento de la causa, por la acción extraordinaria de protección que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social propone, ante lo cual, emite la sentencia objeto de análisis.

**PALABRAS CLAVE:** derechos, derecho a la jubilación patronal, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, intangibilidad de derechos laborales, acción de protección, acción extraordinaria de protección.

---

\* Maestrante de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Programa: Maestría de Investigación en Derecho, mención Internacional Económico.

#### ABSTRACT

The Ecuadorian Social Security Institute issued several resolutions recognizing the right to retirement pension his former employer servants and workers through C.I. resolution No. 127 of 19 November 2001. Seven years later issued new resolution, which corresponds to D.C. 218 of September 19, 2008, through which it is changed and therefore the values are reduced to sense-previously recognized- by way of employer retirement.

The former employees and workers of the Ecuadorian Institute of Social Security, initiate protective action in order to protect their right to receive the amount of money set first by the institute, it means, the pension employer retirement it was determined in the resolution CI No. 127 of 19 November 2001.

The judge A quo and the Court Ad quem accept protective action, and consequently suspend the administrative act contained in Resolution No. D.C. 218 of 19 September 2008, and force the Ecuadorian Institute of Social Security, to meet the benefits that have been recognized through employer retirement agreements.

The Constitutional Court comes to the knowledge of the cause, for the extraordinary action of protection that the Ecuadorian Social Security Institute proposes, at which emits the judgment under analysis in this case.

KEYWORDS: Rights, the right to employer retirement, legal certainty, effective judicial protection, intangibility of labor rights, protection action, extraordinary action of protection.

FORO

## INTRODUCCIÓN

**E**l principio y derecho a la seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Social y Constitucional de Derechos, que es el marco constitucional actual al que se ha circunscrito el Ecuador. Por su parte, la previsibilidad de las conductas, sobre todo las de los poderes públicos, es la garantía que informa todo el ordenamiento jurídico y a los administrados de que la actuación de todo funcionario público, en cualquier rama del orden estatal, se encuentra conforme a las disposiciones legales y constitucionales; esto, a su vez, implica la garantía que brinda el Estado a sus ciudadanos que no se dará paso a ningún acto arbitrario o desigual.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Español se ha expresado de la siguiente manera: “la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del



ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho...”.<sup>1</sup> Se podría entender, entonces, que la seguridad jurídica es un principio universalmente reconocido que se basa en la certeza del derecho, por lo que representaría la seguridad de que se conoce o puede conocerse lo previsto por la ley como prohibido, mandado o permitido, y, en consecuencia, poder prever cual será la actuación de la administración pública frente a las distintas situaciones que puedan presentarse, como, por ejemplo, la conducta que se espera adopte la Corte Constitucional ante la verificación de un derecho constitucional vulnerado.

De allí que, respecto de la decisión tomada por el máximo órgano de control constitucional del Ecuador, cabe importar el criterio emitido por la Corte Suprema de la República de Argentina, en cuanto al debido proceso, debida y suficiente motivación se refiere:

La obligación de motivar las actuaciones del poder público, como modo de reconstrucción del iter lógico seguido por la autoridad para justificar una decisión de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno, es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público... La fundamentación de las decisiones administrativas y judiciales, tiende a consolidar la vigencia del principio republicano, que impone a los órganos del poder público dar cuenta de sus actos, al tiempo que evita que se afecten los derechos de impugnación de los particulares alcanzados por la resolución, y se impida la revisión judicial de la legitimidad y razonabilidad de tales actos... Particularmente en materia sancionatoria, este control, sin llegar a transferir a los jueces el ejercicio de una potestad (disciplinaria) que compete a la administración, significa un reaseguro ineludible para la recta observancia de la juridicidad de tal obrar. De forma que, cuando el acto luce infundado, malinterpreta o desvirtúa los motivos determinantes, comprobados o aducidos, entonces, procedería el control anulatorio de la actuación pública...<sup>2</sup>

La Constitución ecuatoriana consta de un sinnúmero de disposiciones que evidentemente discrepan con todos los actos de la administración pública tendientes a vulnerar los derechos que ella misma consagra, puesto que justamente el constitucionalismo devenido con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador en 2008 implica la limitación del abuso y arbitrariedad de estos poderes.

Nuestra Constitución garantiza el derecho a la *tutela judicial efectiva* y determina la responsabilidad del Estado frente a dicha vulneración, lo hace a través de los principios de aplicación de los derechos, consagrados en el artículo 11 inciso 3 que expresamente establece: “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo

---

1. Sentencia Tribunal Constitucional Español, 36-1991, fj. 5.

2. Sentencia Corte Suprema de la República Argentina. No. 01-09-2006.

injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.<sup>3</sup> Así mismo, este fundamental derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en los artículos 8 y 25. Debida motivación consagrada en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República.

Respecto de los derechos laborales y de seguridad social, el artículo 326, número 2 de la Constitución del Ecuador,<sup>4</sup> prevé que los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad revestirán a los mismos; y, en cuanto a la seguridad social, el artículo 34 señala que: “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado...”.<sup>5</sup> Por tanto, se entiende que los trabajadores, y extrabajadores, cuentan con una herramienta constitucional altamente garantista en pro de sus derechos fundamentales laborales y de seguridad social.

Los ciudadanos recurrentes de la acción de protección –garantía jurisdiccional prevista en la misma constitución– procuran que la justicia active este instrumento constitucional a su favor, dado que es un acto de la administración, de naturaleza no judicial, genera vulneración de sus derechos constitucionales; y, a partir de esto, con base en el principio republicano, que se dé cuenta de los actos abusivos proferidos por la administración.

En efecto, y como se encuentra explicado *ut supra*, el Juez A quo y Tribunal Ad quem aceptan la acción propuesta y emiten resolución donde se expresan las razones debidamente motivadas por las que se deja sin efecto el acto administrativo impugnado. No obstante, llama la atención el criterio que emite la Corte Constitucional del Ecuador respecto del caso analizado, al considerar, para su ratio decidendi, un elemento de tipo formal, como lo es el tema de la legalidad, visto como un ejemplo de vulneración de la “seguridad jurídica”, dejando de lado la cuestión más relevante que subyace en el caso analizado, es decir, de la transgresión de los derechos de seguridad social previamente adquiridos.

La seguridad jurídica a la que hace referencia la Corte Constitucional justifica la necesidad de realizar un análisis en cuanto al criterio arrojado por esta en la sentencia No. 077-13-SEP-CC, en evidente contraste con el nuevo modelo constitucional de derechos y justicia que prima en el Ecuador, que, a su vez, supone, en primer lugar, una importante limitación de los actos provenientes de la administración pública, así como una tutela

---

3. Art. 11, inciso 3 de la Constitución de la República del Ecuador.

4. Art. 326, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador: Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

5. Art. 34 de la Constitución de la República del Ecuador.

judicial efectiva, y el correspondiente respeto a los derechos adquiridos. Para el efecto, se procede a considerar los componentes que constan en la mencionada sentencia.

## IDENTIFICACIÓN DE LOS COMPONENTES DE LA SENTENCIA ANALIZADA

Para identificar los componentes de la sentencia en cuestión, cabe formular la siguiente pregunta: ¿cuáles son los elementos con los que contó la Corte Constitucional para aceptar el recurso de acción extraordinaria de protección propuesto por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Los elementos enunciados por la Corte Constitucional se presentan resumidamente a continuación:

- Inobservancia de disposiciones constitucionales y legales por parte de Juez A y Tribunal Ad quem. La Corte estima que no se debió aceptar la acción de protección propuesta por los extrabajadores y servidores del IESS, por cuanto esta acción solo procede cuando los derechos vulnerados sean derechos reconocidos constitucionalmente.
- La seguridad jurídica es un derecho reconocido constitucionalmente en el Ecuador.<sup>6</sup> Recurrentes aluden a la transgresión de un derecho constitucional como lo es el derecho a la seguridad jurídica, puesto que la administración de justicia acepta una acción de protección, sin considerar que la naturaleza de esta no contempla cuestiones de carácter infraconstitucional.
- Disconformidad por disminución de monto de pensión jubilar patronal. La Corte indica que la pretensión del accionante refiere a *interpretación de normas infraconstitucionales*, por lo que la tramitación del conflicto a resolver no cabía dentro de la vía elegida.
- Derecho a la Jubilación Patronal no se ha visto afectado. La resolución emitida por el IESS, No. C.D. 218 del 19 de septiembre de 2008, no afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la jubilación patronal. El derecho como tal a la jubilación patronal no se encuentra vulnerado.
- Autonomía del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La Corte manifiesta que, tal como lo dispone el artículo 34 de la Constitución de la República,<sup>7</sup> el IESS tiene

---

6. Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador: El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridad competente.

7. Art. 34 de la Constitución de la República del Ecuador: ...La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

capacidad de emitir resoluciones, con base en los principios rectores de universalidad y solidaridad. Según lo interpreta la Corte: “es posible adoptar medidas distributivas dentro de los sistemas con miras de ampliar la cobertura a las personas que requieran acogerse a tal jubilación patronal”<sup>8</sup>.

Del último elemento considerado por la Corte, resulta oportuno aclarar que cuando la Corte se refiere a la posibilidad de adopción de *medidas distributivas* por parte de la administración-IESS hace referencia necesariamente a actos administrativos, “razonables y justificables”, y no a actos abusivos de la administración. No obstante, resulta pertinente citar la sentencia constitucional No. 157-14-SEP-CC, emitida el 7 de Octubre de 2014, en donde se conoce que existió igualmente merma en los montos de las pensiones jubilares, con la diferencia de que dichas disminuciones de pensiones jubilares se realizaron sin que medie ningún tipo de acto administrativo que tienda a justificar la adopción de dicha medida. Incluso en este caso, contrario a lo que los administrados podríamos suponer, la Corte Constitucional del Ecuador se pronunció de la siguiente manera:

En este orden, la disconformidad respecto al monto a percibir por jubilación patronal y de conformidad con lo establecido en las reglas de cumplimiento obligatorio fijadas por el Pleno del Organismo... respecto de la competencia de la autoridad judicial en el conocimiento de garantías jurisdiccionales, concretándola en la vulneración de derechos constitucionales más no en lo referente a impugnaciones que provengan de la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales que no impliquen una vulneración a un derecho constitucional, deberán ser conocidos y resueltos por la jurisdicción ordinaria, en virtud de los mecanismos establecidos en el ordenamiento constitucional y legal previsto y que están al alcance de los recurrentes... En tal virtud, este organismo determina que no ha existido vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica...<sup>9</sup>

Por lo expuesto, se podría deducir –en principio– que existe una línea marcada con antelación por la administración de justicia respecto del reconocimiento de los derechos en mención. Evidentemente se ha instaurado una práctica constitucional, donde prima la “formalidad” aun cuando se ha verificado una verdadera transgresión a derechos fundamentales previamente adquiridos.

Importante es señalar que la decisión de la Corte respecto del caso analizado, además, toma como referencia criterio emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre un caso semejante; a saber:

---

8. Sentencia Corte Constitucional de la República del Ecuador. No. 077-13-SEP-CC. Fj. 10.

9. Sentencia Corte Constitucional de la República del Ecuador. No. 154-14-SEP-CC. Fj. 7.

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Asociación Nacional de exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú (Petición No. 12.670 del 27 de marzo de 2009), *avaló medidas como la reducción del monto de las pensiones dentro de un sistema pensional, sin que puedan oponerse los derechos adquiridos*, con miras a promover la sostenibilidad y equidad del sistema, y la ampliación de la cobertura.<sup>10</sup> (Las cursivas me pertenecen).

Es así que, debido a la interpretación realizada por la Corte Constitucional, se ha determinado –increíblemente– cierta ruta jurisprudencial que indica que la disminución del monto por concepto de pensiones jubilares no constituye –habiendo o no acto administrativo previo– una plena vulneración de derechos constitucionales. Por su parte, la acción u omisión de actos de la administración siguen considerándose manifestaciones de la administración. Al respecto, Medina Pabón sostiene:

Estas declaraciones de voluntad de la administración o **actos administrativos** son manifestaciones del poder público, por lo que el Derecho moderno las somete a diversos controles de expedición, comunicación a quienes se dirigen o afectan y de la ejecución misma con el fin de que se mantengan dentro de los lineamientos propios de la actuación del gobernante, tendiendo siempre a la obtención del bien común.<sup>11</sup>

## TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, DERECHO ADQUIRIDO Y SEGURIDAD JURÍDICA

En efecto, dentro del marco de la Constitución ecuatoriana que funge de garantista, una de las funciones de la Corte Constitucional consiste en tutelar o garantizar los derechos constitucionales. No cabe duda de que el derecho a la pensión jubilar constituye un derecho constitucional. Ahora bien, es errónea la interpretación de la Corte al considerar que la merma de las pensiones jubilares no implica vulneración a este derecho constitucional, puesto que es, justamente, el monto de las pensiones jubilares legalmente reconocidas lo que se debe proteger para asegurar una vida digna. Dicho de otra manera, lo que hace que se ejercite el derecho a una vida digna tiene incidencia directa con el monto de las pensiones que se han reconocido previamente por la propia administración.

10. Sentencia Corte Constitucional de la República del Ecuador. No. 077-13-SEP-CC. Fj. 10.

11. Juan Enrique Medina Pabón, *Derecho civil: aproximación al Derecho, derecho de personas*, 2a. ed. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010), 144.

En el caso concreto, tampoco se debe desconocer la seguridad jurídica de la que goza la primera resolución administrativa emanada por el IESS, resolución a través de la cual se otorga un derecho. Derecho adquirido que, una nueva resolución –siete años después– con pretensión de retroactividad procura vulnerar. La sentencia en mención, dictada por la Corte Constitucional, que favorece al IESS a través de la aceptación de la acción extraordinaria de protección, provoca una ineludiblemente indefensión absoluta a uno de los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, según lo manifiesta la misma constitución. Cabe además decir que en el presente caso se ha sacrificado la justicia por la sola y supuesta “estricta observancia de formalidades”, ante lo cual debemos denotar que el artículo 169 de la Constitución de la Republica, dicta:

Art. 169. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. *No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades* (Las cursivas me pertenecen).

En un Estado constitucional de derechos esta máxima se entiende como premisa rectora para las actuaciones judiciales, puesto que los jueces no pueden denegar justicia por la falta de requisitos formales. En el caso estudiado, la actuación de la Corte Constitucional fue contraria a este principio, pues se basa en el no cumplimiento de los presupuestos formales que enervan la acción de protección, para denegar justicia. Al respecto se cita la siguiente disposición constitucional:

Art. 84. La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.<sup>12</sup>

Por otra parte, la intangibilidad de los derechos laborales tiene su razón de ser en el reconocimiento y la protección de las conquistas laborales de este grupo humano, por lo que, la intangibilidad de los derechos laborales se deben traducir más bien como la no violación de sus derechos adquiridos. Respecto a los derechos adquiridos, la doctrina ha señalado que es el que “tiene que ser respetado por la nueva norma, que no lo puede destruir...”.<sup>13</sup> Juan Enrique Medina Pabón lo explica en las siguientes líneas:

---

12. Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador: Garantía normativa.

13. María Gema Quintero Lima, *Derecho Transitorio de Seguridad Social* (Madrid: La Ley, 2006), 158.

No obstante las dificultades que se presentan para determinar qué es un “derecho adquirido” o una “situación jurídica consolidada” frente a una simple “expectativa”, digamos que si yo obtengo hoy un derecho y mañana sale una ley que lo prohíbe, mi derecho permanece, sin que pueda decirse que tenerlo o ejercerlo me hace incurrir en violación de la ley, la ley antigua trasciende más allá de su vigencia formal –*ultractividad* de la norma.<sup>14</sup>

Se infiere que la resolución emitida en 2001 debía ser respetada por los nuevos actos del poder público. Es decir, que por regla general, las disposiciones de ella no debían ser objeto de modificación por una disposición futura, no cuando se tratase del menoscabo de derechos constitucionales adquiridos. El derecho vulnerado afecta ciertamente el derecho de propiedad. “El legislador no puede, pues, dictar una ley retroactiva que afecte al derecho de propiedad, si ella lesionará intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos”.<sup>15</sup> Por último, Hoffman Elizalde indica que el derecho adquirido “es aquel que se encuentra protegido por una acción y se opone a los simples intereses, que carecen de esta protección”.<sup>16</sup> Como se ha mencionado, existió en efecto la resolución No. C.I 127 del 19 de noviembre de 2001, que demuestra la existencia de un derecho adquirido a los ex servidores y trabajadores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-IESS.

## CONCLUSIONES

- En primer lugar, la estructura constitucional de derechos y justicia vigente en el Ecuador define con absoluta claridad la supremacía del Derecho Material sobre el Derecho Formal, esto es, en sentido estricto, la invalidez de la norma injusta aun legal; el principio sobre la norma escrita, principios que son normas en sí mismas; justiciables y de directa e inmediata aplicación, que no necesitan reglas del ordenamiento jurídico para ser aplicables y que se ejercen y aplican aun en contra de leyes expresas que contraríen su vigencia y protección.
- En este sentido, resulta necesario el reconocimiento garantista, ya que en el sistema garantista priman los derechos fundamentales de las personas y se rechaza el poder arbitrario emanado del poder público. El sistema garantista que ha adoptado el Ecuador a través de la promulgación de la Constitución de 2008 supone, al menos en teoría, que los derechos de las personas prevalezcan incluso en contra de

---

14. Juan Enrique Medina Pabón, *Derecho civil: aproximación al Derecho, derecho de personas*, 180.

15. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, 3a. ed. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile: 1996), 75.

16. Roberto Hoffman E., *Introducción al estudio del derecho*, 2a. ed. (México D.F.: Universidad Iberoamericana, A.C., 1998), 250.

normas legalistas emanadas del poder legislativo, o de resoluciones emanadas de actos administrativos, vinculando, así, todos los derechos consagrados o no por la Constitución a todos los estamentos del poder público. El Derecho garantista presente, como principal, proclama la invalidez del derecho ilegítimo.

- Los jueces de primera y segunda instancia, en efecto, observaron las disposiciones constitucionales pertinentes, al evidenciar el menoscabo en un derecho fundamental reconocido constitucionalmente.
- Por lo tanto, las razones adoptadas por la Corte Constitucional vendrían a considerarse inconstitucionales en sí mismas. El proceso de interpretación que la Corte Constitucional realiza a este tipo de procesos no sigue una lógica garantista, sino, más bien, un criterio ortodoxo eminentemente normativista.

## BIBLIOGRAFÍA

Hoffman E., Roberto. *Introducción al estudio del derecho*. 2a. ed. México D.F.: Universidad Iberoamericana, A.C., 1998.

Medina Pabón, Juan Enrique. *Derecho civil: aproximación al Derecho, derecho de personas*. 2a. ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

Quintero Lima, María Gema. *Derecho transitorio de seguridad social*. Madrid: La Ley, 2006.

*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*. 3a. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

## JURISPRUDENCIA

Sentencia Tribunal Constitucional Español, No. 36-1991.

Sentencia Corte Suprema de la República Argentina, No. 01-09-2006.

Sentencia Corte Constitucional de la República del Ecuador. No. 077-13-SEP-CC.

Sentencia Corte Constitucional de la República del Ecuador. No. 154-14-SEP-CC.

Fecha de recepción: 11 de julio de 2016  
Fecha de aprobación: 9 de agosto de 2016



## Colaboradores

**Dana Abad Arévalo:** ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho Procesal, y magíster en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Comparte el libre ejercicio en litigio civil y laboral con la docencia universitaria del derecho procesal. *dana.abad@abadcamposabogados.com.*

**Jennifer Cevallos Zambrano:** ecuatoriana, abogada, Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo; maestrante de Investigación en Derecho Internacional Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jennycevallos\_1@hotmail.com.*

**María Elena Jara Vásquez:** ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en Derecho Económico por la UASB-E y en Dispute Resolution por la University of Missouri, USA; candidata doctoral por la UASB-E, docente del Área de Derecho de esta Universidad. *mariaelena.jara@uasb.edu.ec.*

**Elisa Lanas Medina:** ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Doctora en Derecho, Universidad de Valencia; docente investigadora del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *elisa.lanas@uasb.edu.ec.*

**Mariohr del Carmen Pacheco Sotillo:** venezolana, abogada, Universidad Católica del Táchira; especialista en Derecho Tributario, Universidad Católica del Táchira, cursante de la Maestría en Derecho, mención Derecho Internacional Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *mariohr.pacheco@gmail.com*

**Lina Victoria Parra Cortés:** colombiana, abogada y doctora en Jurisprudencia; especialista en Negociación, Conciliación y Arbitraje, Universidad del Rosario; magíster en Derecho, mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; máster en Derechos Humanos, y candidata doctoral en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Docente contratada del Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *linavictoria@gmail.com.*

**Angélica Porras Velasco:** ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; doctora en Procesos Políticos Contemporáneos, Universidad de Salamanca; exasesora

del Consejo Directivo del IESS-Representación de los Trabajadores, miembro de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS. *angeporras1971@gmail.com*.

**Elisa Sierra Hernáiz:** española, licenciada en Derecho, Universidad de Zaragoza; doctora en Derecho, Universidad Pública de Navarra; titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Pública de Navarra, directora del Máster de Prevención de Riesgos Laborales y del Doctorado de Prevención de Riesgos Laborales en proceso de extinción. *elisa@unavarra.es*.

**Medardo Urquiza Guevara:** ecuatoriano, abogado, Universidad de las Américas; especialista superior en Derecho de la Empresa, y estudiante de la Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Asesor legal en la Asociación Ecuatoriana de Distribuidores e Importadores de Productos Médicos ASEDIM. *medardosk@hotmail.com*.

## Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, publicará únicamente trabajos inéditos, o una versión actualizada de artículos previamente publicados, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO* declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. *FORO* edita resultados de artículos de investigación, estudios, experiencias, reseñas y análisis de sentencias.
4. El artículo debe ser remitido a la siguiente dirección electrónica: <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
  - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
  - Extensión máxima:
    - ◆ Artículos: 15 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 8.000 palabras aproximadamente.
    - ◆ Análisis de sentencia: 10 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 6.000 palabras aproximadamente.
    - ◆ Recensiones: 4 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalente a 3.000 palabras.
  - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (40 caracteres con espacios).
  - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.

- Cada trabajo debe estar acompañado de un resumen de hasta 150 palabras en idioma castellano, donde se describirá de forma concisa el objetivo de la investigación, su contenido y las principales conclusiones.
  - Cada trabajo deberá contener un abstract en idioma inglés de 100 a 150 palabras. Para su elaboración no se admite el empleo de traductores automáticos.
  - Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave (descriptores) que establezcan los temas centrales del artículo, igualmente en ambos idiomas.
  - El autor enviará una reseña de hasta 50 palabras en las que destacará su vinculación académica, publicaciones más importantes y cargo actual. Indicará además su correo electrónico personal.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. Estilo, citas y referencias: se usará el manual de estilo Chicago, a manera de ejemplo:
- Nombre y apellido del autor, *título de la obra* (ciudad: editorial, año), número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía* (Valencia: Tiran lo Blanch, 1995), 206.
  - En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, 206.
  - Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.
  - Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la Revista (*en cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar (año de publicación): página o páginas citadas. Así: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 1 (2003): 85-121.
  - Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, *título de la obra*, tomo o volumen, número de edición. Lugar: Casa editorial, año de publicación. No irán numerados y se relacionarán por orden alfabético; por ejemplo: Viciano, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
  - Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

- Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc. deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.
- Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

## Proceso editorial

*FORO* acusa recepción de los trabajos enviados por los autores/as y da cuenta periódica del proceso de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.

1. Los autores podrán remitir manuscritos para su evaluación sin fecha predeterminada, se dará preferencia a los trabajos que se ajusten al eje temático de la convocatoria.
2. En el período máximo de 15 días, a partir de la fecha de recepción, los autores recibirán notificación de recepción, indicando si se acepta preliminarmente el trabajo para su evaluación. Los manuscritos serán evaluados a través del sistema de doble ciego (*peer review*).
3. A la vista de los informes de los evaluadores, se decidirá la aceptación, aceptación con modificaciones, o rechazo de los artículos para su publicación. En caso de aceptación con modificaciones, el autor tendrá un plazo máximo de 15 días para entregar la versión final de su manuscrito.
4. En el caso de juicios dispares, el trabajo será remitido a un tercer evaluador.
5. No existe comunicación directa entre los evaluadores ciegos entre sí, ni entre estos y el autor del trabajo. La comunicación entre los actores está mediada por la coordinadora editorial.
6. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.
7. El plazo de evaluación de trabajos es de 30 días como máximo.
8. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que puedan realizar las correcciones o réplicas que correspondan.
9. Una vez editado el número, los autores de artículos recibirán tres ejemplares de la publicación, autores de recensión un ejemplar, y autores de análisis de sentencia un ejemplar.



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

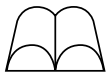
César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ealban@corpmyl.com>, <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

## SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:\*

Ecuador: US \$ 61,80

América: US \$ 153,87

Europa: US \$ 162,87

Resto del mundo: US \$ 173,87

Valor del ejemplar suelto:\* US \$ 15,27

\* Incluye 14% del IVA.

Dirigirse a:

**CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL**

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <ventas@cenlibrosecuador.org>

## CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR**

**Centro de Información**

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>

Álvaro Román Márquez, *Interculturalidad, libertad y pena*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015.

En este libro se pone a consideración del lector una aproximación a dos temas sensibles: la libertad personal y la pena, para explorar las diferencias y semejanzas que existen en su realidad, conceptualización y tratamiento normativo tanto en la filosofía occidental como en la andina. Para lograr el objetivo el autor recabó y analizó información doctrinaria, en cuanto a la primera, y testimonial y doctrinaria, en relación a la segunda, utilizando el método de la hermenéutica diatópica propuesto por Boaventura de Sousa Santos, con el fin de contar con elementos para determinar qué conceptos o categorías de las dos filosofías deben ser utilizados como argumentos para construir una sociedad intercultural basada en el respeto de la dignidad de todos los pueblos que constituyen nuestro país.

Silvana Sánchez, *Participación social y control previo constitucional en el procedimiento legislativo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015.

A partir de un diálogo interepistémico entre los conocimientos y las prácticas de la democracia de la comunidad indígena, con los conocimientos occidentales del Derecho, de la teoría política y de la perspectiva decolonial, se evidencia el origen y evolución histórica de este derecho, así como los mecanismos para alcanzar su pleno ejercicio ante las limitaciones del contexto planteadas por el modelo económico capitalista y el patrón de poder colonial. Luego del abordaje de los alcances y limitaciones del marco constitucional, legal y reglamentario del derecho a la participación en el procedimiento legislativo, se evalúa su aplicación en la génesis legislativa de la Ley de Minería, evidenciando las razones que determinaron su impugnación por inconstitucionalidad, y el rol de la Corte Constitucional al actuar sobre el tema.

Ante la ausencia del respeto al derecho a la participación en el procedimiento legislativo, se propone institucionalizar el mecanismo de control previo de constitucionalidad de proyectos de ley por parte de la justicia constitucional.



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

