

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE LICENCIADO EN
JURISPRUDENCIA**

**“COMPAÑÍAS DE CONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS Y
LAS REFORMAS DEL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO”**

VANESSA TATIANA JARRÍN BERMEO

DIRECTOR: DR. JULIO MICHELENA

Diciembre de 2010

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	1
<u>CAPÍTULO PRIMERO</u>	<u>3</u>
<u>1. PRECARIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES</u>	<u>3</u>
1.1. PRECARIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES	3
1.2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS EN EL ECUADOR.	13
1.3. LA INTERMEDIACIÓN	15
1.3.1. PARTES QUE INTERVENÍAN EN LA INTERMEDIACIÓN	16
1.3.2. TIPOS DE INTERMEDIACIÓN	19
1.3.3. REQUISITOS DE LA INTERMEDIACIÓN	20
1.4. LA TERCERIZACIÓN	20
1.4.1. PARTES QUE INTERVENÍAN EN LA TERCERIZACIÓN	23
1.4.2. TIPOS DE TERCERIZACIÓN	24
1.4.3. REQUISITOS DE LA TERCERIZACIÓN	25
1.5. REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL, TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS Y CONTRATACIÓN POR HORAS.	25
1.6. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL	26
1.6.1. DEFINICIÓN	27
1.6.2. REQUISITOS PARA CONFORMARLA.	29
1.6.3. EXPERIENCIAS EN LOS PAÍSES QUE HA SIDO APLICADA.	29
<u>CAPÍTULO SEGUNDO</u>	<u>31</u>
<u>2. REGULACIÓN DE ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN ECUADOR ANTES DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.</u>	<u>31</u>

2.1. ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS.	31
2.2. NORMATIVA QUE REGULABA LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LAS COMPAÑÍAS TERCERIZADORAS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS.	38
2.3. FUNCIONAMIENTO DE LAS COMPAÑÍAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LAS COMPAÑÍAS TERCERIZADORAS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS.	41
2.4. MODALIDADES DE TRABAJO A LAS QUE SE SOMETÍAN LOS TRABAJADORES EN ÉSTE TIPO DE COMPAÑÍAS.	46
2.4.1. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL.	46
2.4.2. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN EN LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS.	50
<u>CAPÍTULO TERCERO</u>	<u>52</u>

3. MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO Y SUS REFORMAS **52**

3.1. ESTUDIO DEL MANDATO CONSTITUYENTE OCHO Y SUS IMPLICACIONES.	52
3.1.1. CONSIDERACIONES GENERALES.	52
3.1.2. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TEXTO DEL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.	53
3.1.3. ANÁLISIS DE LA LEGITIMIDAD Y DE LA NECESIDAD DEL TEXTO DEL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.	60
3.1.4. PRINCIPIOS APLICABLES.	62
3.2. ANÁLISIS DE LAS CONSIDERACIONES HECHAS POR LOS ASAMBLEÍSTAS AL EXPEDIR EL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.	67
3.3. MODIFICACIONES A LA NORMATIVA LEGAL VIGENTE DESPUÉS DE LAS REFORMAS DEL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.	69
3.4. ANÁLISIS DEL REGLAMENTO AL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.	70

CAPÍTULO CUARTO **73**

4. CONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS **73**

4.1. LA EXTERNALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES.	73
4.1.1. PROCESO DE EXTERNALIZACIÓN.	73

4.1.2. NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LA EXTERNALIZACIÓN U OUTSOURCING EN LAS RELACIONES LABORALES.	74
4.2. CONSIDERACIONES GENERALES DE LAS COMPAÑÍAS DE CONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS.	76
4.2.1. DEFINICIONES.	79
4.3. INSTRUCTIVO PARA LA CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍAS DEDICADAS A ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS Y PARA LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO SOCIAL DE LAS CONSTITUIDAS CON ANTERIORIDAD AL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.	80
4.3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.-	81
4.3.2. TRÁMITE DE CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍAS DE CONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS.	83
4.3.3. OBJETO SOCIAL.	85
4.3.4. PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA AUTORIZACIÓN QUE OTORGA EL MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES.	86
<u>CAPÍTULO QUINTO</u>	<u>89</u>
<u>5. ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA</u>	<u>89</u>
5.1. ESPECIES DE CONTRATACIÓN LABORAL ANTES Y DESPUÉS DE LAS REFORMAS DEL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.	89
5.2. DIFERENCIAS.	93
5.3. ¿EXISTEN REALMENTE MODIFICACIONES DE FONDO DESPUÉS DE LAS REFORMAS DEL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO?	96
5.4. SITUACIÓN ACTUAL DE TRABAJADORES QUE ESTABAN CONTRATADOS BAJO LA MODALIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS.	98
5.5. PROPUESTAS PARA EVITAR O TRATAR DE SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS QUE SE PUEDAN PRESENTAR A PARTIR DE LAS REFORMAS DEL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.	102
<u>6. CONCLUSIONES</u>	<u>110</u>
<u>7. BIBLIOGRAFÍA</u>	<u>112</u>
<u>8. ANEXOS</u>	<u>117</u>

ABSTRACT O RESUMEN

La presente disertación, realiza un análisis sobre la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho y sus reformas, haciendo énfasis en el estudio de la figura de contratación de actividades complementarias, las compañías que realizan estas actividades, su forma y regulación.

La expedición del Mandato Constituyente Número Ocho y sus reformas causaron en la legislación ecuatoriana, sobre todo en materia laboral, trascendentales cambios. En su parte medular éste Mandato eliminó la tercerización de servicios, la intermediación laboral y la contratación por horas, así como cualquier otra forma precaria de contratación. La expedición del mandato objeto de la presente disertación, prescribió además que las empresas antes llamadas “tercerizadoras de servicios complementarios”, tenían la facultad de continuar ejerciendo ésta actividad, siempre y cuando manifiesten su deseo de hacerlo para lo cual debían reformar sus estatutos sociales para transformarse o convertirse en empresas de actividades complementarias, las cuales podían tener como objeto social una o más de las siguientes actividades: vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería o limpieza, diversas de las labores propias y habituales del proceso productivo de la usuaria.

Para prestar servicios de actividades complementarios se puede ser persona natural o jurídica. En el primer supuesto, es necesaria la autorización del Ministerio de Relaciones Laborales y cumplir con los requisitos previstos por la mencionada entidad. El segundo caso es el que nos compete en la presente disertación, para constituir una compañía de actividades complementarias es preciso iniciar con el trámite de constitución establecido por la Ley de Compañías, y puede crearse dentro de cualquiera de los tipos societario establecidos en la ley, con excepción de las compañías de vigilancia-seguridad que pueden exclusivamente constituirse bajo la figura de compañía limitada.

Tanto personas jurídicas como personas naturales que presten actividades complementarias, deben cumplir con el requisito previo de obtener la autorización del Ministerio de Relaciones Laborales.

Como podemos concluir la desaparecida figura de tercerización de servicios complementarios y la contratación de actividades complementarias son bastante similares; lo importante y trascendental es que la regulación y el control de ésta última sea más estricto para evitar abusos futuros.

INTRODUCCIÓN

Desde el inicio de los tiempos las relaciones laborales, vínculo existente entre empleador y trabajador, han sido conflictivas; por lo que necesitaban ser reguladas, sobre todo para equilibrar la relación a favor del trabajador, parte del vínculo laboral que ha sido la mayormente afectada.

Las relaciones laborales en el Ecuador se encuentran reguladas por el Código del Trabajo, principalmente, y subsidiariamente por otra normativa aplicable, como la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, entre otras leyes, así como también por tratados y convenios internacionales, y dentro de cada empresa o compañía por su Reglamento Interno de Trabajo y contratos de trabajo

En nuestro país durante varios años se han producido sucesos que vulneran los derechos de los trabajadores, como la tercerización de servicios complementarios, intermediación laboral, contratación por horas y otras formas de contratación precarias. Por éste motivo los asambleístas constituyentes del año 2008 expidieron el Mandato Constituyente Número Ocho, el cual eliminó la tercerización de servicios, la intermediación laboral y la contratación por horas, así como cualquier otra forma precaria de contratación; y reguló las actividades complementarias, la contratación de servicios técnicos especializados y el contrato a jornada parcial.

Además prescribió que las empresas antes llamadas “tercerizadoras de servicios complementarios”, al manifestar su deseo de continuar ejerciendo ésta actividad debían reformar sus estatutos para convertirse en empresas de actividades complementarias, las cuales podía tener como objeto social una o más de las siguientes actividades: vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería o limpieza, diversas de las labores propias y habituales del proceso productivo de la usuaria. El objetivo de la presente disertación es el estudio de las compañías de actividades complementarias y las reformas del Mandato Constituyente Número Ocho, por tratarse de un tema de gran interés social y jurídico.

Para la prestación de actividades complementarias se puede ser persona natural o jurídica. En el primer supuesto, es necesaria únicamente la autorización del Ministerio de Relaciones Laborales y cumplir con los requisitos previstos por la mencionada entidad. El segundo caso

es el que nos compete en la presente disertación, para constituir una compañía de actividades complementarias es preciso iniciar con el trámite de constitución establecido por la Ley de Compañías, y puede crearse mediante cualquiera de los tipos societarios establecidos en la ley, con excepción de las compañías de vigilancia-seguridad que deben exclusivamente constituirse bajo la figura de compañía limitada.

Después de cumplir con todo lo requerido, la sociedad necesita obtener una autorización del Ministerio de Relaciones Laborales.

Por ser una disertación teórica se realizará un estudio crítico y sistemático sobre el tema antes mencionado, analizando sus antecedentes, causas y diferencias entre los modos de contratación vigentes antes y después de la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho y sus reformas, terminando con una propuesta clara.

COMPAÑÍAS DE CONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS Y LAS REFORMAS DEL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO

CAPÍTULO PRIMERO

1. PRECARIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

1.1. Precarización de las relaciones laborales

La precarización es un fenómeno que se inicia aproximadamente en la década de los 80`S y a partir de ésa fecha ha ido creciendo a nivel mundial.

Éste fenómeno tiene que ver no solo con aspectos económicos sino también tecnológicos y sociales.

La precarización de las relaciones laborales es un concepto que ha sido confundido con la flexibilización laboral, hasta ser tratados prácticamente como sinónimos. Para distinguir ambas nociones nos permitimos citar a Andrés Páez quien sostiene que los partidarios de la flexibilización la conciben como la desregulación de las normas laborales dando primacía a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, “...*procura (ndo) mantener vigentes los principios del Derecho del Trabajo*”¹.

No obstante, la flexibilización laboral no surge exclusivamente de la desregulación de normas jurídicas, sino que también puede emanar de la regulación; es decir, de la creación de nuevos criterios legales para disminuir normas preestablecidas favorables al trabajador o al empleador. Por tanto, en teoría la flexibilización laboral puede restar beneficios a cualquiera de las partes que conforman la relación laboral; sin embargo, en la práctica la flexibilización ha sido utilizada predominantemente como medio para coartar los derechos de la parte más débil en la relación laboral: el trabajador.

¹ Andrés Páez, Intermediación laboral, tercerización de servicios y colocación de personal: análisis jurídico de la legislación ecuatoriana, Quito, Editorial Che, 2006, Pág. 17.

En un nivel distinto se encuentra la precarización laboral la cual “...debe ser entendida como el estado de ausencia de toda protección legal al trabajador y, por tanto, la consumación de un estado de indefensión legal.....”².

Después de haber hecho esta breve distinción procederemos a ensayar una definición de precarización y de flexibilización.

Empezaremos pues por la precarización. La palabra precario significa algo poco estable, seguro o duradero. En el campo del Derecho del Trabajo nos referimos a que una relación laboral entre el trabajador y el empleador es precaria cuando posee las características anteriores (sin estabilidad, sin seguridad y no duradera).

Consecuentemente es menester desarrollar el concepto de relación laboral, la cual puede ser entendida como el vínculo entre empleador y trabajador que empieza el momento en que el trabajador orienta su fuerza o capacidad laboral a disposición del empleador, sin necesidad de que exista de por medio un contrato de trabajo expreso. Entonces los sujetos de la relación jurídica son dos: trabajador y empleador, al respecto nos permitimos citar a la doctora Graciela Monesterolo:

“.. La parte trabajadora deberá ser solamente una persona natural, salvo que el vínculo laboral se establezca con varios trabajadores como sucede en los contratos de grupo y equipo....Persona natural que presta los servicios por cuenta u orden de otro.....La parte empleadora, en cambio, bien puede ser una o varias personas, ya sean naturales o jurídicas.. Es la persona a quien se presta los servicios o por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra...”³

Luego, como lo prescribe el Código del Trabajo, el contrato puede ser tácito o expreso:

“... el contrato es expreso cuando el empleador y el trabajador acuerdan las condiciones, sea de palabra o reduciéndolas a escrito. A falta de estipulación expresa, se considera tácita toda relación de trabajo entre empleador y trabajador....”⁴(Lo subrayado nos pertenece)

² Andrés Páez. Intermediación laboral, tercerización de servicios y colocación de personal: análisis jurídico de la legislación ecuatoriana. Quito. Editorial Che. 2006. Pág.18.

³ Graciela Monesterolo. Instituciones del Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas. Quito. Segunda edición. Corporación de estudios publicaciones.2009. Pág.103 y 109.

⁴ Código del Trabajo, Ecuador, 2009, Art. 12.

La relación laboral concluye el momento en el que el contrato fenece de acuerdo a las causas determinadas en el Código del Trabajo.

Así mismo este cuerpo normativo, en su primer artículo, cuando establece el concepto de contrato individual de trabajo, nos proporciona directrices de lo que debemos entender por relación laboral, señalando que una persona natural “... se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la Ley, el contrato colectivo o la costumbre...”⁵, en concordancia con los artículos nueve y diez del mismo Código donde se encuentran los conceptos de trabajador y empleador, respectivamente. Por tanto, para que se configure la relación laboral debe existir la prestación de servicios lícitos y personales por parte del trabajador bajo una relación de dependencia y subordinación con respecto a su empleador, cumpliendo tanto un horario de trabajo previamente establecido como las directrices o disposiciones del empleador, dentro un lugar y horario determinado y bajo los parámetros, y la remuneración pactada.

De acuerdo a un fallo tres veces reiterado por la antes llamada Corte Suprema de Justicia:

*“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 a 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...”*⁶

Entonces, en las relaciones laborales existen tres características para que éste nexo entre trabajador y empleador sea equilibrado, lo cual podríamos definir como relación laboral “ideal”, las principales son:

Relación laboral indefinida.- Una vez que el trabajador ha encontrado un trabajo, hacia el cual se encuentra plenamente capacitado para su desempeño, tiene el derecho de permanecer en él hasta el momento en que por su propia voluntad decida presentar su

⁵ Código del Trabajo, Ecuador, 2009, Art. 8.

⁶ Sala de lo Laboral y Social, Proceso 236-2000. Sentencia 30 de agosto de 2000, R.O 212 27 de noviembre de 2000.

renuncia, solicite el trámite de desahucio o se jubile. Ésta característica se encuentra vinculada al derecho de estabilidad, el cual es el derecho de permanecer en el trabajo hasta que el trabajador “... se jubile, pierda su capacidad para el trabajo o incurra en alguna de las faltas, sancionadas por la Ley con la terminación del contrato individual de trabajo”⁷

Por supuesto que en la legislación ecuatoriana tenemos algunos contratos tipo que limitan este derecho entre ellos encontramos el contrato a prueba, el cual da un plazo de noventa días para que cualquiera de las partes de por terminado el contrato de trabajo sin que esto signifique despido. Lo mismo sucede con el contrato a plazo fijo y otros contratos precarios establecidos en el Código del Trabajo.

Relación laboral bilateral.- De acuerdo con los preceptos jurídicos la relación entre el trabajador y el empleador debería ser exclusivamente entre esas dos partes sin la participación de terceros, solo de ésta manera se puede llegar a un pleno acuerdo de voluntades, el cual es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Es preciso tomar en cuenta que la relación no es entre partes iguales, sino más bien entre una parte considerada débil y otra fuerte, siendo por tanto el trabajador la parte débil que necesita mayor protección en el ámbito laboral.

Relación laboral directa.- Entre el empleador y el trabajador no deben existir intermediarios, pues precisamente las partes son las que, por un lado prestarán sus servicios personalmente, a órdenes y disposición del empleador, y por otro lado, pagarán una remuneración por la labor ejecutada.

Como consecuencia de la globalización han surgido nuevas formas de contratación en las cuales una o varias de éstas características de la relación laboral han desaparecido. Cuando se desvanecen las características que le son esenciales a la relación laboral estamos hablando de precarización.

La precarización laboral se da entonces cuando se rompe con el “ideal” antes señalado; es decir, las relaciones laborales que no son equivalentes a las tipo. Con tipo queremos

⁷ Julio César Trujillo. Derecho del trabajo. Quito. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Tomo I, 1986. Pág. 8.

significar a las relaciones laborales que se han venido realizando a lo largo de los años con un número específico de horas de trabajo, teniendo a un solo empleador para quien se realiza la actividad asalariada, recibiendo los beneficios establecidos en la Ley por parte de este empleador y por un tiempo indeterminado de duración de la relación contractual.

Procederemos ahora a realizar un análisis sobre la flexibilización.

La palabra flexibilización viene del término maleable o manejable. En materia laboral la flexibilización significa, como su nombre lo indica, modificar las normas ya establecidas en el sistema jurídico a beneficio de una de las partes de la relación laboral; sin embargo, ha sido utilizada como mecanismo para disminuir o aminorar derechos previamente adquiridos por los trabajadores.

El doctor Julio César Trujillo, nos enseña lo siguiente:

“... aunque la flexibilización se extiende a todo el Derecho del Trabajo, las instituciones más acosadas son: la estabilidad o continuidad de la relación laboral; el crecimiento de las remuneraciones, la conflictividad laboral y la ampliación del poder del empresario....”⁸.

A nivel mundial hemos podido apreciar el incremento de la flexibilización de las relaciones laborales en materia de contratación, lo cual ha provocado la inestabilidad, dualización y segmentación de las mismas. La flexibilización no solo nace con la modificación de normas vigentes, sino también con la creación de nuevas pautas jurídicas o su eliminación.

Como decíamos en párrafos anteriores la flexibilización de las relaciones laborales se encuentra muy vinculada a la nueva organización del proceso productivo, pues con el surgimiento de nuevas tecnologías las relaciones laborales han tenido que cambiar y ser modificadas.

Marcelo Sánchez en su artículo Precarización del empleo y actores sociales: Estado, empresarios, sindicatos y trabajadores jóvenes en América Latina, nos menciona que:

“Como consecuencia de la severa crisis financiera internacional que tuvo lugar hacia 1982, desapareció virtualmente el financiamiento voluntario a los países endeudados más afectados por dicha crisis. Entre éstos, buena parte de los países latinoamericanos se ha visto en la necesidad de

⁸ Julio César Trujillo. Ley No 133. Quito. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 1992. Pág.10.

compatibilizar - en gran medida sin éxito - la atención continuada de las obligaciones de la deuda externa con la recuperación del crecimiento económico.

El agravamiento de los desequilibrios macroeconómicos internacionales y domésticos, junto con el endurecimiento de la competencia a escala mundial, ha reforzado aún más las presiones hacia una redefinición de las relaciones laborales en un sentido que favorezca la flexibilidad del proceso de trabajo, la movilidad de los trabajadores, la adaptación del salario a la coyuntura y la revisión de la cobertura social....”⁹

Con respecto al tema, para Andrés Páez el fenómeno conocido como globalización ha sido un factor importante para la flexibilización de las relaciones laborales:

“... La globalización, ha repercutido sustancialmente en lo político y económico, incidiendo en las relaciones de trabajo, tanto organizacional como en lo jurídico. Así, la tendencia del Derecho del Trabajo ha sido hacia la flexibilización...”¹⁰.

Consecuentemente podemos inferir que en un intento de sobrellevar la crisis económica, los recientes avances tecnológicos y la nueva organización del proceso productivo, se han flexibilizado las relaciones laborales para competir con el resto de países inmersos en la globalización. Sin embargo, lejos de cumplir sus objetivos, la flexibilización ha permitido a los empresarios ampararse en nuevas formas-“legales”- para no pagar a sus trabajadores los beneficios que les corresponden por Ley, debilitando así la responsabilidad que los dueños de los medios de producción mantenían con sus trabajadores o la han eliminado definitivamente, ejemplos claros de éstos abusos los pudimos ver en nuestro país durante la vigencia de la tercerización y la intermediación laboral, donde si bien se cumplían con los requisitos establecidos para conformarse una relación laboral de acuerdo a la legislación de la época, se inobservó principios básicos del derecho laboral, como lo explicaremos más adelante.

La flexibilización de las relaciones laborales tiene como consecuencias uno o varios de los siguientes puntos:

⁹ Marcel Sánchez. “Precarización del empleo y actores sociales. Estado, Empresarios, Sindicatos y Trabajadores Jóvenes en América Latina”. Nueva Sociedad. 1992-1993. Buenos Aires.

¹⁰ Andrés Páez. Intermediación laboral, tercerización de servicios y colocación de personal : análisis jurídico de la legislación ecuatoriana. Quito. Editorial Che, 2006. Pág. 15.

- Los trabajadores y sus sindicatos pierden su poder negociador, pues al flexibilizar las relaciones entre trabajador y empleador, los primeros tienen menor posibilidad de exigibilidad frente a su patrono;
- A causa de la flexibilización en las relaciones laborales se puede presentar una disminución en las remuneraciones de los trabajadores;
- Falta de protección social creciente;
- Al flexibilizar la legislación laboral en cuanto a los contratos de trabajo, puede producirse como consecuencia el aumento de las ganancias de los empresarios y la disminución de los beneficios y prestaciones de los trabajadores.

Después de haber analizado el concepto, las causas y las consecuencias de la flexibilización, procederemos a estudiar como se produjo en nuestro país. Dentro de la legislación ecuatoriana surge por primera vez la flexibilización en el año mil novecientos noventa con la promulgación de la Ley de Régimen de Maquila y Contratación Laboral a Tiempo Parcial, pero más precisamente podemos afirmar que en el Ecuador la flexibilización surgió en el gobierno de Rodrigo Borja, con la expedición de la Ley 133 promulgada el veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y uno. En este gobierno se buscó, en un principio, generar más empleo y distribuir de mejor manera la riqueza mediante el impulso del sector empresarial, estableciendo nuevas formas de contratación o aminorando los beneficios laborales de los trabajadores. Sin embargo, la flexibilización fue sufriendo distorsiones y su aplicación se tornó abusiva.

Así tenemos dos tipos de reformas importantes dentro de la Ley 133, por una parte las atinentes al derecho individual; y por otra las introducidas en el derecho colectivo.

Empezaremos pues a mencionar las reformas hechas mediante la Ley 133 al derecho individual.

En su primer artículo se establecía un año como mínimo de estabilidad para la celebración de todo contrato de trabajo. Prohibió el desahucio a excepción de los contratos a plazo fijo y prescribió que en caso de desahucio, tanto solicitado por el trabajador como por el empleador, se debía pagar al trabajador el 25% de su última remuneración por cada año trabajado. *"...Antes sólo se pagaba la bonificación cuando el empleador solicitaba el desahucio, por*

*el daño que eventualmente le ocasionaba al trabajador al dejarlo sin ocupación, por la decisión unilateral de aquél”.*¹¹

Sin embargo, dejó la posibilidad de la contratación bajo las modalidades de eventuales, ocasionales o de temporada, en los cuales no había derecho a desahucio ni a indemnización alguna.

Además prescribía que el pago de la remuneración se podía hacer por día, por semana o por mes, prohibiendo así el trabajo por horas.¹²

Estableció los contratos de aprendizaje los cuales iban a ser remunerados con un salario menor al mínimo legal, señalando que bajo esta modalidad podían ser contratados como máximo el 10% del total de trabajadores de una empresa.¹³

En cuanto al despido intempestivo las indemnizaciones para los trabajadores fueron incrementadas como consecuencia de las reformas de la Ley 133:

*“Art. 189.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:
Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y
De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso éste valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración....”*

Antes de la reformas de la Ley 133 la máxima indemnización por despido intempestivo era el pago de 12 meses de remuneración.

Con respecto a la jubilación patronal se disminuyó el número de años de prestación de servicios al mismo empleador de 25 a 20 años, con el beneficio de la jubilación patronal parcial.

¹¹ Jorge Egas Peña. “Las Reformas Laborales”. Revista Jurídica online. mayo de 1992. Quito. Pág. 1-5.

¹² Ley No. 133, Ley Reformatoria al Código de Trabajo, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial No 817, 1991, Art. 13.

¹³ Ley No. 133, Ley Reformatoria al Código de Trabajo, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial No 817, 1991, Art. 28.

Por otro lado, dentro de las reformas de la Ley 133 al derecho colectivo, tenemos por ejemplo, que se requería un número mayor de trabajadores para la formación de sindicatos, aumentó los requisitos e instauró mayores dificultades a los trabajadores para poder organizarse, por una parte; y por otra parte, con respecto a los trabajadores ya organizados otorgó a los empleadores la opción de disminuir la hegemonía que tenían.

Además ésta ley incrementó el número de trabajadores necesarios para conformarse en una asociación profesional de 15 a 30.

Así también con la flexibilización laboral se reguló las huelgas solidarias, se estableció mayores requisitos para la declaratoria de huelgas en las empresas, se implementó normas para archivar las reclamaciones colectivas, y para declarar las huelgas de ilegales; además se instauraron menores derechos para los trabajadores, se orientaron trabas para el ejercicio de su derecho de asociación u organización, se dictaron normas especiales para la organización de trabajadores del sector público y para sus contratación. Con respecto a las huelgas se prohibió declarar huelga en los sectores que el gobierno llamó “estratégicos”, los cuales constaban en el Art. 35 numeral 10 de la Constitución de 1998:

“Art. 35.- El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales:

10. Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro, de conformidad con la Ley.

Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La Ley establecerá las sanciones pertinentes....”¹⁴ (lo subrayado nos pertenece).

Finalmente diremos que para inicios del año 1991 el Código del Trabajo, si bien había cumplido con su propósito de proteger al trabajador en el inicio de la etapa de desarrollo industrial, debía sufrir de algunas reformas para ajustarse a los nuevos requerimientos y

¹⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 35, numeral 10.

cambios en la legislación laboral a nivel mundial así como para combatir de cierta manera la alta tasa de desempleo que había en esa época.

“...Así, los compromisos internacionales y los nuevos vientos que soplan en la economía mundial exigían la necesidad de modernizar el aparato productivo y atraer la inversión extranjera a fin de activar la economía nacional, poniéndola a tono con la de los demás países para poder competir en el mercado ampliado, tanto dentro del Marco Andino como dentro de las nuevas zonas del libre comercio.

Igualmente, urgía generar el empleo suficiente para atender las crecientes necesidades de la población ecuatoriana existente y las de las nuevas generaciones que presionan de manera constante en el mercado del trabajo, generando el alto desfase que el país actualmente soporta a través de tasas bastante elevadas de desocupación.”¹⁵

Entonces surge la flexibilización, la cual obedece al criterio de aminorar la carga normativa y de riesgo laboral para el empleador; en busca de incrementar la inversión en el sector productivo. Consecuentemente la flexibilización por el proceso productivo en el Ecuador fue promulgada con la idea señalada en líneas anteriores, además de aumentar la seguridad jurídica, crear mayor capacidad de empleo e incrementar las industrias.

Si bien en principio la flexibilización perseguía una proyección positiva, con el tiempo el Estado confunde esta flexibilización con abuso hacia los trabajadores, desequilibrando una vez más la relación laboral.

Después de la Ley 133 se proclamaron otras normas en busca de flexibilizar las relaciones laborales, entre ellas: la Ley No. 4 para la transformación económica del Ecuador, conocida como Ley Trole I, promulgada en el año 2000. Esta ley pretendía lograr una mayor flexibilización de la relación laboral, introduciendo el contrato de trabajo por horas y estableciendo la unificación salarial.

Posteriormente en el mismo año se promulga la Ley para la promoción de la Inversión y la Participación ciudadana “conocida como Ley Trole II, esta ley incorpora a nuestra legislación laboral reformas sobre la jubilación patronal, el contrato a prueba, la participación de los trabajadores en los

¹⁵ Jorge Egas Peña. “Las Reformas Laborales”. Revista Jurídica online. mayo de 1992. Quito. Pág. 1-5

beneficios de las empresas, las indemnizaciones por terminación de la relación de trabajo, así como sobre diversos aspectos de las relaciones colectivas.....”¹⁶

De todo lo mencionado anteriormente podemos concluir que la flexibilización puede resultar un mecanismo óptimo para incrementar la producción, productividad y crear nuevas plazas de empleo, siempre y cuando vaya junto a un política laboral justa, legítima y equitativa.

1.2. Breve reseña histórica sobre la intermediación laboral y la tercerización de servicios en el Ecuador.

A nivel mundial hemos encontrado que surgió primero el concepto de intermediación laboral, y no es sino varios años después cuando aparece la tercerización. De la misma forma en el Ecuador desde hace más de medio siglo se viene hablando sobre conceptos que se asimilan a la figura de intermediación laboral, con éste nombre aparece esta figura por primera vez en el Código del Trabajo del año mil novecientos treinta y ocho donde se hace referencia sobre esta forma de subcontratación; sin embargo, sin la utilización del nombre de intermediación aparece varios años antes en normas laborales. Posteriormente en la Constitución del Ecuador del año mil novecientos cuarenta y cinco, en la sección que trata sobre el trabajo y la previsión social, dentro de las normas fundamentales que rigen al Ecuador, se encuentra en su literal x) lo siguiente:

“ x) La persona en cuyo provecho se presta el servicio es responsable del cumplimiento de las Leyes sociales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario...”¹⁷.

La norma hacía referencia a trabajos que necesitaban ser realizados rápidamente así nos los señala Sabino Hernández cuando dice que:

“... (Ubicándonos en la época),....., podemos decir que básicamente se refería la disposición, a aquellas labores en las que se requería el concurso de algunos trabajadores, especialmente por la

¹⁶ Espinosa, Betty. Mundos del trabajo, flexibilidad y comercio justo en Ecuador Informe final del concurso: Transformaciones en el mundo del trabajo: efectos socioeconómicos y culturales en América Latina y el Caribe. Internet. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/semi/2005/trabajo/espinosa.pdf> Acceso: 05/02/2010.

¹⁷ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 6 de marzo de 1945.

necesidad de terminación rápida del trabajo, caso en el que estaba la actividad de la construcción....”

18

Algo similar prescribía la Constitución de mil novecientos setenta y ocho, en la sección del Trabajo donde al igual que en la Constitución del cuarenta y cinco menciona la solidaridad entre el intermediario y la persona en beneficio de quien se realizaba el trabajo:

“ j) Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio es responsable solidaria del cumplimiento de las Leyes sociales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario...”¹⁹.

Lo mismo que ocurría con la Constitución de mil novecientos noventa y ocho.

Posteriormente en el año dos mil cuatro con la expedición del Decreto Ejecutivo 2166, se trató de dar un marco jurídico a ésta forma precaria de subcontratación laboral. Finalmente con la Ley Reformatoria al Código del Trabajo promulgada en el dos mil seis,²⁰ se da un gran avance para controlar la aplicación de la tercerización y la intermediación laboral. Entonces podemos inferir que el concepto de intermediación ha estado latente en nuestra vida jurídica cotidiana, y aún más, que ha formado parte del ordenamiento positivo ecuatoriano desde hace varios años sin encontrarse bien definido su alcance.

Por su parte, la tercerización es una figura que la encontramos por primera vez con ese nombre en nuestra legislación, a partir de noviembre de mil novecientos noventa y uno, mediante la promulgación de la ley 133 fecha en la cual se creó en el Ecuador como una herramienta de contratación la tercerización de servicios y la intermediación; posteriormente en el año dos mil cuatro con el Decreto Ejecutivo 2166, el cual analizaremos en el siguiente capítulo, se vuelve a hacer referencia a la tercerización cuando se expide las *“Normas que deben aplicarse en la prestación de servicios de intermediación laboral conocida como tercerización”*.

¹⁸ Sabino Hernández. La tercerización: los conceptos universales, la institución en el Ecuador, breve análisis de la ley promulgada el 23 de junio de 2006, algo de derecho comparado. Guayaquil. Editorial Poligráfica. 2006. Pág.12.

¹⁹ Edición Legal, CONSTITUCIÓN ECUADOR 1978, codificada el 16 de mayo de 1984.

²⁰ Ley No 48, Ecuador, publicada en el Registro oficial No. 298 de 23 de junio del 2006

Finalmente con la Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006 la tercerización de servicios aparece como una figura independiente a la intermediación laboral.

Después de nuestra breve reseña histórica procederemos a ampliar nuestra explicación sobre la intermediación y la tercerización.

1.3. La Intermediación

La intermediación ha existido en varios campos de la sociedad y ha sido utilizada como mecanismo para mediar entre la oferta y la demanda de diversos objetos. Siendo adoptada también en las relaciones laborales.

La Real Academia de la lengua española define a la intermediación como “... *Acción y efecto de intermediar. (Acción de) poner en relación a dos o más personas o entidades*”.

La intermediación laboral puede ser entendida como el acto realizado por una persona natural o jurídica la cual pone a disposición de un tercero la fuerza productiva de una persona natural, obteniendo por este servicio algún tipo de retribución, la cual, la mayoría de veces será de naturaleza económica.

En éste tipo de subcontratación existe relación entre las tres partes; es decir, trabajador, intermediario y usuaria, pues tanto el intermediario como la usuaria son solidariamente responsables respecto al trabajador.

Esta figura se encontró vigente en la legislación ecuatoriana hasta la promulgación y vigencia del Mandato Constituyente Número Ocho del seis de mayo del dos mil ocho y su Reglamento de Aplicación.

Procederemos ahora a elaborar un concepto de intermediación laboral; la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regulaba la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, señalaba el concepto de intermediación laboral diciendo lo siguiente:

“Se denomina intermediación laboral a aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución...”²¹.

Entonces la intermediación laboral puede ser entendida como la actividad que busca emplear y posteriormente poner en disposición de un tercero los servicios laborales o mano de obra de una persona o trabajador. La intermediación podía ser utilizada como medio de subcontratación para cualquiera de las actividades realizadas por la usuaria.

Además en la intermediación, como la teníamos presente en nuestra legislación antes de la promulgación del Mandato Constituyente Número Ocho, nos encontrábamos ante una forma de precarización, pues la relación laboral dejó de ser bilateral y directa al tener de por medio a un tercer actor en la relación laboral: la intermediaria.

Para continuar con nuestro análisis es preciso aclarar que únicamente en la intermediación laboral existe un tipo de subcontratación o triangulación de las relaciones laborales.

Para entender mejor el concepto de subcontratación nos permitimos indicar lo dicho por el profesor Domingo Gil, citado por Andrés Páez: *“... la relación tipo triangular entre las partes que intervienen en la misma: el trabajador presta sus servicios a un tercero que no es su empleador, con el cual el empleador tiene una relación puramente civil o mercantil”.*²²

1.3.1. Partes que intervenían en la intermediación

En la intermediación entendida de la manera que se explicó en párrafos anteriores, intervenían tres partes:

Intermediador: También conocido como intermediario. Podía ser una persona natural o jurídica que empleaba a trabajadores para ponerlos a disposición de un tercero. Su función primordial era entonces la de tener contratados trabajadores para después entregarlos como fuerza laboral a la empresa usuaria ajustando los perfiles de los trabajadores a los

²¹ Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, Ecuador 2006, Art. 1

²² Andrés Páez. Intermediación laboral, tercerización de servicios y colocación de personal: análisis jurídico de la legislación ecuatoriana. Quito. Editorial Che. 2006. Pág. 43.

requerimientos de ésta. El intermediador era quien mantenía la relación laboral, con todas las obligaciones que esta conlleva, con el trabajador; dejando únicamente el derecho a establecer las tareas o trabajos que debían ser realizados por el trabajador a la empresa usuaria deslindándole ésta última de toda la responsabilidad que conlleva la relación laboral.

Con respecto al intermediario Andrés Páez menciona lo siguiente:

*“... En consecuencia, el elemento de subordinación que es consustancial a la naturaleza del contrato de trabajo sufre un desdoblamiento, puesto que solamente una parte de esta subordinación es cedida a la usuaria como queda explicado, conservando el intermediario las demás obligaciones que dimanar de la subordinación.....”*²³

Como bien lo señala Páez, en la obra citada, en ésta forma de contratación se pierden los elementos esenciales del contrato de trabajo pues la subordinación característica del contrato se encuentra dividida, por una parte, existe subordinación por parte del trabajador hacia la empresa intermediaria por tener un vínculo laboral con ella, y por otra parte existe subordinación del trabajador hacia la empresa usuaria al ser ésta quien determina sus actividades y funciones.

Trabajador: Necesariamente debía ser una persona natural quien prestaba sus servicios laborales a un tercero denominado “usuario” quien lo contactaba a través del intermediador. El trabajador tenía una relación laboral con la empresa intermediaria; sin embargo, su fuerza productiva se utilizaba para las labores y bajo las indicaciones de la usuaria en el lugar determinado por ésta.

El trabajo a ser realizado por el trabajador debía ser de naturaleza temporal pues de otra manera se desvirtuarían los objetivos de la intermediación laboral.

Usuaria: Era la persona natural o jurídica para quien prestaba los servicios el trabajador intermediado. Sin embargo el trabajador a su servicio no tiene vínculo laboral con la usuaria pues como explicaremos en párrafos siguientes el contrato de trabajo se firmaba entre el trabajador y la empresa intermediaria.

²³ Andrés Páez. Intermediación laboral, tercerización de servicios y colocación de personal: análisis jurídico de la legislación ecuatoriana. Quito. Editorial Che.2006. Pág. 75.

Hablando sobre la usuaria el doctor Páez nos menciona lo siguiente:

*“... (La usuaria) recibe del intermediario un servicio que consiste en la dotación de personal para el desarrollo de sus actividades productivas, pero ese personal no depende laboralmente de la usuaria sino del intermediario...”*²⁴

Para poder realizar actividades de intermediación laboral se necesitaba suscribir un contrato mercantil de intermediación laboral celebrado por la empresa de intermediación laboral y la usuaria; y a su vez un contrato de trabajo celebrado por escrito entre la empresa de intermediación laboral y cada uno de los trabajadores intermediados.

En este punto nos parece necesario identificar las principales objetivos por los cuales fue creada la figura de intermediación laboral. Tenemos en primer lugar el mejorar la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios laborales, lo que se pretendía entonces era proporcionar facilidades al trabajador para que de una manera ágil y eficiente empiece a trabajar en un lugar que estaba acorde a sus necesidades y conocimientos, otro de los beneficios para el trabajador eran los de orden económico pues al empezar a trabajar con un corto receso se aminora el tiempo de no recibir ingresos económicos, influyendo asimismo en la sociedad en general pues se reducen los gastos sociales con los cuales se debe correr cuando existe desempleo y subempleo; por otra parte las ventajas para la empresa usuaria eran variadas, dentro de ellas podemos mencionar que a cambio del pago de una comisión a la empresa intermediadora obtenía la fuerza laboral de una o varias personas requeridas para proceso productivo, aumentando la productividad y acortando el tiempo de los encargados de la selección de empleados dentro de la usuaria. Otra ventaja se daba en la relación laboral entre la empresa intermediadora y los trabajadores, pues las obligaciones patronales le correspondían, en un principio, únicamente a la intermediadora. Esto pretendía generar un mayor impulso en el sector productivo aminorando los riesgos generados por el incumplimiento de las obligaciones patronales. Sin embargo, en la misma Ley reformativa al Código de Trabajo del año 2006 se hace referencia a la solidaridad existente entre la empresa usuaria y la intermediadora en todo lo referente a reclamos que se pudieran suscitar por parte de los trabajadores intermediados en cuanto al incumplimiento y falta de pago de sus derechos laborales.

²⁴ Ibidem.

1.3.2. Tipos de Intermediación

A continuación procederemos a clasificar los distintos tipos de intermediación según la doctrina existente sobre la materia:

Intermediación Clásica.- La intermediación clásica es aquella que se da cuando una tercera persona llamada intermediario pone en contacto al empresario y al trabajador; la relación contractual va a ser directa entre el trabajador y el empleador. El intermediario después de realizar el contacto, por el cual la mayoría de las veces cobra una comisión o una remuneración, si se trata de una persona contratada por la empresa para realizar específicamente esta labor, ya no tiene más relación con las partes. La relación laboral nunca pierde su característica de ser bilateral.

Intermediación Clásica Administrativa.- A diferencia de la intermediación clásica en éste tipo de intermediación interviene el Estado o una empresa privada como intermediarios. Su objetivo final es encontrar a los trabajadores un empleo adecuado a sus capacidades y necesidades. Para esto pone en contacto a la empresa contratante y al trabajador quienes firmarán un contrato de trabajo. Sin embargo, entre la intermediaria y el trabajador no hay ningún vínculo laboral. En el Ecuador tuvimos por primera vez esta figura conocida como Oficina de Empleo, la cual aparece en el Código del Trabajo de 1938.

Intermediación Propiamente Dicha.- En éste tipo de intermediación existe una empresa intermediadora la cual es contratada por una empresa “usuaria” o “contratante” para que le proporcione el personal adecuado a las necesidades su empresa. Sin embargo, a diferencia de la intermediación clásica, el vínculo laboral no se termina en éste punto sino que continúa mientras dura la labor o servicio requerido por la “usuaria”. Entonces, el trabajador tendrá un vínculo laboral exclusivamente con la empresa intermediaria y cumplirá sus indicaciones en las instalaciones de la empresa “usuaria”. El trabajador no se encuentra vinculado directamente con la empresa contratante.

1.3.3. Requisitos de la Intermediación

Los requisitos para que se dé la intermediación los podemos encontrar detallados en la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regulaba la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios del año 2006 y su Reglamento, estos eran los siguientes:

- La relación era triangular: intermediador, trabajador y usuaria.
- La intermediación laboral podía ser utilizada para todas las actividades de la empresa usuaria; sin embargo, existía el requisito de que únicamente se podía presentar bajo ciertos tipos de contratación, entre ellos: plazo fijo, ocasional, eventual, por horas y demás contratos precarios. No eran permitidos dentro de ésta subcontratación los contratos por tiempo indefinido.
- Los trabajadores empleados bajo esta modalidad de contratación no podían exceder de la mitad del total de la fuerza laboral de la empresa usuaria. Sin embargo, el legislador añadió la siguiente frase “...que la usuaria requiera contratar para su operación y funcionamiento”, con esto dejó sin límite el número de personas que podías ser contratadas bajo esta modalidad. La Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006 establece las excepciones.
- Debían contar con la autorización de funcionamiento del Ministerio de Trabajo y Empleo, para lo cual se obligaban a cumplir con una sería de requisitos señalados por la mencionada Institución.

1.4. La Tercerización

La tercerización viene de la palabra tercerizar:

*“Tercerizar implica derivar en terceros aquellas actividades para las cuales estos últimos poseen mayores y mejores ventajas competitivas absolutas y/o relativas, de manera tal que la organización pueda concentrarse al máximo en aquellos procesos que le permiten un dominio o ventaja estratégica...”*²⁵

²⁵ Lefcovich Mauricio, Desburocratizar? Tercerización? Teletrabajo. El DTT como reingeniería para la productividad, Internet, <http://www.monografias.com/trabajos16/desburocratizar/desburocratizar.shtml#BIBLIO>, Acceso: 20/02/2010

En nuestro país el término tercerización ha sido mal entendido pues se ha asemejado con la intermediación laboral, lo que ha servido para grandes confusiones y abusos por parte de quienes los han aprovechado para beneficiarse de ella.

La tercerización sigue la lógica neoliberal, viéndola como un “... mecanismo para mejorar la competitividad empresarial contratando con empresas especializadas en personal o desarrollo de funciones en las cuales no se tiene eficiencia o especialidad profesional”.²⁶ Por tanto, el fin último de la tercerización es permitir que las empresas se desarrollen plenamente en su especialidad, es decir, promueve la especialización de cada empresa en el objeto social por el cual fueron creadas. La Empresa Prestadora del Servicio pone entonces a disposición de la “usuaria” su fuerza productiva; de ésta manera la “usuaria” trata de optimizar costos para volverse más competitiva frente a otras empresas nacionales e internacionales. Además en la tercerización, a diferencia de la intermediación, existe una relación bilateral, pues el trabajador se encuentra relacionado directamente con la Empresa Prestadora del Servicio, para la ejecución de trabajos complementarios para el proceso productivo de la usuaria. Entonces en la tercerización lo que le concierne a la empresa usuaria es el servicio a ser prestado por la tercerizadora sin ser de importancia el trabajador tercerizado que lo ejecuta; a diferencia de la intermediación donde lo importante para la usuaria es el trabajador que ejecuta las labores bajo sus órdenes.

Procederemos ahora a citar lo que prescribía la Ley Reformatoria al Código del Trabajo de 2006 como tercerización de servicios complementarios:

“Se denomina tercerización de servicios complementarios, aquella que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la Ley...”²⁷

²⁶ Carlos López, “OUTSOURCING Herramientas para el Análisis Económico y Estratégico”, Revista Gestión, Vol. 1, No. 2, Marzo - Abril de 1996. Quito, 2006, Pág. 116 a 123

²⁷ Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, Ecuador, Art. (1), inciso final, 2006.

Entonces solo se permitía, antes de las reformas del Mandato Constituyente Número Ocho, actuar como tercerizadoras a personas jurídicas y no a personas naturales, a diferencia de lo que sucedía con la intermediación en la cual tanto personas jurídicas como naturales podían realizarla.

Posteriormente se prescribe a manera de ejemplificación las actividades que podían ser consideradas como complementarias a la actividad principal de la usuaria, expresando lo siguiente:

“Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter...”²⁸.

Con la última frase del artículo citado anteriormente se entendía que la tercerización de servicios complementarios podía ser utilizada como medio de contratación para todas las actividades complementarias diferentes a las labores propias del proceso productivo de la empresa sin que las antes citadas fuesen taxativas sino más bien ejemplificativas.

Por otra parte, es menester de la presente disertación señalar que en los distintos libros consultados hemos encontrado que la tercerización ha sido entendida como sinónimo de la palabra inglesa “outsourcing”, pero si bien entre los significados de ambos vocablos hay similitudes no pueden ser entendidos como sinónimos.

El “outsourcing” es según la doctrina:

“...el proceso en el cual una firma identifica una porción de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente y/o más efectivamente por otra corporación, la cual es contratada para desarrollar esa porción de negocio. Esto libera a la primera organización para enfocarse en la parte o función central de su negocio...”²⁹

Sin embargo, y a pesar de que para muchos autores la tercerización es la adaptación al español de la palabra “outsourcing”, no podemos confundirlas como sinónimos pues

²⁸ Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, Ecuador, Art. (1), inciso final, 2006.

²⁹ Carlos López. “OUTSOURCING Herramientas para el Análisis Económico y Estratégico”. Revista Gestión. Vol. 1, No. 2, Marzo - Abril de 1996. Quito, 2006, Pág. 116 a 123.

creemos que el proceso de tercerización es mucho más complejo y amplio que el conocido como “outsourcing”. Además, y en el caso concreto del Ecuador, para realizar actividades de tercerización se tenía que constituir una compañía cuyo único fin era el de tercerizar y cumplir con una serie de requisitos específicos para la realización de ésta actividad solo se podía tratar de una persona jurídica quien brindaba u ofrecía sus servicios complementarios para ejecutar la actividad principal de su usuaria, así cobraba un precio por este servicio y por la utilización de sus recursos en beneficio de la producción del contratante. Otra de las diferencias importantes con la tercerización es que el outsourcing es la actividad mediante la cual se traslada una parte del proceso productivo a una compañía o empresa especializada en esa misma parte productiva; por su parte en la tercerización quien va a realizar una parte del proceso productivo de otra empresa es uno o varios trabajadores quienes ejecutan el servicio requerido por la empresa usuaria.

1.4.1. Partes que intervenían en la tercerización

Dentro de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo y su respectivo Reglamento se enumeraban las partes que intervenían en la tercerización; éstas eran las siguientes:

Empresa Prestadora del Servicio: También conocida como “tercerizadora”, era la persona jurídica constituida legalmente habiendo cumplido con los requerimientos prescritos por la autoridad correspondiente y después de obtener la autorización para la prestación de servicios de tercerización otorgada por el entonces llamado Ministerio de Trabajo y Empleo, la cual ponía a órdenes de la usuaria la fuerza laboral de sus trabajadores. En la tercerización los trabajadores tenían una relación laboral con la Empresa Prestadora del Servicio o Empresa de Tercerización de Servicios, en beneficio de la producción de la empresa “usuaria”.

Como nos indica la doctora Graciela Monesterolo:

“...la relación laboral existía exclusivamente entre la tercerizadora y su personal...”³⁰

³⁰ Graciela Monesterolo. Instituciones del Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas. Quito. Segunda edición. Corporación de estudios publicaciones.2009. Pág.103 y 109.

Trabajador: Era la persona natural quien trabajaba bajo las órdenes de la Empresa Prestadora del Servicio Complementario realizando las labores requeridas por la Usuaría, no tenía relación laboral con la Empresa Usuaría; sin embargo, su trabajo era en beneficio de ésta última.

Usuaría: Era la compañía o persona natural que requería contratar los servicios de una tercerizadora, la cual ponía a su disposición la fuerza laboral de uno o varios de sus trabajadores para que presten servicios complementarios al giro habitual de la usuaria. A diferencia de la “usuaria” que contrataba a un intermediario, la usuaria de servicios de tercerización no es responsable solidariamente con la Empresa Prestadora del Servicio, pues el nexo laboral es únicamente entre el trabajador y la tercerizadora.

Mientras se encontraba vigente este tipo de contratación se requería la suscripción de un contrato de tercerización de servicios complementarios entre la empresa prestadora del servicio y la usuaria del mismo, en el mencionado instrumento privado debía constar expresamente la actividad complementaria del proceso productivo que se desarrollaría mediante la tercerización de servicios complementarios.

1.4.2. Tipos de tercerización

Al igual que con la intermediación no pudimos encontrar bibliografía que realice una clasificación específica de los tipos de tercerización; sin embargo, procederemos a ensayar una:

- a) **Tercerización Clásica.-** Puede ser entendida como la que surge de manera natural sin la necesidad de que se constituya una compañía o una empresa cuyo objeto expreso sea el de realizar actividades de tercerización. Podemos mencionar ejemplos tales como cuando una empresa contrataba los servicios de una tercerizadora para que le brindara un servicio que la primera no podía realizar: por ejemplo la contratación del servicio de limpieza o mensajería dentro de una oficina de abogados.
- b) **Tercerización Propiamente Dicha.-** En la legislación comparada encontramos varias normas donde aparece la tercerización y se la define de acuerdo a las necesidades de cada país; sin embargo, en el caso de Ecuador se entendía la

tercerización como una forma de contratación donde se contrataban los servicios de una empresa creada con la finalidad de prestar servicios de tercerización a su “usuaria”.

1.4.3. Requisitos de la tercerización

En la legislación vigente antes de la promulgación del Mandato Constituyente Número Ocho encontramos los requisitos que se debían cumplir para que la tercerización fuese posible:

- La Empresa Prestadora del Servicio Complementario debía estar constituida al amparo de la Ley de Compañías y de la mano de las disposiciones legales correspondientes.
- Debía existir una relación directa entre el trabajador y la Empresa Prestadora del Servicio.
- Las actividades que podían ser contratadas bajo esta modalidad de contratación podían ser las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tenían carácter de complementarias para la producción de la usuaria.
- No podían ser contratados bajo esta modalidad los profesionales, pues su contratación se debía materializar en un contrato civil de prestación de servicios.

1.5. Regulación de la actividad de intermediación laboral, tercerización de servicios complementarios y contratación por horas.

El Congreso Nacional del Ecuador en el año dos mil seis analizó que la contratación de trabajadores se realizaba de manera informal mediante mecanismos de intermediación y tercerización laboral por lo cual decide expedir la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios

Dentro de las consideraciones hechas por el legislativo para la expedición de esta Ley Reformatoria se hace mención que en aquella época existían diversas e innovadoras formas de contratación las cuales habían sido desarrolladas en consideración de las nuevas necesidades que exigía el mundo en materia laboral, debido a los cambios y avance tanto en

el área productiva, tecnológica y social; además señalaba dentro de sus considerandos que la intermediación laboral para la contratación de personal y la tercerización de servicios, estaba incrementándose a pasos agigantados sin contar con una normativa legal que la sustente y sirva para velar por el cumplimiento de las obligaciones de las partes contratantes y por los derechos de los trabajadores contratados bajo ésta modalidad. De ésta manera lo que se buscaba era una concreta regulación y formalización de los procesos de contratación de conocidos como intermediación laboral para la contratación de personal y la tercerización de servicios.

1.6. Empresas de Trabajo Temporal

Las empresas de Trabajo Temporal – ETT- son otra modalidad de subcontratación y se encuentran reguladas principalmente en Europa y Norteamérica, nos parece importante mencionar a éste tipo de empresas pues poseen grandes similitudes con el tema que nos encontramos estudiando en el presente capítulo. Empezaremos pues por citar un referente en la legislación colombiana la cual tiene dentro de su normativa laboral a la Empresa de Servicios Temporales y la define como:

*“... Es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto a éstas el carácter de empleador”.*³¹

A nivel mundial las Empresas de Trabajo Temporal surgen a partir del Convenio 96 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- aprobado en 1933 y modificado en 1949. En sus inicios nace con el nombre de: “Agencia Retribuida de Colocación”.

Éste tipo de empresas tienen como principal característica poner a disposición de otra empresa a sus trabajadores con carácter de temporal. Entonces nacen por la necesidad de cubrir espacios laborales, para un tiempo de servicio determinado, con la finalidad de cumplir con los requerimientos que la empresa usuaria tenga. Por ejemplo tenemos el caso de la licencia por maternidad, donde no sería factible pedirle a la empresa que contrate a

³¹ Código Sustantivo del Trabajo Colombia, Reformado mediante Ley No. 50 de diciembre 28 de 1990, Art. 51.

otra persona para ocupar el puesto de la mujer en goce de su licencia de maternidad, es precisamente en ése momento donde entran en juego las ETT, poniendo a disposición de la empresa usuaria a un trabajador o trabajadora que cubra la vacante, con carácter de temporal, para que la licencia no afecte la producción de la empresa empleadora. Otro de los ejemplos más conocidos donde son utilizadas las ETT es durante los denominados “picos productivos”, los cuales no son más que temporadas donde la producción de una empresa se incrementa, pero se sabe que éste incremento es solo por un tiempo determinado, que se repite anualmente.

1.6.1. Definición

Se denomina Empresa de Trabajo Temporal o ETT a aquella que tiene como objetivo el poner a disposición de otra empresa denominada “usuaria”, por un tiempo determinado el cual debe ser temporal, a sus trabajadores legalmente contratados.

Por tanto lo que busca la Empresa de Trabajo Temporal es servir de intermediario entre la “usuaria” y el trabajador; y de esta manera obtener algún beneficio, casi siempre de orden económico.

A continuación tomaremos la definición de la legislación española sobre éste tipo de empresas:

” Se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.”³²

En la Ley española se habla de la cesión del Trabajador que hace la Empresa de Trabajo Temporal a la Empresa Usuaria.

Sin embargo, del concepto antes señalado podemos encontrar las diferencias que existen entre lo que era conocido en el Ecuador como empresas de intermediación laboral y las ETT pues si bien pueden ser confundidas como sinónimos en las primeras se realiza un

³² Art.1 Ley 14 1994, España

contrato entre la usuaria y la Empresa Prestadora del Servicio, pues el objetivo primordial de éste tipo de subcontratación era ayudar a la empresa usuaria a ponerse en contacto con un trabajador para que preste su fuerza laboral y se ponga a disposición de ésta. Por su parte las ETT en los países que han sido aplicadas han sido utilizadas para cubrir requerimientos de carácter temporal de la empresa usuaria; es decir para ayudarle a cumplir con sus requerimientos en casos cuando su personal habitual no se encuentra disponible.

En el Ecuador encontramos tres tipos de contratos que se asemejan a los objetivos que cumplen las ETT, estos son los contratos de trabajo eventual, ocasionales y los contratos de temporada cuyas características principales son:

- Contrato de trabajo eventual.- Éste tipo de contrato sirve para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador; así mismo es utilizado cuando se necesita una mayor producción en las actividades habituales de la empresa. El doctor Julio César Trujillo, prescribe que éste tipo de contrato sirve *para "...que reemplace al titular del empleo o puesto de trabajo, que, no obstante, ha debido abandonarlo por causas justificadas y, otros los que se celebran para atender una mayor demanda, transitoria, de los bienes y/o servicios, a cuya producción se dedica habitualmente la empresa"*.³³

En nuestro Código del Trabajo vigente en la actualidad, en su artículo 17 se establece que éste tipo de contratación no puede exceder de ciento ochenta días continuos dentro de un año y que si se repite por dos o más periodos al año el contrato se convierte en uno de temporada.

- Contrato de trabajo ocasional.- El contrato de trabajo ocasional es utilizado para cubrir las necesidades emergentes o extraordinarias de la empresa, no vinculadas con la actividad habitual del empleador. En el mismo artículo mencionado en el párrafo anterior se prescribe que la duración máxima de éste contrato es de treinta días en un año.

³³ Julio César Trujillo, Ley No 133. Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1992.

- Contrato de trabajo de temporada.- Es un contrato que se realiza para trabajos cíclicos o periódicos; sin embargo, gozan de estabilidad pues nuestra legislación exige que los trabajadores contratados mediante la modalidad de temporada sean llamados cada temporada que se requiera del mismo servicio, si el empleador no lo hace estaríamos frente a un despido intempestivo.

1.6.2. Requisitos para conformarla.

Las ETT no se encuentran presentes dentro de la legislación ecuatoriana, es por esto que hemos recurrido a la legislación comparada para poder explicar de mejor manera los requisitos para su conformación. Los requisitos constantes en la Ley Española N. 14 de 1 de junio de 1994 son los siguientes:

- El trabajo a ser realizado por el trabajador de la ETT podrá ser únicamente con carácter de temporal.
- Las ETT pueden ser personas naturales o jurídicas.
- Deben tener previamente antes del inicio de sus actividades la autorización administrativa del órgano correspondiente.
- Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de la ETT.
- Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social.
- No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones.
- Incluir en su denominación los términos: empresa de trabajo temporal.

1.6.3. Experiencias en los países que ha sido aplicada.

Para terminar éste capítulo mencionaremos algunas de los resultados de las ETT en los países que han sido aplicadas.

En los países que han tenido aceptación las Empresas de Trabajo Temporal, entre ellos los países europeos y más específicamente España, donde su buen resultado se ha debido a varios factores entre los que se pueden mencionar los siguientes :

- a) Trabajadores que solo necesitan, pueden o desean trabajar por períodos cortos, entre ellos podemos mencionar a: estudiantes durante sus vacaciones, mujeres

casadas que no trabajan habitualmente pero que necesitan ayudar con los gastos en el hogar, y cualquier otro tipo de persona que buscan ingresos extras para mejorar su presupuesto.

- b) Personas que si bien necesitan un trabajo permanente, prefieren mantenerse ocupados en trabajos temporales que no trabajar.
- c) Empresas que para cubrir sus necesidades productivas necesitan emplear mano de obra temporal, o también se puede presentar en caso de vacaciones o enfermedad, en épocas de recargo de trabajo de su personal.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. REGULACIÓN DE ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN ECUADOR ANTES DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO.

En este capítulo se estudiará la situación en la que se encontraba el país y las posibles causas que motivaron se eliminen las compañías de intermediación laboral y las compañías tercerizadoras de servicios complementarios.

2.1. Análisis sobre la constitucionalidad de la regulación de la intermediación laboral y de la tercerización de servicios complementarios.

Antes de la promulgación de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006 se dieron varias propuestas legislativas para regular las denominadas actividades de intermediación y tercerización; posteriormente se promulga la *“Ley Reformatoria al Código del Trabajo mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios”* con la cual los legisladores pretendían normar sobre todo las actividades de intermediación que se habían dado de manera irregular en el país, y consecuentemente se regula también la tercerización.

Antes de proceder a analizar la constitucionalidad de la referida norma, es preciso recordar las primeras iniciativas legislativas para entender de mejor manera su alcance. Desde el año 2003 se presentaron varios proyectos de ley para regular tanto la intermediación laboral como la tercerización de servicios, y entre ellas encontramos las siguientes: “Ley Reformatoria al Código del Trabajo” presentada a finales del 2003 por iniciativa del entonces diputado del Congreso Nacional Marco Proaño Maya; tiempo después en los primeros meses del año 2004 se presentó el “Proyecto de Ley Reformatoria al Código del Trabajo que norma el funcionamiento de las empresas Tercerizadoras” por iniciativa de los, en aquella época, diputados Rafael Erazo , Xavier Cajilema y otros legisladores. Continuando con la misma línea en junio de 2004 se presenta al Congreso el “Proyecto de Ley Reformatoria al Código del Trabajo” por iniciativa de Miguel López Moreno y otros. Finalmente en julio de

2004 por iniciativa de Andrés Páez Benalcázar y otros diputados se presenta el “Proyecto de Ley Reformatoria al Código del Trabajo mediante el cual se regulan los Servicios de Tercerización Laboral”.

A estas iniciativas legislativas se suma el Decreto Ejecutivo No. 2166, promulgado durante el Gobierno de Lucio Gutiérrez denominado: “Normas que deben observarse en la prestación de servicios de intermediación laboral conocida como tercerización”, mismo que entró en vigencia sin existir una ley previa que regule este tema, inobservándose por el ejecutivo el proceso de formación de la ley. Siendo entonces el Decreto Ejecutivo No. 2166 inconstitucional por la forma, pues el presidente no tenía la potestad de mediante Decreto regular sobre un tema no prescrito previamente por la Ley. Esta norma fue derogada mediante Decreto Ejecutivo No. 1722 del 9 de agosto de 2006, después de la promulgación de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo.

Desde el título del Decreto Ejecutivo No. 2166 podemos observar que se confunde a la intermediación laboral con la tercerización como si se tratara de sinónimos, pues este texto legal indicaba que los servicios de intermediación laboral son conocidos como tercerización. Sin tomar en cuenta que la intermediación y la tercerización son conceptos distintos con sus propias características y definiciones, como bien lo explicamos en el capítulo primero de la presente disertación.

A continuación procederemos a citar el Decreto Ejecutivo No. 2166:

“La prestación de servicios de intermediación laboral a través de las sociedades conocidas como tercerizadoras es válida para la contratación de personal para servicios temporales, complementarios y de duración indefinida. Entiéndase que la relación laboral directa del contratado en las modalidades indicadas es con la intermediaria laboral o tercerizadora....”³⁴.

Esta confusión entre tercerización e intermediación conlleva a un grave problema pues los dueños de los medios de producción podían sacar provecho de la oscuridad de esta norma en su propio beneficio y en desmedro de los trabajadores.

³⁴ Ecuador, Decreto No. 2166, Normas que deben observarse en la prestación de servicios de intermediación laboral conocida como tercerización, 14 de Octubre de 2004, Quito.

Posteriormente surge el proyecto de la Ley Reformativa del año 2006 para la cual presentaron sus iniciativas tanto los Representantes de las Cámaras de la Producción como los de las Centrales Sindicales; sin embargo, y como lo explicaremos más adelante, fueron decisorias en el texto final de la Ley las posturas de los Representantes de los Empleadores, dejando de lado las observaciones y propuestas de las otras partes interesadas, al respecto el doctor Sabino Hernández indica lo siguiente:

“Es inexplicable que tanto el Ministerio (de Trabajo), como los representantes de los trabajadores, del FUT y de la CEOSL, que habían propuesto la temporalidad en los respectivos proyectos, y posteriormente, los mismos miembros del Congreso, aprueben la Ley, suprimiendo la temporalidad del trabajo, que es la esencia misma de la intermediación laboral, acogiéndose la redacción propuesta por los empleadores”³⁵

De lo estudiado hemos detectado los siguientes problemas en la aprobación de la Ley Reformativa al Código del Trabajo:

En primer lugar la temporalidad en la relación laboral, en la denominada intermediación laboral. Desnaturalizando así, los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, como en éste caso en particular el derecho de los trabajadores a la estabilidad.

La propuesta de incluir el carácter de temporal dentro de los contratos de intermediación y de tercerización en la referida Ley fue realizada por los representantes de los empleadores; es decir, los representantes de la Cámara de Producción en el Consejo Nacional del Trabajo fueron quienes propusieron que la relación laboral entre empleador y trabajadores intermediados o tercerizados sería exclusivamente de tipo temporal.

En segundo lugar, encontramos el tipo de actividades que podían ser intermediadas, pues de igual manera fueron decisivos en la aprobación de la Ley los criterios emitidos por los representantes de los empleadores.

En las discusiones en el Consejo Nacional del Trabajo, previas a la aprobación a la Ley Reformativa al Código del Trabajo del año 2006, las Centrales Sindicales representantes de los trabajadores propusieron que las actividades de intermediación laboral, únicamente se

³⁵ Sabino Hernández. La tercerización: los conceptos universales, la institución en el Ecuador, breve análisis de la ley promulgada el 23 de junio de 2006, algo de derecho comparado. Guayaquil, Editorial Poligráfica, 2006.

podía dar “para actividades eventuales y precarias, para cubrir puestos de personal permanente que ha interrumpido su trabajo ya sea por permisos, enfermedad, vacaciones, maternidad, o para los periodos de mayor demanda de producción o para trabajos de alta especialidad de la empresa usuaria”³⁶; por su parte y según sus conveniencias para el sector empresarial se podía recurrir a éste tipo de subcontratación para todo tipo de actividad de la empresa usuaria sea esta de carácter ocasional o permanente. Es claro identificar en la norma estudiada que los legisladores de ese año tomaron en cuenta el criterio de los empleadores al señalar que se podía procurar la intermediación laboral para todas las actividades de la usuaria, dejando de lado las observaciones hechas por los trabajadores.

Finalmente el texto aprobado por los legisladores menciona que las actividades a ser intermediadas podían ser cualquiera que sea requerida por el empleador de acuerdo a las necesidades de su negocio o empresa.

Estos criterios al momento de expedir y posteriormente promulgar la Ley referida fueron decisivos para conculcar los derechos de los trabajadores.

Después de haber realizado una aproximación al entorno en el que se promulgó la Ley Reformatoria del 2006 procederemos a analizar su constitucionalidad. Con constitucionalidad nos referimos a determinar si la norma analizada vulnera o contraviene algún principio o derecho establecido en la Constitución de la República.

La Ley Reformatoria al Código del Trabajo, promulgada en el año 2006, que regulaba la actividad de intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios, basó sus consideraciones sobre todo en un artículo de la Constitución vigente en ese año:

“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

La libertad de trabajo. Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso.

La libertad de contratación, con sujeción a la Ley...”³⁷

³⁶ http://www.ila.org.pe/noticias/doc/proyecto_Mandato.pdf, 15 de octubre de 2009.

³⁷ Constitución Política del Ecuador, Art. 23, 1998.

Basándose en la libertad de trabajo y de contratación, nuestros representantes de la legislatura en el año 2006 pretendían encontrar un mecanismo para normar las relaciones triangulares de orden laboral las cuales iban incrementándose a pasos agigantados en el país. Dentro de las consideraciones se señalaba además el artículo 35 de la Carta Magna, en el cual se menciona que el trabajo es “...*un derecho y un deber social*”, además prescribe lo indicado en el numeral 11 del mencionado artículo en el cual el legislador ya dejó como precedente que de acuerdo al criterio de los congresistas de esa época el trabajo podía ser realizar por un intermediario:

“Art. 35.- El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales:

Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario.”³⁸

Finalmente dentro de sus consideraciones los congresistas exponen que tanto la intermediación laboral para la contratación de personal y la tercerización de servicios han ido aumentando en nuestro país sin tener ninguna norma legal que las regule y vele por su prudente aplicación, por lo que los legisladores consideraron que era necesario regular y normar éste tema en busca de evitar abusos, informalidad e ilegalidad entre las partes contratantes.

Con los antecedentes anteriores procederemos a realizar un breve análisis sobre la constitucionalidad de la regulación de la intermediación y la tercerización:

Por una parte el artículo constitucional número 35, en su primer inciso prescribe que el derecho al trabajo se sujetará a los principios del derecho social. Al referirse al trabajo como un derecho y un deber social el Estado denota su preocupación de normar y regular el trabajo, de conformidad con lo estipulado por la OIT: el trabajo no es una mercancía. La

³⁸ Constitución de la República del Ecuador, Art. 35, 2008.

finalidad de nuestros representantes parlamentarios parece haber sido buscar la armonía de las relaciones entre empleador y trabajador, además al considerarlo como un derecho social lo que se intenta es reivindicar los logros alcanzados a lo largo de los años por la clase obrera.

Para entender al derecho al trabajo como un derecho social procederemos a explicar brevemente su origen:

En primer lugar podemos afirmar que los derechos sociales son parte del derecho subjetivo; sin embargo, por ser otro el tema de la presente disertación no profundizaremos en las diferencias existentes entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo.

A breves rasgos podemos decir que el derecho objetivo es el conjunto de normas jurídicas positivizadas o plasmadas legalmente para regular al hombre en sociedad. Por su parte el derecho subjetivo es la facultad o prerrogativa por el cual cada individuo "al actuar en el convivir social ejercita las facultades que el Derecho u ordenamiento jurídico le confiere"³⁹.

" Estamos en la esfera del derecho subjetivo o derecho-facultad cuando actuamos frente a los demás para hacer valer ciertas prerrogativas, poderes o facultades tuteladas por el ordenamiento jurídico y que podemos hacerlas vales en el convivir social.."⁴⁰, en virtud del cual cada persona "al actuar en el convivir social ejercita las facultades que el Derecho u ordenamiento jurídico le confiere", agregando que en el campo del derecho subjetivo se encuentran aquellas facultades o prerrogativas que se reconocen en las distintas normas jurídicas, a partir de la Constitución, como son, el derecho de propiedad, al honor, hasta exigir el cumplimiento de un contrato o reclamar el pago de lo debido y otras pretensiones más simples.

En conclusión los derechos sociales son parte del derecho subjetivo, los cuales pueden ser definidos como el cúmulo de prerrogativas mediante las cuales el Estado realiza una acción positiva a favor de sus ciudadanos para el correcto ejercicio de sus derechos. Consecuentemente los derechos sociales son aquellos derechos que adquirimos las personas al vivir en sociedad, es decir el derecho que tiene cada persona de ejercerlos.

³⁹ Hernán Salgado Pesantes, Introducción al Estudio del Derecho, Quito, Editora Nacional, 2002.

⁴⁰ Ibidem.

El Derecho social se originó después de una larga lucha de la clase obrera. Posteriormente de la revolución industrial en la época liberal, la clase obrera reaccionó de una forma violenta ante las instituciones del estado de esa época, al ver ésta reacción el Estado optó por adoptar medidas de protección para la clase trabajadora dejando de ser un Estado meramente observador como lo establecía el concepto liberal.

*“La intervención del Estado se orientó, en un primer momento, a satisfacer las exigencias propias del obrerismo e hizo de la protección del obrero el objeto cardinal de las nuevas Leyes; pero, luego se ha ido extendiendo a favor de otras clases de trabajadores que no son, propiamente hablando, obreros.....”*⁴¹

Entonces el Estado empezó a utilizar la ley y específicamente la ley laboral para frenar los abusos hacia los trabajadores.

Volviendo a lo establecido en el artículo 35 de la Constitución de 1998 podemos indicar que el trabajo dejó de ser un derecho y un deber social al momento que los legisladores pretendieron convertirlo en mercancía, permitiendo que se comercializara con él.

Para denotar que la ley permitía tratar al trabajo como mercancía nos basta indicar que durante la vigencia de esta forma de contratación (intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios) las empresas o compañías se constituían, de acuerdo a la Ley, teniendo como único objeto social el colocar a trabajadores al servicio de una “usuaria” a cambio de una retribución económica. Aquí podemos mencionar a las más de mil empresas que se constituyeron en aquella época con este objetivo. Desde ese preciso momento podemos observar que el trabajo dejó de ser un fin para convertirse en un medio de obtener riqueza.

Si bien la globalización y la creciente competitividad a nivel de producción mundial, han tenido como consecuencia la flexibilización en las relaciones laborales, lo cual ha traído como consecuencia nuevas formas de contratación laboral, las mismas que en algunos casos han permitido que el trabajo de una persona se haya convertido en un objeto negociable, y por tanto transable; sin embargo, ningún cambio en el orden productivo y comercial mundial puede justificar los abusos y atropellos a los derechos de los trabajadores.

⁴¹ Julio César Trujillo, Derecho del trabajo, Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Tomo I, 1986.

Pues toda persona tiene derecho a mantener un trabajo digno, con una remuneración justa y en condiciones de estabilidad.

Continuando con la constitucionalidad de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006, encontramos que resulta inconstitucional hacer una discriminación entre trabajadores directos de la empresa y trabajadores tercerizados, debido a que ambos cumplían con las mismas obligaciones y servían de la misma manera dentro de la empresa “usuaria”, entonces era su derecho tener los mismos beneficios laborales. Recordemos que tanto la Constitución vigente como la anterior prescriben dentro de sus preceptos:

“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

*3. La igualdad ante la Ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole...”.*⁴² (Lo subrayado nos pertenece).

No podemos hablar de igualdad ante la Ley, al existir una norma que permita el menoscabo de derechos a trabajadores. La Ley Reformatoria del 2006 surgió con la idea de regular la tercerización de servicios e intermediación laboral; sin embargo, en la praxis los empleadores la vieron como una posibilidad de ahorrarse gastos por concepto de beneficios laborales; y por su parte los trabajadores prefirieron trabajar en condiciones precarias a no tener ningún empleo.

2.2. Normativa que regulaba la intermediación laboral y las compañías tercerizadoras de servicios complementarios.

La normativa que regulaba la intermediación laboral y lo concerniente a las compañías tercerizadoras de servicios complementarios era en primer lugar la Ley promulgada el 23 de junio del 2006, conocida como Ley Reformatoria al Código del Trabajo mediante la cual se regulaba la actividad de la intermediación laboral y la de tercerización de servicios

⁴² Constitución Política del Ecuador 1998, Art. 23.

complementarios, la cual fue aprobada y sancionada durante el gobierno de Alfredo Palacios.

En segundo lugar teníamos el Reglamento de aplicación de la "Ley Reformatoria al Código de Trabajo mediante la cual se regula la actividad de la intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios", creada mediante Decreto Ejecutivo de 12 de octubre de 2006.

Antes de que el Congreso Nacional regulara la tercerización y la intermediación lo prescrito en la legislación ecuatoriana eran referencias vagas tanto en el Código del Trabajo como en la Constitución Política del Ecuador sobre la responsabilidad solidaria entre el empleador y otras personas a favor de quien se realice la obra o servicio; se hablaba entonces de responsabilidad solidaria en cuanto a asumir las obligaciones laborales de sus trabajadores.

Continuando con el análisis de la normativa que regulaba la Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006 hemos encontrado que esta norma establecía, que los trabajadores bajo las modalidades de intermediación laboral y de tercerización de servicios complementarios tenían los derechos laborales establecidos en distintas normas tanto de orden nacional como internacional; dentro de las nacionales tenemos la Constitución Política de la República, vigente en el año 1998; el Código del Trabajo del Ecuador, siendo ésta la norma de mayor importancia dentro del Ecuador en cuanto a materia laboral ; así mismo teníamos normas referentes a la seguridad social de los trabajadores bajo las modalidades de contratación antes referidas en la Ley de Seguridad Social, y otras Leyes aplicables; dentro del ámbito internacional tenemos a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y demás instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, los mismos que forman parte de nuestro sistema normativo por tratarse de normas de cumplimiento obligatorio para todos los países que las han ratificado o suscrito.

“Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía...”⁴³

⁴³ Constitución Política del Ecuador, 1998, art. 163.

Las normas señaladas anteriormente también eran aplicables con respecto a las obligaciones de las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios.

Además se dictó el “Reglamento para la constitución y actos societarios que realicen las compañías dedicadas a la prestación de servicios de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios, control y disolución por revocación de autorización para su funcionamiento” emitida por la Superintendencia de Compañías, organismo competente en esta materia, publicada en el Registro Oficial del 13 de septiembre de 2007 mediante el cual se regulaban, se controlaba y normaba la constitución, funcionamiento y demás actos societarios de las compañías de intermediación laboral y de tercerización de servicios complementarios, el cual procederemos a analizar a continuación:

Dentro de las reformas que introdujo este Reglamento fue el establecer que las compañías que se dedicaban a la intermediación laboral y a la tercerización de servicios complementarios lo podían hacer teniendo como único objeto social la intermediación o la tercerización; y disponiendo además que las compañías que se habían constituido antes de la promulgación del mencionado reglamento con un objeto social múltiple debían reformar sus estatutos con un objeto social único de los antes mencionados.

El Reglamento prescribía, además, que el capital requerido para la constitución de éste tipo de compañías era de diez mil dólares de los Estados Unidos de América en numerario, esto significa que únicamente podía ser aportado en dinero y no en una de las otras modalidades permitidas para la constitución de otros tipos societarios. De la misma manera indica que las compañías que fueron constituidas con anterioridad a la publicación del Reglamento debían realizar un aumento de capital para cumplir con el monto establecido. Este capital fue establecido para resguardar de alguna manera los derechos de los trabajadores en casos de incumplimiento de cualquier beneficio laboral por parte de los empleadores. Sin embargo, nos parece que era una suma insuficiente para cumplir con las obligaciones adquiridas por parte del empleador hacia sus trabajadores, ya que este tipo de compañías de tercerización o de intermediación podían tener cientos de trabajadores bajo sus órdenes.

Continuando con este tema, tenemos el artículo séptimo del Reglamento, el cual prescribía la forma como se debía dar el incremento anual de los activos de éste tipo de compañías donde se menciona lo siguiente:

“Art. 7.- Las compañías que se dediquen a la intermediación laboral, deberán incrementar anualmente el valor de sus activos, en por lo menos el veinte por ciento, hasta completar la cantidad de treinta mil dólares, en el plazo máximo de seis años; valor que deberá mantenerse y no podrá disminuirse. Los administradores, comisarios y auditores externos informarán anualmente sobre este particular...”⁴⁴

La finalidad de aumentar el capital para la constitución de la compañía y su incremento anual en los activos tenía que ver con la protección al trabajador con respecto al pago de sus salarios y otros beneficios que por Ley le correspondían, convirtiendo el capital social en una especie de garantía a favor de los trabajadores, como ya lo explicamos anteriormente.

2.3. Funcionamiento de las compañías de intermediación laboral y las compañías tercerizadoras de servicios complementarios.

Como hemos venido sosteniendo a lo largo de la presente disertación las compañías de intermediación laboral y de tercerización de servicios complementarios debían cumplir con ciertos requisitos establecidos en la Ley y en el respectivo Reglamento para su creación.

Por una parte las actividades de intermediación laboral podían ser realizadas por una persona natural o jurídica para poner a disposición de un tercero la fuerza laboral de sus trabajadores; en cuanto a ser realizada por personas naturales existían únicamente dos casos: el primero cuando se trate de agricultores y el segundo de constructores. Sin embargo, ya en la aplicación de esta norma se pudo ver que muchas personas utilizaron estas dos excepciones legales para modificar a su conveniencia lo prescrito por la Ley, al poner testaferros para que actúen como personas naturales encargados de la administración del negocio cuando en realidad detrás de ellos estaba una compañía.

Por otra parte, la tercerización de servicios complementarios podía ser ejecutada exclusivamente por una persona jurídica con su propio personal para la realización de

⁴⁴ Reglamento para la constitución y actos societarios que realicen las compañías dedicadas a la prestación de servicios de intermediación laboral y tercerización de servicios complementario, control y disolución por revocación de autorización para su funcionamiento, Ecuador, R.O. 13 de septiembre de 2007, Art. 7

actividades complementarias del proceso productivo de la “usuaria”. Dentro de las actividades de servicios complementarios teníamos las de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y demás similares.

Ambas compañías necesitaban contar con la autorización del, en esa época, Ministerio de Trabajo y Empleo, a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos, y sus dependencias regionales. Como lo establecía la Ley Reformatoria del 2006 al Código del Trabajo:

*“El Ministerio de Trabajo y Empleo a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos y sus dependencias regionales competentes, es la entidad encargada de autorizar el funcionamiento de las empresas que se constituyan con el objeto único y exclusivo de dedicarse a la intermediación laboral o a la tercerización de servicios complementarios, encargándose de su control y vigilancia permanente a las Direcciones Regionales de Trabajo, las que organizarán y tendrán bajo su responsabilidad los registros de compañías de intermediación laboral y de compañías de tercerización de servicios complementarios, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Compañías..”*⁴⁵

Como fue expuesto, las actividades de intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios se encontraban reguladas en la normativa ecuatoriana; sin embargo, existían algunos vacíos legales lo cual permitió la coexistencia de empresas intermediarias y de tercerización informales o no sometidas a las regulaciones legales “ *provoca (ndo) graves distorsiones en la aplicación de la intermediación, puesto que inescrupulosamente han montado un entramado donde cobrar tanto a empleadores cuanto a trabajadores, sin importar la calidad del servicio que prestan , ni la calificación de los trabajadores, ni las remuneraciones que se les paga, las cuales en la inmensa mayoría de casos son inferiores a las fijadas como mínimo para el trabajador en general y pocos son los que cobran las remuneraciones mínimas de acuerdo a su categoría ocupacional, afectando directamente a un derecho esencial de los trabajadores”*⁴⁶

Uno de los artículos que, a nuestro juicio, causó mayor perjuicio a los trabajadores fue el que estableció dentro de las modalidades de contratación en la intermediación laboral la

⁴⁵ Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, Ecuador, 2006, Art.3.

⁴⁶ Andrés Páez. Intermediación laboral, tercerización de servicios y colocación de personal: análisis jurídico de la legislación ecuatoriana. Quito. Editorial Che. 2006. Pág. 75.

posibilidad de celebrar cualquier tipo de contrato de trabajo entre la empresa intermediadora y el trabajador intermediado. La única excepción eran los contratos a tiempo indefinido, los cuales no eran permitidos en esta modalidad. Por su parte, sobre la tercerización nos se establecía que tipos de contratos podían ser celebrados con los trabajadores.

Recordemos en este punto que por su propia naturaleza los contratos de intermediación debían ser temporales, pues la temporalidad es uno de los supuestos principales dentro de este tipo de contratación.

Segundo, al tener la prerrogativa de celebrar contratos a plazo fijo con los trabajadores tercerizados o intermediarios surgió la posibilidad de que las empresas tercerizadoras o intermediarias hagan rotar a los trabajadores por varias empresas antes de cumplir el año de trabajo; con la única finalidad de evitar cumplir con obligaciones laborales tales como: pagos de fondos de reserva, vacaciones, pues estos son derechos que se obtienen al momento de cumplir cierto tiempo determinado en la ley con el mismo empleador; así como también con sus derechos colectivos dentro de los cuales tenemos el derecho a formar una organización profesional y a la negociación colectiva.

Entonces, más allá de la intención del legislador del año 2006 podemos determinar que si bien por una parte, el trabajador tenía regulada su situación laboral; por otra, estaba siendo objeto de abusos en contra de sus derechos que había logrado que le sean reconocidos después de varios años de luchas en contra de la opresión de los empleadores. Por su lado el sector conformado por los empleadores continuaba en su búsqueda de hallar un mecanismo legal que les permitiera no contratar directamente a sus trabajadores, para aumentar sus ganancias y evadir los gastos patronales.

A nuestro parecer es impensable que situaciones que pueden resultar conflictivas se encuentren debidamente reguladas por la normativa ecuatoriana; si embargo, existen casos de abusos o de vulneración de derechos, como es el caso puntual de la intermediación laboral, la cual no debía ser normada sino prohibida.

A continuación procederemos a citar algunas de las estadísticas sobre la intermediación laboral y la tercerización de servicios, mismas que nos ayudarán a tener un mejor

entendimiento sobre el funcionamiento de este tipo de contratación en el Ecuador mientras se encontró vigente.

Según datos proporcionados por Antonio Gagliardo, ex Ministro de Trabajo y Empleo (ahora Ministerio de Relaciones Laborales), informó que hasta finales de abril del 2008 existían en el Ecuador un total de 1.094 empresas de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios, constituidas legalmente y debidamente registradas ante su dependencia; indicó además que habían un total de 636 empresas de Tercerización de Servicios Complementarios y 458 de Intermediación Laboral. Siendo, según los datos proporcionados por el ex Ministro, la provincia de Pichincha donde se encontraba el mayor número de empresas autorizadas para la Tercerización de Servicios y la provincia de Guayas donde existía el mayor número de compañías de Intermediación Laboral. (Ver anexo 1)

Un alto porcentaje de empresas de intermediación laboral y de tercerización de servicios eran fantasmas; es decir, no constaban con las autorizaciones establecidas legalmente para la realización de este tipo de actividades, también existían casos de empresas vinculadas entre sí, todo esto se dio como una forma fraudulenta de evadir impuestos, pagos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y pagar utilidades a sus trabajadores.

Con empresas vinculadas nos referimos a compañías en las cuales sus socios o accionistas compartan los mismos intereses pudiendo ser estos de orden económico, societario, administrativo o financiero.

De las cifras anteriores podemos denotar que existían un gran número de empresas que preferían contratar a sus trabajadores bajo esta modalidad; sin embargo, el principal problema era que en la mayoría de los casos este tipo de contratación, vigente en el Ecuador hasta el Mandato Constituyente Número Ocho, sirvió para vulnerar y menoscabar los derechos de los trabajadores.

Para un mejor entendimiento tomemos como ejemplo el caso de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones -CNT-, en esa época Andinatel S.A., la cual siendo una empresa de naturaleza mixta con aportaciones del Estado, optó por contratar a gran parte de sus trabajadores mediante la tercerizadora Best People S.A.; recordemos que la Ley Reformativa al Código del Trabajo del año 2006 prescribía que la tercerización de

servicios complementarios, como su nombre lo dice, se daba cuando una compañía ponía a disposición de una “usuaria” la fuerza laboral de sus trabajadores para la realización de actividades complementarias al giro ordinario de la empresa. Siendo precisamente la realización de actividades complementarias la parte fundamental de la norma. Sin embargo, Andinatel contrató a un amplio número de sus nuevos trabajadores mediante esta modalidad, liberándose así de cualquier derecho generado por el vínculo laboral que le podía unir a estos trabajadores; dándoles un trato distinto al resto del personal que laboraba con un contrato de trabajo con Andinatel S.A., pues todos trabajaban para la misma empresa, realizaban el mismo trabajo, y tenían las mismas obligaciones que los trabajadores tercerizados; la única diferencia era que los trabajadores directos de Andinatel tenían un vínculo laboral con la compañía. Varios de estos casos los encontramos plasmados en juicios seguidos por ex trabajadores de Andinatel en contra de BEST PEOPLE S.A., y solidariamente en contra de ANDINATEL S.A. (Ver anexo 2)

Así mismo tenemos otros ejemplos donde el Estado contrató a varios de sus trabajadores bajo el nombre de “empleados tercerizados”, sin embargo realizaban trabajos que eran propios del giro ordinario de la empresa contratante. Podemos mencionar entre estos al Servicio de Rentas Internas, Petroecuador, Agencia de Garantía de Depósitos, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Correos del Ecuador, entre otros.

Pero el sector público no fue el único beneficiado por la intermediación laboral y la tercerización de servicios; podemos mencionar aquí a grandes empresas del sector privado como Porta Celular, Industrias Ales, Marathon Sport, Azucarera San Carlos, Holcim, Novartis Ecuador S.A., Grupo Noboa, Constructora Andrade Gutiérrez, Pronaca, Hotel Colón Internacional, Cervecería Andina, Alpina, Conservas Isabel, entre otras.

Los antecedentes anteriores fueron determinantes para que la Asamblea Constituyente, dentro de las sustanciales reformas legales que decidió hacer considerara además la eliminación de toda forma de precarización de la relación laboral, dentro de lo cual identificó a la intermediación laboral, a la tercerización de servicios complementarios y a la contratación por horas, tema que analizaremos a profundidad en el siguiente capítulo.

2.4. Modalidades de trabajo a las que se sometían los trabajadores en éste tipo de compañías.

La Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006 establecía ciertos requisitos y características que debían cumplirse para constituir una compañía que podía realizar intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios, a continuación procederemos a enumerarlos para posteriormente pormenorizar los tipos de contratos que se daban en éste tipo de contratación.

2.4.1. Modalidades de contratación en la intermediación laboral.

La Ley Reformatoria del año 2006 prescribía que las actividades de intermediación laboral podían ser realizadas tanto por personas naturales como jurídicas; las personas naturales lo podían hacer únicamente en los dos casos excepcionales señalados anteriormente.

Así mismo la Ley establecía que en la intermediación laboral se tenían que celebrar dos contratos; por una parte entre la intermediaria y la usuaria, un contrato mercantil de intermediación laboral, y por otra, entre la intermediaria y los trabajadores, un contrato de trabajo.

Primero cabe analizar si se podía celebrar un contrato mercantil entre la usuaria y la intermediaria.

Al hablar de un contrato mercantil nos referimos a un acuerdo celebrado entre comerciantes, en los términos establecidos en el artículo 1 del Código de Comercio.

“Son comerciantes para los efectos de este Código:

Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código...”⁴⁷.

Pero para que se configure un contrato mercantil en los términos antes señalados, el objeto de la transacción debe ser una mercancía; sin embargo, debemos recordar y aclarar que el trabajo nunca puede ser considerado como una mercancía. Luego, el trabajo no es

⁴⁷ Código de Comercio, Ecuador, Art. 1.

transferible lo que si puede ser sujeto de transacción, es la fuerza laboral de los trabajadores, más no el trabajo per sé.

A nuestro parecer lejos de estar hablando de un contrato mercantil estaríamos hablando de un contrato civil entre dos personas jurídicas en el cual una de las partes obtiene un beneficio económico por poner la fuerza laboral de sus trabajadores al servicio de la usuaria, y por su parte la usuaria a cambio de su retribución económica recibe la fuerza laboral necesaria en su negocio.

Continuando con lo establecido en la Ley Reformatoria del año 2006, en este contrato entre la usuaria y la intermediadora, la usuaria debía especificar los servicios requeridos con determinación de categorías ocupacionales, perfiles, el número de plazas de trabajo, plazo de duración del servicio, entre otros requisitos similares. Se establecía además que el contrato debía ser celebrado por escrito.

La Ley también prescribía que en el contrato debía constar su plazo de duración o vigencia, el cual era decisión de las partes; sin embargo, éste plazo era de fundamental importancia pues el contrato entre los trabajadores y la usuaria se veía supeditado al estipulado en el contrato mercantil.

Otra parte importante del contrato mercantil era que la usuaria debía garantizar a la intermediaria el pago por los servicios de intermediación laboral, la Ley menciona “...a la usuaria que cuenta con autorización de funcionamiento vigente”⁴⁸.

Se debía realizar una declaración juramentada ante Notario Público donde constaba que no había vinculación entre la usuaria y la intermediaria. Este requisito se solicitaba con la finalidad de evitar la vinculación entre la empresa usuaria y la intermediaria en los términos que explicamos anteriormente en este mismo capítulo.

Igualmente la Ley prohibía que la intermediaria otorgue créditos a la usuaria. Al respecto Andrés Páez nos menciona lo siguiente:

⁴⁸ Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, Ecuador, Art. 14, 2006.

“Se lo hace, porque en el sector público algunas entidades han optado por solicitar estos créditos o pretender que el servicio de intermediación implique una suerte de financiamiento, lo cual expone un singular riesgo a la intermediaria....”⁴⁹.

Como habíamos señalado anteriormente además del contrato mercantil entre la usuaria y la intermediadora se debía firmar un contrato de trabajo en los términos del Código del Trabajo entre la intermediadora y sus trabajadores.

Este contrato debía ser por escrito y cumpliendo con los requisitos mínimos establecidos en la normativa correspondiente, el plazo de duración del contrato como ya habíamos señalado antes estaba vinculado al contrato mercantil *“...a menos que las partes acordaren un plazo diferente...”⁵⁰.*

Más adelante en el mismo artículo decía que *“...deberá efectuarse bajo cualquiera de las modalidades previstas en el Código del Trabajo...”⁵¹.* Por tanto, el contrato podía ser realizado bajo las modalidades de: contrato a plazo fijo, contratos a prueba, de obra cierta, eventuales, ocasionales y de temporada, e inclusive mediante contratos por horas. Siendo la única excepción los contratos por tiempo indefinido.

Por otra parte, la ley establecía que se podían intermediar todas las actividades de la usuaria:

“Art.... (8).- Se podrá recurrir a la intermediación laboral, para todas las actividades de la usuaria, bajo las modalidades de contratación a plazo fijo, ocasional, eventual, por horas y demás contratos precarios...”⁵².

Entonces, si bien en la tercerización de servicios complementarios el legislador había prescrito que podía ser únicamente para actividades complementarias y había prescrito, también, algunos servicios a manera de ejemplos; en lo referente a la intermediación laboral

⁴⁹ Andrés Páez. Intermediación laboral, tercerización de servicios y colocación de personal: análisis jurídico de la legislación ecuatoriana. Quito. Editorial Che. 2006. Pág. 133.

⁵⁰ Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, Ecuador. Art. 7.2006.

⁵¹ *Ibídem*.

⁵² Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, Ecuador. Art. 8. 2006.

el legislador del 2006 dejó a discreción de la empresa usuaria las actividades para las cuales podía contratar al personal intermediado y aún más señalando que lo podía hacer bajo cualquier modalidad de contratación.

Con todo esto el legislador estaba arrebatando de las manos a los trabajadores su estabilidad laboral, derecho por el cual había luchado tanto, consecuentemente con la inestabilidad también se estaba vulnerando el derecho a formar organizaciones profesionales y a la negociación colectiva.

A manera de un artículo residual se señala que a los trabajadores intermediados les serán inherentes todos los derechos de los trabajadores establecidos en la normativa pertinente; sin embargo, a pesar de esta norma resulta perfectamente claro que los derechos de los trabajadores intermediados fueron menoscabados, por decir lo menos, con respecto a los derechos de los trabajadores en general.

A continuación procederemos a realizar una síntesis del funcionamiento de las compañías intermediadoras:

La usuaria pagaba a la compañía intermediaria un valor económico por la prestación de su servicio de intermediación y además le entregaba el dinero correspondiente para que ésta a su vez cancele la remuneración del trabajador intermediado. Sin embargo, en la práctica la intermediaria cobraba un porcentaje al trabajador por la intermediación (esta figura se encontraba prohibida en la Ley pues expresamente se establecía que la intermediaria no podía cobrar ningún valor al trabajador).

La Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006 pretendió dar cierta protección al trabajador por lo que impuso algunas obligaciones en las cuales la empresa intermediaria era solidariamente responsable con la usuaria, tales como el pago de fondos de reserva y utilidades. Es decir, en primera instancia la responsable de pagar los beneficios sociales a sus trabajadores y la responsable patronal era la usuaria, pero no mantenía una relación laboral con los trabajadores. Pero a falta del cumplimiento de sus obligaciones era solidariamente responsable la empresa usuaria con la intermediadora.

Además en la Ley se prohibía la posibilidad de la rotación de los trabajadores entre empresas usuarias vinculadas o entre empresas usuarias de la misma intermediadora.

2.4.2. Modalidades de contratación en la tercerización de servicios complementarios.

Por su parte para el funcionamiento de las compañías de tercerización de servicios complementarios se estableció un capital de diez mil dólares para su constitución y la autorización del Ministerio de Trabajo, esto al igual que para la intermediación laboral, autorización que tenía el plazo de un año cuando era obtenida por primera vez, de cinco años más en la primera renovación, y por tiempo indefinido en su segunda renovación.

De igual manera que en la intermediación laboral debían celebrarse dos contratos: uno mercantil y el otro de trabajo.

Empezaremos hablando del contrato mercantil, como habíamos mencionado en párrafos anteriores sería más conveniente hablar de un contrato civil y no mercantil por la naturaleza misma del trabajo.

En la Ley se estableció que el contrato entre la tercerizadora y la usuaria era de orden mercantil y no laboral; además señalaba que debía constar en el contrato de tercerización de servicios complementarios la actividad complementaria en el cual iba a prestar sus servicios la compañía tercerizadora.

Con actividad complementaria se entendería aquella que sea distinta a las labores propias del proceso productivo de la empresa o compañía; es decir, que si bien sirve para su productividad no es el eje central para la producción de la usuaria, entonces la tercerización permite concentrarse o emplear todo el esfuerzo en la actividad que sea el giro u objeto principal de la empresa. Claro que definir específicamente cual es el alcance del giro ordinario de una compañía no es una tarea fácil, es aquí donde se debía emplear la sana crítica por el responsable de aplicar la norma.

Por otra parte, la Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006 no establecía que se tenga que firmar un contrato de trabajo entre la compañía tercerizadora y los trabajadores de la misma; sin embargo, al aplicar las normas del Código del Trabajo es obligatorio el celebrar un contrato.

Las modalidades de contratación que se podían presentar en la tercerización de servicios complementarios serían todas las prescritas en el Código del Trabajo al no encontrarse

ninguna norma que las regule. Estaríamos en el mismo problema que en el caso anterior pues así mismo se podrían celebrar contratos precarios.

A diferencia de la intermediación el plazo del contrato de trabajo de tercerización de servicios complementarios no está supeditado por el contrato mercantil y el trabajador tercerizado podía pasar a formar parte de la compañía usuaria para la cual había prestado sus servicios.

Finalmente dentro de las modalidades de contratación en la intermediación laboral encontramos que al igual que en la intermediación la tercerizadora tenía expresamente prohibido el cobrar una comisión a los trabajadores por su reclutamiento en la empresa usuaria.

CAPÍTULO TERCERO

3. MANDATO CONSTITUYENTE NÚMERO OCHO Y SUS REFORMAS

En este capítulo se pretende hacer un análisis detallado de los fundamentos utilizados por los asambleístas para expedir el Mandato Constituyente Número Ocho, así como de sus consideraciones generales.

3.1. Estudio del Mandato Constituyente Ocho y sus implicaciones.

El Mandato Constituyente Número Ocho fue aprobado por el pleno de la Asamblea Nacional Constituyente el día 30 de abril del 2008, y mediante éste se eliminó la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y el sistema de contratación laboral por horas, mismos que se encontraban regulados por la Ley Reformatoria al Código del Trabajo vigente desde el año 2006, ya estudiada en capítulos anteriores.

Desde la publicación en el Registro Oficial del mencionado Mandato se eliminan formalmente las compañías intermediadoras y tercerizadoras; sin embargo, dentro del mismo Mandato se crea una nueva forma de contratación con el nombre de actividades complementarias, dedicadas exclusivamente a servicios de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza.

Los alcances de las reformas realizadas por el Mandato Constituyente Número Ocho fueron variados, afectando a diversos sectores de la población ecuatoriana. Tanto los trabajadores como los empleadores estaban temerosos frente a un nuevo marco legal que regule las actividades de contratación de este tipo.

3.1.1. Consideraciones Generales.

Para empezar el estudio del Mandato Constituyente Número Ocho nos parece importante recordar que este Mandato surgió primero como promesa de campaña del entonces candidato a Presidente de la República economista Rafael Correa Delgado.

Una vez ganadas las elecciones para Presidente del Ecuador, el economista Correa convoca, el 15 de abril de 2007, a consulta popular en la cual se somete a votación el

“Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente”. Más del 80% de los ecuatorianos aprobaron el texto del estatuto así como autorizaron la instalación de la Asamblea Constituyente con plenos poderes. El nuevo texto constitucional debía ser sometido a referéndum aprobatorio por el pueblo ecuatoriano.

Con fecha 30 de septiembre del mismo año se eligió a ciento treinta asambleístas para cumplir con las funciones encargadas por el mandato popular, pero la Asamblea Nacional Constituyente electa no solo redactó una nueva Constitución sino que además dictó una serie de Mandatos que reformaron el ordenamiento jurídico del país. Dentro de estos Mandatos tenemos al Número Ocho objeto de estudio de la presente disertación.

A continuación procederemos a citar a la doctora Graciela Monesterolo, quien sobre éste tema nos enseña que:

“Por medio del mandato constituyente Número Ocho,..., se derogó y prohibió la intermediación laboral, la tercerización de servicios complementarios, la contratación por horas, así como cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo;.... Y en su lugar se establecieron las empresas prestadoras de servicios complementarios, que en la práctica resultaron las mismas con cambio de denominación...”⁵³

En consecuencia, el Mandato Constituyente Número Ocho perseguía dos objetivos bien definidos: el primero, era la eliminación de la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral, contratación por horas y en general de toda forma de precarización de la relación laboral, entendida en los términos del Capítulo uno de la presente disertación. El segundo objetivo fue el permitir a los empleadores tener un nuevo mecanismo para no contratar directamente a sus trabajadores que prestaban servicios complementarios, subsistiendo de alguna forma la figura de la tercerización de servicios complementarios pero con un nuevo nombre como lo analizaremos más adelante.

3.1.2. Análisis de la constitucionalidad del texto del Mandato Constituyente Número Ocho.

⁵³ Graciela Monesterolo. Instituciones del Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas. Quito. Segunda edición. Corporación de estudios publicaciones.2009. Pág.119 y 120.

En primer lugar procederemos a analizar si el órgano que expidió los mandatos constituyentes estaba facultado para hacerlo, para esto es necesario realizar una pequeña síntesis de los antecedentes de su creación.

El Mandato Constituyente Número Ocho, al igual que el resto de mandatos, fue expedido, como tengo dicho, por la Asamblea Constituyente la cual fue electa por el pueblo ecuatoriano mediante consulta popular otorgándole dos facultades, detalladas en el Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente:

- a) Elaborar un proyecto de Constitución Política;
- b) Formular un proyecto para transformar el marco institucional del Estado, respetando los derechos fundamentales.

En la doctrina, la Asamblea Constituyente es un órgano convocado por un pueblo soberano, el cual le otorga la facultad para crear o modificar la normativa de un Estado mediante la figura de una Carta Magna. En el caso del Ecuador el pueblo ecuatoriano le otorgó a la Asamblea Constituyente plenos poderes para modificar el ordenamiento jurídico del país.

El titular del poder constituyente es el pueblo, pues recordemos que la soberanía radica en el pueblo.

Para el jurista español Javier Pérez Royo:

“El poder constituyente es, pues, el instrumento a través del cual la nación decide organizarse políticamente y ordenarse jurídicamente, reclamando para sí misma la posición de centro de poder originario, autónomo e incondicionado. Por eso, si ella pone límites a los poderes constituidos, es imposible ponérselos a ella.”⁵⁴

En éste punto debemos recordar que el poder constituyente puede ser clasificado en dos dimensiones:

⁵⁴ Javier Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales. 2005. p.117.

Poder Constituyente Originario.- Es el acto mediante el cual el pueblo soberano por una sola vez decide de manera mayoritaria, pero no necesariamente unánime, regular sus relaciones y funcionamiento como Nación. Dentro de sus poderes se encuentra la facultad de crear una nueva constitución así como de reformarla.

Para entender mejor éste concepto procederemos a citar al doctor Javier Pérez:

“El poder constituyente es, pues, el instrumento a través del cual la nación decide organizarse políticamente y ordenarse jurídicamente, reclamando para si misma la posición de centro de poder originario, autónomo e incondicionado. Por eso, si ella pone límites a los poderes constituidos, es imposible ponérselos a ella.”⁵⁵

Poder Constituyente Derivado.- Esté poder constituyente surge cuando el Estado ya ha sido organizado jurídicamente por primera vez, y lo ejerce por delegación un grupo de individuos elegidos por el pueblo para que modifique su Carta Magna.

En el caso ecuatoriano, la anterior Constitución hacía mención al poder constituyente derivado y prescribía tanto la facultad de convocatoria, por el Congreso Nacional hoy Asamblea Nacional, como el procedimiento para cualquier reforma en el texto constitucional.

Según el doctor Rafael Oyarte el limitante de éste poder es su potestad para reformar únicamente la Constitución vigente más no para crear una nueva. A pesar de que otros estudiosos difieran de esta postura, nos parece la más acertada.

“... En definitiva, la capacidad del poder constituyente derivado se limita a reformar la Constitución, y lo hace en la forma y a través de los procedimientos señalados por el Código Político”⁵⁶

Después de la anterior explicación sobre el poder constituyente empezaremos con una breve síntesis de lo sucedido previo a la instalación de la Asamblea Constituyente.

El 15 de enero de 2007, el Presidente de la República, economista Rafael Correa, mediante Decreto Ejecutivo, y amparado en el Art. 104 numeral 2 de la Constitución Política de la

⁵⁵ Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p.117.

⁵⁶Oyarte Martínez Rafael, El Poder Constituyente Derivado. Internet. http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2569. Acceso: 30/072010.

República de 1998, vigente en esa época, convocó al pueblo ecuatoriano a consulta popular para instalar una Asamblea Nacional Constituyente con plenos poderes para reformar profundamente al Estado. Una de las atribuciones del Presidente, de conformidad con lo prescrito en el Art. 171 numeral 6 era “... convocar a consultas populares de acuerdo con lo preceptuado en la Constitución...”.

Entonces la Constitución de 2008 preveía la posibilidad de convocar a consulta popular para reformar el texto constitucional, además el Presidente podía presentar su proyecto de reforma constitucional ante el legislativo; sin embargo, se establecía el denominado “candado constitucional” según el cual para reformas constitucionales debía transcurrir un año entre el primero y el segundo debate.

El artículo 283 de la Constitución de 1998 prescribía que el Congreso Nacional podía calificar como urgente el texto de reforma constitucional enviado por el Presidente de la República para ser aprobado posteriormente por el pueblo ecuatoriano.

Finalmente el Presidente de la República Rafael Correa fundamentó su petición en el siguiente artículo constitucional:

“Art. 104.- El Presidente de la República podrá convocar a consulta popular en los siguientes casos:

2. Cuando, a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas de las previstas en el número anterior”⁵⁷.

Si bien la Constitución de ese entonces no tenía ningún artículo que preveía explícitamente la posibilidad de expedir una nueva constitución, se utilizó el artículo del párrafo anterior interpretando que el Primer Mandatario tenía la facultad de llamar a consulta popular para transformar el marco institucional existente a través de la Asamblea Constituyente, siendo éste un asunto de trascendental importancia para el país.

De ésta manera no necesitaba esperar por la aprobación parlamentaria y sucesiva sanción presidencial.

Posteriormente el Tribunal Supremo Electoral, como se llamaba en esa época, el 24 de enero de 2007, remite el expediente de solicitud de consulta popular al Congreso Nacional.

⁵⁷ Constitución Política del Ecuador, Art. 104. 1998.

El 12 de febrero del mismo año el Legislativo califica de urgente la solicitud del Presidente de la República, a finales del mismo mes se codifica el Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

El 2 de marzo de 2007 el Congreso Nacional demanda la inconstitucionalidad de la convocatoria a consulta popular del Tribunal Supremo Electoral-TSE-, la cual fue desechada por el Tribunal Constitucional.

El TSE oficializó la convocatoria a consulta popular para el 15 de abril de 2007; los resultados del 81.72% por el sí, fueron proclamados el 23 de abril de 2007. Acto seguido se realiza la convocatoria para Asambleístas en el cual ganan mayoritariamente los postulantes del partido político del Presidente de la República.

Como mencionamos anteriormente el Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente aprobado por el pueblo ecuatoriano otorgó a éste órgano plenos poderes. En su primer artículo, prescribe lo siguiente:

“La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una Nueva Constitución.....”⁵⁸.

Precisamente fundamentados en los plenos poderes otorgados por el pueblo ecuatoriano a sus asambleístas se expide el Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente el cual no fue aprobado por los ecuatorianos. Entonces cabe analizar cuál es el alcance de los plenos poderes conferidos a la Asamblea Constituyente.

La palabra *“plenos”* puede ser entendida como colmados, atiborrados, saturados y la palabra *“poderes”* tiene sinónimos tales como: jurisdicciones, dominios, potestades, imperios.⁵⁹ Entonces podemos decir que el pueblo ecuatoriano revistió o colmó a los asambleístas de potestades. En éste punto nos parece interesante citar uno de las consideraciones del Pleno del Tribunal con respecto al alcance de los plenos poderes:

“que los plenos poderes de que está investido el órgano extraordinario del poder constituyente originario para elaborar una Constitución, se entiendan como facultad o atribución para designar funcionarios, juzgar a las personas o dictar leyes, en razón de que tal proceder resultaría arbitrario y concentrador de poder... Del mismo modo, la pretensión de formular la norma constitucional y

⁵⁸ Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, Ecuador, Art. 1.

⁵⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22da. Edición, España.

directamente aplicarla, pretender ejercer atribuciones que son del poder constituido o del poder que está por constituirse resulta arbitrario, tornando cuestionable el accionar del constituyente...volviendo su actuación mediática e interesada al abrir la posibilidad de aplicar por sí y ante sí el poder que ha constituido, sin división de poderes y sin los demás mecanismos de control propios de los poderes democráticos constituidos; convirtiendo al constituyente en Juez y parte, cuando su accionar debe ser desinteresado e independiente.”⁶⁰

Con el Mandato Constituyente Número Uno, expedido el 29 de noviembre de 2007, la Asamblea Constituyente asumió por sí misma facultades para la expedición de mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones, otorgándoles la categoría de jerárquicamente superiores frente al resto de normas que conformaban el ordenamiento jurídico del Ecuador, añadiendo además que no eran susceptibles ni de control ni de impugnación. El texto de éste Mandato va más allá, al mencionar que las autoridades jurisdiccionales y funcionarios que se opongan a esta norma serían sancionados con su destitución mediante acción legal correspondiente.

Como podemos dilucidar este Mandato en primer lugar, otorgó a los asambleístas un cúmulo de competencias que sobre limitaba lo encargado por el soberano, recordemos que el mandato constitucional en un principio era únicamente para crear una nueva Constitución Política del Ecuador. Y en segundo lugar lo prescrito en el Mandato Constituyente Número Uno contraría a los preceptos establecidos en un estado de derecho al instaurar que la normativa expedida por la Asamblea Constituyente no era sujeto de impugnación ni de control alguno.

Otra norma esencial para las facultades de los asambleístas de Montecristi fue el Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, el cual establecía que:

“La Asamblea Constituyente representa la soberanía popular que radica en el pueblo ecuatoriano, y que por su propia naturaleza está dotada de plenos poderes”⁶¹.

Siguiendo con el Reglamento de Funcionamiento tenemos que la Asamblea Constituyente tiene la prerrogativa de aprobar *“mandatos constituyentes, decisiones y normas, para el ejercicio de sus plenos poderes”⁶²*; con respecto al tema que nos concierne prescribe que:

⁶⁰ Consideración décimo primera, Resolución No. 0008-07-TC

⁶¹ Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, Ecuador, 2007, Art. 1.

⁶² Mandato Constituyente No.08, Ecuador, Consideraciones, inciso segundo.

“Art. 2.- En el ejercicio de sus poderes, la Asamblea Constituyente aprobará:

2. Mandatos Constituyentes: Decisiones y normas que expida la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes. Estos Mandatos tendrán efecto inmediato, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo...”⁶³

Continuando con el análisis del Estatuto tenemos que:

“La transformación del marco institucional del Estado y la nueva constitución sólo entrarán en vigencia con la aprobación en Referéndum de la Nueva Constitución”⁶⁴.

Al leer éste inciso podemos observar que la intención era que el pueblo ecuatoriano apruebe la nueva Constitución mediante referéndum y que los Mandatos y demás normas que impliquen transformación del marco institucional del país se entenderían también ratificadas con la sola aprobación del texto constitucional. De la misma manera el pleno de la Asamblea promulgó en el Mandato Constituyente Número Veintitrés, el 31 de octubre de 2008, el cual menciona que:

“Los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente están en plena vigencia, para su reforma se adoptará el procedimiento previsto en la Constitución de la República del Ecuador para las Leyes orgánicas”⁶⁵

Con respecto a la validez de los mandatos y demás reformas al marco institucional de nuestro país, entre ellos el Mandato Constituyente Número Ocho, existen diversas posturas; Por un lado se afirma que el pueblo ecuatoriano al haber entregado a la Asamblea, poder constituyente le estaba entregando todo el cúmulo de facultades del poder legislativo, pues al poder expedir una nueva Carta Magna, podían hacer lo propio con normas jerárquicamente inferiores tales como leyes o los denominados mandatos.

Por otra parte están quienes afirman que lo actuado por la Asamblea Constituyente extra limita las facultades otorgadas por el pueblo ecuatoriano, al expedir mandatos que reformaron drásticamente el régimen legal del país; así mismo al declarar concluidos los

⁶³ Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, 2007, Art. 2.

⁶⁴ Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, Art. 1, inciso final.

⁶⁵ Mandato Constituyente No.23, disposición general única.

periodos de ciertos funcionarios públicos y al asumir las funciones y atribuciones del legislativo.

A nuestro parecer una solución ecléctica sería lo más favorable; pues los Asambleaístas al estar investidos de plenos poderes tenían la capacidad de reformar el marco legal del Ecuador, y para esta función a más de expedir la nueva Constitución necesitaban proclamar nuevas leyes, bajo el nombre de mandatos. Pero también es cierto que no estaba dentro de sus facultades el declarar concluidos los periodos para los cuales fueron nombrados el Contralor General del Estado, Procurador General del Estado, Ministro Fiscal General, Defensor del Pueblo y Superintendentes. Finalmente, a nuestro parecer los Mandatos después del referéndum aprobatorio fueron convalidados por el voto favorable del mandante o pueblo ecuatoriano. Entonces, a partir del sufragio en el referéndum los Mandatos, y demás normas legales empiezan a tener efecto vinculante, con efecto retroactivo.

En ésta parte cabe analizar si este carácter vinculante tiene efecto de retroactividad. Para esto debemos aplicar uno de los principios vectores del derecho laboral: *in dubio pro-operario* o a favor del trabajador. Siguiendo éste principio podemos afirmar que la aplicación del Mandato Constituyente Número Ocho, en particular, es de carácter retroactivo a su fecha de expedición, por lo tanto en el lapso de tiempo en el que se lo promulgó y se dio el referéndum aprobatorio se encontraba en plena vigencia y estaba investido de total valor legal. Entonces, los contratos celebrados durante el lapso de promulgación del mandato que nos compete y de convalidación mediante referéndum, por el principio de retroactividad, seguridad jurídica y buena fe no pueden ser anulados en lo posterior.

3.1.3. Análisis de la legitimidad y de la necesidad del texto del Mandato Constituyente Número Ocho.

A continuación procederemos a realizar un análisis sobre la legitimidad y la necesidad del Mandato Constituyente Número Ocho.

En primer lugar es importante definir lo que se entiende por legitimidad; la legitimidad tiene que ver con lo que se encuentra de acuerdo a la razón y a la justicia. Algo que sea legítimo no necesariamente debe ser legal (apegado a la Ley), pues no son sinónimos. Entonces podemos decir consecuentemente que la legitimidad es el efecto de la necesidad de la aplicación de una norma.

En segundo lugar, una norma es necesaria cuando debido a cambios en la sociedad, nuevas conductas empiezan a presentarse y practicarse sin tener un marco legal que las regule. También se puede considerar como necesaria cuando, si bien existe una normativa legal que la regule, ésta es inaplicable o anacrónica.

Empezaremos entonces por la legitimidad. Como explicamos en páginas anteriores es discutible la legalidad de la expedición de los mandatos constitucionales, pues para su promulgación se inobservaron normas legales vigentes en esa época, tales como los artículos de la Constitución los cuales prescribían un procedimiento determinado para reformar la Carta Magna y ninguno específico para redactar una nueva.

Pero en el momento en que el pueblo ecuatoriano, haciendo uso de su soberanía, aprobó mediante referéndum la Constitución redactada por los asambleístas de Montecristi otorgó legitimidad a todos los actos legislativos de los mandatarios, ratificándolos en todas sus partes. Por lo tanto, podemos asegurar con firmeza que el Mandato Constituyente Número Ocho es legítimo.

Ahora procederemos a analizar la necesidad de la expedición del Mandato de nuestro estudio.

Antes de la promulgación del Mandato Número Ocho en Ecuador existían varias empresas que optaron por asumir la contratación de sus trabajadores mediante la tercerización de servicios complementarios o intermediación laboral, algunas sin sujetarse a la normativa legal vigente, o peor aún adaptando las leyes existentes a sus necesidades y, dando como resultado el menoscabo de los derechos de los trabajadores.

Ahora bien, es necesario identificar porque los Asambleístas por un lado eliminan la tercerización de servicios complementarios, y por otra parte, permiten la celebración de contratos *“... con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria”*⁶⁶, si ambas figuras parecen bastante similares.

⁶⁶ Mandato Constituyente Número Ocho, Art. 3.

El constituyente, inteligentemente, decidió eliminar la intermediación, la tercerización y la contratación por horas por ser estos nombres, a nuestro parecer, asociados por la ciudadanía como provenientes de instituciones que sirvieron para menoscabar los derechos de los trabajadores. Pero por otro lado era necesario permitir a los empleadores mantener alguna modalidad de trabajo con la cual pudieran, legalmente, contratar servicios complementarios a la actividad de su compañía.

Entonces por una parte se elimina la tercerización de servicios complementarios, y por otra se deja la posibilidad a los empleadores de contratar a empresas prestadoras de actividades complementarias, para que estas se encarguen de la ejecución de actividades que si bien no se consideran su centro productivo son necesarias para el normal desarrollo de la empresa, tales como: vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería o limpieza.

Podemos concluir que la eliminación de la tercerización de servicios complementarios y la intermediación laboral era de vital importancia para el entorno laboral ecuatoriano; pues la legislación vigente sobre el tema estaba sufriendo de manipulación por parte de los empleadores lo cual significaba que muchos trabajadores contratados bajo éste tipo de modalidad eran víctimas de abusos y menoscabo de sus beneficios laborales. Pero por otra parte, las exigencias del mundo actual determinan la necesidad de regular formas de contratación flexibles para las necesidades de las nuevas formas de organización de producción, es por esto que se crea la figura de actividades complementarias.

3.1.4. Principios aplicables.

La doctora Graciela Monesterolo al citar a Sabino Hernández nos indica que los principios son:

“... líneas de acción que resultan de la conciencia de una sociedad y contexto determinado, que se van estructurando por la aceptación comunitaria a través del tiempo, por lo que llegan a ser el antecedente de nuevas normas...”⁶⁷

⁶⁷ Graciela Monesterolo. Instituciones del Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas. Quito. Segunda edición. Corporación de estudios publicaciones.2009. Pág.47.

Para poder analizar los principios aplicables debemos necesariamente citar la célebre obra de Plá Rodríguez sobre los Principios del Derecho del Trabajo, la cual propone la siguiente clasificación:

- 1.- Principio protector;
- 2.- Principio de la irrenunciabilidad de los derechos;
- 3.- Principio de la continuidad de la relación laboral;
- 4.- Principio de la primacía de la realidad;
- 5.- Principio de la razonabilidad; y
- 6.- Principio de justa fe.

En su clasificación dentro del primer principio sitúa a las siguientes reglas: In dubio pro operario, Regla de la aplicación de la norma más favorable, y Regla de la condición más beneficiosa.⁶⁸

En base a esta clasificación procederemos a realizar un análisis de estos principios aplicados al Mandato Constituyente Número Ocho.

Empezaremos por el principio protector, éste principio se refiere a la fundamentación básica del Derecho del Trabajo: la protección al trabajador, como la parte más débil de la relación laboral.

“.....COUTURE estimaba que el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras, de forma tal que los privilegios creados por el legislador le permitan al trabajador recuperar, en el campo jurídico, lo que ha perdido en el campo económico. Por ello es que, en esta rama del Derecho se abandona la idea de la igualdad jurídica....”⁶⁹

Nos parece importante el criterio de la doctora Graciela Monesterolo, quien sobre éste tema añade que:

⁶⁸ Américo Pla Rodríguez, Los Principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, editorial Depalma, 1990.

⁶⁹ Silvia Bejarano, Principios del Derecho Laboral, en: OIT/LANUD, Módulo de capacitación: derecho laboral. Programa Mujer, Justicia y Género, San José, Costa Rica, 2001 pág.3

“este principio no se limita solamente a la aplicación de las normas oscuras, sino también a condiciones del trabajo en general...”⁷⁰

Dentro de este principio tenemos las siguientes reglas, siguiendo la clasificación de Plá Rodríguez:

In dubio pro-operario, prescrito tanto en el texto constitucional⁷¹ actual como en el Código del Trabajo. Según esta regla, en caso de duda sobre el sentido de una norma el Juez o el responsable de interpretar a disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, debe interpretarlas en el sentido más favorable a los trabajadores.

“La regla debe ser aplicada en casos de auténtica duda para valorar el verdadero alcance de la norma o de los hechos, escogiendo entre ellos el sentido que más le favorezca al trabajador. No significa ello que pueda ser utilizado para suplir omisiones ni mucho menos para suplir la voluntad del legislador; o el sentido claro y preciso de la norma; o cuando de los hechos no pueda válidamente aducirse la duda...”⁷²

Entonces dentro del estudio del Mandato Constituyente Número Ocho y su Reglamento al existir algún artículo que sea oscuro o difícil de entender su alcance se deberá aplicar en el sentido que sea más favorable para el trabajador. Por supuesto que en aras de éste principio no podemos omitir las reglas de la hermenéutica jurídica.

Regla de la Aplicación de la norma más favorable, ésta regla se aplica cuando hay dos o más normas aplicables al mismo tema, entonces dentro del derecho del trabajo se aplicará la norma que sea más favorable al trabajador sin tomar en cuenta la jerarquía de las mismas.

“Esta regla le otorga un especial matiz al Derecho del Trabajo, pues rompe con los esquemas más rígidos y tradicionales de la jerarquía de las normas; de esta manera, es aceptado, que una norma de inferior categoría sea aplicada en un caso concreto por encima de una contraria de superior categoría;

⁷⁰ Graciela Monesterolo. Instituciones del Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas. Quito. Segunda edición. Corporación de estudios publicaciones.2009. Pág.47.

⁷¹ Constitución Política del Ecuador, Artículo 326, numeral 3.

⁷² Silvia Bejarano, Principios del Derecho Laboral, en: OIT/LANUD, Módulo de capacitación: derecho laboral. Programa Mujer, Justicia y Género, San José, Costa Rica, 2001, pág.4

aún más, sin necesidad de normas, si un elemento del contrato privado entre trabajador y empleador es más beneficioso que cualquier norma de rango superior se aplicará la primera..”⁷³

En el caso del Mandato Constituyente Número Ocho, de existir otra norma aplicable, el encargado de interpretar a la ley, deberá aplicar la que sea más favorable para la parte trabajadora.

Regla de la condición más beneficiosa, esta regla se da en el caso de que se proclame una nueva norma y esta contradiga o menoscabe los denominados derechos adquiridos, que ya fueron reconocidos con anterioridad al trabajador, en éste caso se deberá aplicar la condición que sea más beneficiosa al trabajador.

“Esta regla supone la existencia de una situación más beneficiosa anterior, concreta y determinada, que debe ser respetada en la medida que sea más favorable....”⁷⁴

Con respecto a nuestro estudio del Mandato Número Ocho creemos que se aplicó la regla anterior pues, si bien por un lado se eliminó la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas, se creó la figura de contratación de actividades complementarias, misma que permite a los trabajadores laborar bajo relación de dependencia con la empresa prestadora de actividades complementarias, protegiendo de esta manera al trabajador y beneficiándolo directamente con la promulgación del Mandato objeto de la presente disertación.

Otro principio aplicable a las consideraciones hechas para el Mandato Constituyente Número Ocho es el principio de la continuidad de la relación laboral o principio de estabilidad como lo indica el doctor Julio César Trujillo:

“Según este principio, la regla general es que el trabajador, que ingresa a prestar sus servicios a la empresa, luego de pasado el periodo de prueba, tiene derecho a conservar su empleo mientras tenga capacidad para hacerlo....”⁷⁵

⁷³ *Ibíd*

⁷⁴ Silvia Bejarano, Principios del Derecho Laboral, en: OIT/ILANUD, Módulo de capacitación: derecho laboral. Programa Mujer, Justicia y Género, San José, Costa Rica, 2001 pág.5

⁷⁵ Julio César Trujillo. Ley No 133. Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1992. Pág. 11.

Entonces el principio de continuidad hace referencia a que la relación laboral debe perdurar en el tiempo, es por éste motivo que los contratos por tiempo determinado o definido son excepcionales, consecuentemente la relación laboral es por principio indefinida. Así tenemos a Mario Blanco, quien citando a Plá Rodríguez dice lo siguiente:

“El principio de la continuidad puede definirse como aquel según el cual también en beneficio del trabajador, se establecen una serie de reglas que definen a las relaciones laborales como dotadas de una "extremada vitalidad y dureza..." y que realizan o evidencian " ... la tendencia del derecho del trabajo por atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos" (Plá:154) El principio orienta así el anhelo por relaciones labores regidas por un régimen de verdadera estabilidad en el empleo.”⁷⁶

Dentro de éste principio encontramos una triple dimensión:

- a) La primera dimensión hace referencia a *“la continuidad laboral como la facilidad para la mantención del contrato pese a los incumplimientos y nulidades”⁷⁷*;
- b) La segunda dimensión del principio de la continuidad de la relación laboral hace referencia a la continuidad *“...como la elevación a situación excepcional del término del contrato por la sola voluntad del empleador”⁷⁸*; y,
- c) La tercera dimensión nos señala a la continuidad *“...como la interpretación de las interrupciones del contrato como simples suspensiones”⁷⁹*.

La expedición del Mandato Constituyente Número Ocho tomó en cuenta la aplicación del principio de continuidad, al exigir a las empresas antes tercerizadoras que otorguen como mínimo un año de estabilidad a sus trabajadores, y que tomen en cuenta sus años trabajados para efectos de antigüedad.

⁷⁶ Mario Blanco, Las relaciones laborales en el marco de la globalización económica: los principios del derecho laboral, su regulación y sus tendencias, Costa Rica, escuela judicial de Costa Rica, 1996. Pág. 25.

⁷⁷ Sergio Gamonal Contreras, Introducción al Derecho del Trabajo, Santiago, Editorial Cono Sur, 1998, Pág. 170 y ss.

⁷⁸ Ibidem

⁷⁹ Ibidem.

3.2. Análisis de las Consideraciones hechas por los Asambleístas al expedir el Mandato Constituyente Número Ocho.

Los Asambleístas electos por el pueblo ecuatoriano para elaborar la nueva Constitución de la República, quienes eran en su mayoría partidarios de Alianza País, debían cumplir con la oferta de campaña del ahora Presidente de la República Rafael Correa Delgado, con respecto a la eliminación definitiva de la tercerización y otras formas precarias de contratación.

Fue entonces cuando la Mesa Seis de Trabajo, Producción, Igualdad e Inclusión Social dio inicio al debate sobre la conveniencia de la eliminación de la tercerización en el cual participaron además de los asambleístas varios sectores de la sociedad ecuatoriana. Después de las conversaciones previas, surge el Mandato Constituyente Número Ocho el cual fue aprobado por el voto de noventa y cinco legisladores.

A continuación procederemos a enunciar las consideraciones hechas por los Asambleístas dentro del texto del Mandato Constituyente Número Ocho:

En el primer inciso los asambleístas fundamentan su expedición en el artículo primero y segundo numeral dos del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, textos ya mencionados en párrafos anteriores, para justificar la legalidad de la expedición del Mandato.

Párrafos después, se hace referencia a que el deber de la Asamblea es el de *“erradicar la injusticia laboral y aberrante discriminación social”*; en nuestra opinión, la Asamblea al mencionar esta frase estaba arrogándose más funciones que las otorgadas por los ecuatorianos, pues el mandato era: expedir una nueva Constitución. Contradictoriamente en el texto del Mandato se crea una figura bastante similar, tanto en el fondo como en la forma, de la tercerización de servicios complementarios, llamada en el nuevo texto legal como contratación de actividades complementarias. Igualmente deja la posibilidad de contratación bajo la modalidad de jornada parcial, figura existente en el artículo 82 del Código del Trabajo, hace varios años atrás.

A nuestro parecer no era necesario eliminar la tercerización de servicios complementarios pues la nueva figura es casi idéntica a la anterior; sin embargo, creemos que el legislativo hizo esta reforma pues el término estaba asociado a formas precarias de contratación laboral. Consideramos además que para que nuestro país sea competitivo necesita

flexibilizar su legislación y es por esto que existen estos modos de contratación los cuales dan la posibilidad de contratar únicamente al personal requerido para el funcionamiento de la empresa y contratar con una tercera para que presten servicios complementarios a su giro habitual. De igual manera y como habíamos mencionado en capítulos anteriores la contratación a jornada parcial es necesaria para el mejor funcionamiento del medio laboral.

Así mismo los considerandos se refieren a que tanto la tercerización de servicios complementarios como la intermediación laboral y la contratación por horas eran formas precarias de contratación, mismas que habían tratado de ser reguladas por normas como la Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006; sin embargo, los empleadores habían encontrado la forma de violentar dichos preceptos legales. Con respecto a ésta consideración es oportuno mencionar que era necesaria una norma legal que regule o que definitivamente prohíba estas formas abusivas de contratación; sin embargo, también era necesario dejar la posibilidad de una forma de contratación que permita la ejecución de servicios complementarios a los del giro habitual de la empresa.

Además de las formas de contratación ahora previstas, las llamadas “empresas estratégicas del sector público” cuentan con la posibilidad de contratar servicios técnicos o especializados mediante un contrato civil de prestación de servicios. De igual manera el Mandato establece que se podrá contratar civilmente servicios técnicos o especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria como contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicas y de sistemas, entre otros, serán prestados por personas naturales o jurídicas con su propio personal en sus instalaciones.

Otra consideración es la siguiente:

“Las compañías que se dedican a las actividades de tercerización de servicios complementarios e intermediación laboral, hacen uso de esa demanda con carácter mercantil para su propio beneficio...”⁸⁰

Con respecto a la cita anterior recordemos que uno de los principios de la OIT es que: el trabajo no es una mercancía, tal y como lo habíamos analizado en capítulos anteriores de la presente disertación, por lo tanto no puede ser utilizado con carácter mercantil.

⁸⁰ Mandato Constituyente Número Ocho, consideraciones, innumerado.

Así continúan las consideraciones haciendo referencia a la forma como se desconocían los derechos de los trabajadores. Posteriormente encontramos en el texto del mandato que “... *En aras de la equidad laboral es necesario revisar y regular las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo celebrados por instituciones del sector público...*”, es por este motivo que dentro de la disposición transitoria tercera se prescribe que los contratos colectivos de las empresas en las cuales tenga participación el estado debían ser revisados, en primer lugar para que se ajusten a los preceptos del mandato y en segundo lugar para que se eliminen las prebendas excesivas estipuladas dentro de los mismos “*Las cláusulas de los contratos colectivos que no se ajusten a los parámetros a los que se refiere esta disposición transitoria y que contengan privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atentan contra el interés general, son nulas de pleno derecho...*”

3.3. Modificaciones a la normativa legal vigente después de las reformas del Mandato Constituyente Número Ocho.

En el primer artículo del Mandato Constituyente Número Ocho además de la eliminación y prohibición de la tercerización, intermediación, y toda forma de precarización de la relación laboral se establece que la relación entre el trabajador y el empleador será directa y bilateral. Sin embargo, en artículos posteriores del mismo Mandato se crea la figura de contratos de actividades complementarias, en los cuales la relación laboral deja de ser directa, pues tenemos de por medio a una persona natural o jurídica que presta actividades complementarias.

El Mandato objeto de estudio de la presente disertación modificó varias normas del sistema legislativo ecuatoriano no únicamente las concernientes al ámbito laboral, como lo explicaremos a continuación.

Dentro de las reformas introducidas al Código del Trabajo, se eliminó todo lo referente a contratación por horas así como las partes pertinentes que prescribían sobre la tercerización y la intermediación.

En cuanto a las normas societarias, la Superintendencia de Compañías tuvo que expedir un nuevo Reglamento para la constitución de compañías de servicios complementarios, sobre el cual hablaremos en el próximo capítulo.

De la misma manera sufrieron reformas las siguientes normas: Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del

Sector Público, la Ley 97 de Turismo, Reglamento General a la Ley sobre Discapacidades y el Reglamento para la contratación laboral por horas.

Dentro de éstas reformas cabe también mencionar a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, en la cual se estableció una deducción del 200% del impuesto a la renta, sobre los valores a ser pagados en el año dos mil ocho por concepto de remuneración, aportes al IESS y demás beneficios sociales de los trabajadores intermediados contratados por la empresa.

3.4. Análisis del Reglamento al Mandato Constituyente Número Ocho.

El día 5 de junio del 2008 se publica en el Registro Oficial No. 353 el Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número Ocho que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas, el cual fue expedido por el Presidente de la República en concordancia con la Disposición Transitoria Quinta del Mandato Ocho.

Dentro de sus primeras consideraciones tenemos una mención del Mandato Constituyente Número Ocho, mediante el cual se eliminó la tercerización, la intermediación y la contratación por horas *“... por ser formas de precarizar las relaciones laborales...”*.⁸¹

Continuando con las consideraciones encontramos que el objetivo del Reglamento es regular los contratos de actividades complementarias de acuerdo a lo establecido en el Mandato Constituyente Número Ocho.

Posteriormente en el Reglamento, estudiado en el presente capítulo, tenemos la definición de lo que debe ser considerado como actividades complementarias, dilucidándolas como:

*“Art.2....aquellas que realizan personas jurídicas constituidas de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa de actividad complementaria y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la Ley...”*⁸². (Lo subrayado nos pertenece)

⁸¹ Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente número ocho que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas.

⁸² Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente número ocho que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas, Art 2.

En el Reglamento, a diferencia del texto del Mandato, encontramos que las actividades de servicios complementarios pueden ser realizadas exclusivamente por compañías constituidas con el único objeto social de prestar servicios complementarios, añade el Reglamento que:

“Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería y limpieza...”⁸³

Sin embargo, se aclara éste inconveniente en las normas antes citadas con la expedición del Decreto Ejecutivo N. 1313 del 8 de septiembre de 2008, el cual prevé la posibilidad de que las personas naturales realicen actividades complementarias de alimentación, mensajería y limpieza previamente autorizadas por el Ministerio de Relaciones Laborales.

“Las personas naturales podrán realizar actividades complementarias de alimentación, mensajería y limpieza, y para lo cual deberán contar con la respectiva calificación y autorización del Ministerio de Trabajo y Empleo.....”⁸⁴

Para la realización de éstas actividades se necesitará de la suscripción de dos tipos de contratos, el primero, uno mercantil entre la empresa de actividades complementarias y la usuaria; y el segundo, un contrato de trabajo entre cada trabajador y la empresa que realiza actividades complementarias. Posteriormente desarrollaremos la forma de cada contrato.

En ésta parte hallamos una gran diferencia con la tercerización de servicios complementarios, pues en la norma arriba citada se enumeran taxativamente las actividades que pueden ser consideradas como complementarias sin dejar la posibilidad de que se interpreten otras actividades que también pueden ser complementarias al giro habitual de la empresa, sin ser necesariamente las indicadas en el Mandato.

Otro de los puntos de importancia del Reglamento es aquel por el cual las empresas de tercerización de servicios complementarios y de intermediación laboral que continúen

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Decreto Ejecutivo N. 1313, 8 de septiembre de 2008, Art. 1.

ejerciendo sus actividades después de la derogación expresa del Mandato Constituyente Número Ocho “... serán sancionadas por separado, con una multa de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada trabajador que sea tercerizado o intermediado”, más adelante continúa diciendo que “ la empresa usuaria además, asumirá en forma estable e indefinida , bajo una relación laboral bilateral y directa a los trabajadores intermediados o tercerizados ilegalmente”⁸⁵. Es decir, la sanción por despedir a los trabajadores antes tercerizados o intermediados es de hasta de cuatro mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por cada trabajador.

En la práctica después de la publicación en el Registro Oficial del Reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente Número Ocho varias compañías hicieron caso omiso de sus disposiciones y continuaron desconociendo los derechos de sus trabajadores. Por éste motivo el actual Ministerio de Relaciones Laborales estableció distintos mecanismos para que llegue a su conocimiento la violación de lo establecido en el Mandato Constituyente Número Ocho. El propósito de ésta cartera de gobierno, de acuerdo a las palabras de sus voceros oficiales, no fue el de convertirse en un ente sancionador pero si velar por los derechos de los trabajadores y el cumplimiento de los Mandatos legales.

Otra parte importante del Reglamento es señalar la responsabilidad solidaria entre la empresa o persona que preste servicios complementarios y “la persona en cuyo provecho se realiza la actividad complementaria”⁸⁶, norma prescrita en varias constituciones de la República, constante también en el Código del Trabajo dejando la posibilidad de ejercer el derecho de repetición por parte de la primera.

⁸⁵ Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente número ocho que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas, Art 1.

⁸⁶ Reglamento para la aplicación Mandato Constituyente número ocho que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas, Art. 8.

CAPÍTULO CUARTO

4. CONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

4.1. La Externalización de las relaciones laborales.

En el primer capítulo de la presente disertación hicimos un breve acercamiento al significado de la externalización u outsourcing, a continuación procederemos a ampliar su análisis.

El término externalización proviene de la palabra inglesa *outsourcing* que significa:

“(Outsourcing)...es contratar y delegar a largo plazo uno o más procesos no críticos para un negocio, a un proveedor más especializado para conseguir una mayor efectividad que permita orientar los mejores esfuerzos de una compañía a las necesidades neurálgicas para el cumplimiento de una misión...”⁸⁷

La externalización es el proceso mediante el cual una empresa contrata los servicios de otra para que se encargue de determinadas funciones de su negocio. Una parte fundamental del concepto de externalización es la especialización de la empresa encargada de realizar el outsourcing.

“Esta decisión de externalizar implica proveerse “desde fuera” y, por ende, depender de otras unidades económicas de producción respecto de los más diversos tipos de prestaciones, necesarias para concretar la totalidad de sus distintos procesos”⁸⁸

Entonces la externalización u outsourcing procura que las empresas dirijan sus esfuerzos prioritariamente a su objeto social y entreguen a terceros la ejecución de otras labores que si bien no son propias del giro ordinario de la empresa, son requeridas para su normal desarrollo.

4.1.1. Proceso de externalización.

⁸⁷ 1.<http://www.outsourcing-faq.com/html>

⁸⁸ Esther Fecci y Angélica Wenzel, “La Externalización: Efectos Laborales de una Vía para el Desarrollo Industrial”, *Revista Astrual de Ciencias Sociales*, N° 5, Santiago, 2001, pp. 107-126.

Para que pueda darse el proceso de externalización u outsourcing se deben cumplir los siguientes supuestos:

- a) En primer lugar debe existir una empresa, a la cual para efectos de un mejor entendimiento denominaremos como empresa principal, que tenga alguna parte de su negocio o de su proceso productivo que sea susceptible de explotación externa.
- b) Por otra parte, una segunda empresa o compañía que se encargue de proveer de esta parte del negocio o proceso productivo para terceros mediante la figura de externalización. La cual se la denominará como empresa contratada.

Una vez verificados estos supuestos el proceso de externalización se da de la siguiente manera:

En primer lugar la empresa identifica que parte de su producción puede ser explotada por una empresa externa, para de este modo incrementar su productividad y dirigir toda su fuerza productiva al giro habitual de su negocio.

Una vez identificada la parte productiva a ser externalizada, la empresa debe buscar a otra para que ésta se encargue de la ejecución del proceso mencionado. La empresa encargada de la externalización debe ser especialista en el proceso a ser desarrollado, solo de esta manera se logrará el objetivo para el cual fue contratada: disminuir costos y orientar toda la capacidad de la empresa principal para el cumplimiento del giro de su negocio.

Posteriormente se procede a firmar un contrato en el cual se establece el objeto de la contratación, el precio a ser pagado por la ejecución del mismo, plazo y otras solemnidades que las partes quieran hacer constar en el instrumento.

Después de suscrito el acuerdo de voluntades la empresa principal debe entregar la totalidad de información requerida por la empresa contratada con respecto a los requerimientos básicos para la ejecución del servicio. Finalmente la empresa contratada debe ejecutar el servicio requerido por la empresa principal en los términos del contrato suscrito entre ambas partes. (Ver anexo 3)

4.1.2. Necesidad de implementar la externalización u outsourcing en las relaciones laborales.

La relación laboral es el nexo que existe entre trabajador y empleador desde el momento en que el primero empieza a prestar sus servicios bajo las órdenes del empleador, de acuerdo a lo explicado en el capítulo primero de la presente disertación.

En un mundo globalizado es de suma importancia ser competitivos, y la competitividad solo se alcanza con la especialización. Para entender el concepto de especialización recurriremos a conocidas teorías económicas:

“Cada país debe especializarse en la producción y exportación de los productos que pueda hacer más ventajosamente que otros” Adam Smith.

“Tanto un país que tenga ventaja absoluta en cualquier aspecto como un país sin ventajas absolutas pueden beneficiarse del intercambio.

Cada país se especializará en la producción donde tenga ventaja comparativa...” David Ricardo.

Si bien ambas teorías tratan sobre la ventaja comparativa y la necesidad de la especialización de los países, nos sirven como referente para entender mejor la necesidad de la aplicación del outsourcing o especialización para permitir la especialización en las empresas.

La necesidad de externalizar ciertos servicios dentro de las empresas es inminente, pues cada empresa se constituye con la finalidad de cumplir un objetivo principal, denominado objeto social; sin embargo, para alcanzarlo necesita utilizar otros servicios adicionales. Por ejemplo tenemos el caso de un estudio jurídico, el cual tiene como objeto social la prestación de servicios de asesoría legal en general. Para el cumplimiento de su objeto social cuenta con dos abogados, un pasante y una secretaria; no obstante para el cumplimiento de las obligaciones tributarias con el Servicio de Rentas Internas necesita los servicios de un contador, así mismo necesita de una persona que haga la limpieza de las oficinas semanalmente y de otra persona que se ocupe del servicio de mensajería. El Estudio Jurídico no puede contratar un contador, una persona de limpieza y un mensajero pues estas labores no son conexas a sus servicios de asesoría legal, es decir no corresponden al giro habitual de la empresa. En este ejemplo podemos denotar la necesidad de implementar la externalización en las relaciones laborales.

Pero profundizando más en el ejemplo encontramos que los beneficios no son solo para el empleador sino también para los trabajadores. Por un lado el trabajador recibe una remuneración mensual por la prestación de su servicio en el lugar determinado por el empleador, es decir el Representante Legal o propietario de la empresa de actividades complementarias, además de todos los beneficios legales correspondientes. Por otra parte el empleador recibe un rédito mensual por prestar un servicio complementario determinado para varias empresas.

Entonces como hemos analizado en párrafos anteriores, la implementación de la externalización en las relaciones laborales se justifica, e incluso podemos concluir que está dotada de legitimidad, en los términos explicados en el capítulo tercero de la presente disertación.

4.2. Consideraciones generales de las compañías de contratación de actividades complementarias.

Para analizar las compañías de contratación de actividades complementarias debemos empezar por estudiar el término compañía.

En primer lugar debemos señalar que las compañías o sociedades son personas jurídicas que tienen como finalidad obtener utilidad o lucro. Estas se divide en dos: civiles y mercantiles. Las primeras son aquellas cuyo objeto social es cualquier actividad que no sea de orden mercantil o comercial.

En cuanto a las sociedades mercantiles son aquellas cuya finalidad es la de realizar actos de comercio, las cuales se encuentran enumerados en el Art. 3 del Código de Comercio.

Para le presente disertación nos compete el análisis de las sociedades mercantiles o compañías.

La sociedad mercantil es definida por Cabanellas, al citar a Zaldivar como:

“...Un cuerpo normativo bajo una forma aceptada por la ley, que organiza tanto las relaciones de las personas que vinculándose y mediante la aportación de bienes o servicios buscan utilidades

*económicas a través de cierta actividad, como la actividad misma del sujeto de derecho que se origina*⁸⁹

A continuación Cabanellas ensaya su propia definición dilucidando que existe sociedad cuando:

*“...dos o más personas se obligan a realizar aportes que serán aplicados a actividades económicas efectuadas mediante una organización que esas personas dirigen y controlan, participando de los beneficios y pérdidas derivados de esas actividades...”*⁹⁰

El término compañía es utilizado en la Ley de Compañías del Ecuador para definir a un contrato llevado a cabo por *“... dos o más personas quienes unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades...”*⁹¹.

En el mismo artículo se especifica que el contrato de compañía además de regirse por la mencionada Ley, lo hace por las normas del Código de Comercio y por el acuerdo de voluntad de las partes. Por lo tanto para poder ensayar un concepto de compañía debemos acudir también a las aludidas normas.

De conformidad con lo prescrito en el Código de Comercio son comerciantes:

*“Art.2.... Las personas naturales y jurídicas...que intervengan en el comercio de muebles e inmuebles, que realicen servicios relacionados con actividades comerciales, y que, teniendo capacidad para contratar hagan del comercio su profesión habitual y actúen con un capital en giro propio y ajeno...”*⁹²

En su siguiente artículo está norma enumera los actos de comercio.

La Constitución del Ecuador vigente no contiene en forma expresa el concepto de compañía; sin embargo, garantiza el derecho de asociación en los siguientes términos:

⁸⁹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Introducción al derecho societario. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. 1993. Pág.255.

⁹⁰ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Introducción al derecho societario. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. 1993. Pág.255.

⁹¹ Ley de Compañías, Art.1.

⁹² Código de Comercio, Art. 2.

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

13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.”⁹³

Al prescribir el derecho de los ecuatorianos a asociarse libre y voluntariamente, de forma tácita está permitiendo la asociación de dos o más personas para constituirse en una persona jurídica distinta; es decir en una sociedad en los términos prescritos en el Código Civil.

La Codificación del Código Civil establece el significado de sociedad o compañía en los siguientes términos:

“Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados...”⁹⁴.

Después de las normas legales anteriormente citadas podemos ensayar un concepto de compañía, puede ser entendida como un contrato que se realiza entre dos o más personas naturales para conformar una persona jurídica distinta, la cual tendrá fines lucrativos y como objetivo primordial el cumplir con el objeto social para el cual fue constituida. Entonces una parte fundamental para la conformación de una compañía es que exista un acuerdo de voluntades para obtener rédito económico.

Ahora bien el tipo de compañías a las que haremos referencia en la presente disertación serán las de contratación de actividades complementarias, las cuales se encuentran regidas, además de las normas antes referidas, por lo estipulado en el Mandato Constituyente Número Ocho, su Reglamento, y el Instructivo para su constitución expedido por la Superintendencia de Compañías.

Es preciso mencionar que en el texto del citado Mandato se halla una prohibición expresa de que exista vinculación entre la usuaria y la empresa prestadora de actividades complementarias, *“.....por lo que no podrán ser matrices, filiales, subsidiarias o relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo.”⁹⁵*

⁹³ Constitución de la República del Ecuador, Art. 66, numeral 13.

⁹⁴ Codificación Código Civil, Art 1984.

⁹⁵ Mandato Constituyente Número Ocho, Art.6

4.2.1. Definiciones.

En los primeros artículos del Mandato Constituyente Número Ocho encontramos el recientemente creado tipo societario denominado compañías de contratación de actividades complementarias, al cual se hace referencia en los siguientes términos:

“Art. 3.- Se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.”⁹⁶

A continuación procederemos a analizar ésta definición:

En primer lugar tenemos que tanto personas naturales como jurídicas pueden constituirse en prestadores de actividades complementarias con la autorización previa del actual Ministerio de Relaciones Laborales. Para esto deben cumplir con un primer requisito que es tener un objeto social único dentro de las actividades de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza; y, como segundo requisito que la empresa usuaria la contrate para actividades distintas a su giro habitual.

Sobre la definición de éste tipo de compañías tenemos otra en el Reglamento al Mandato estudiado:

“Art.2.- Se denominan actividades complementarias, aquellas que realizan personas jurídicas constituidas de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.”⁹⁷

Como mencionamos al final del capítulo anterior éste concepto fue ampliado mediante Decreto Ejecutivo por el cual se deja la posibilidad de que personas naturales también puedan ser autorizadas para brindar servicios complementarios, la excepción a esta norma son las actividades de vigilancia-seguridad que necesariamente deben ser prestadas por compañías.

⁹⁶ Mandato Constituyente Número Ocho, Art.2.

⁹⁷ Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Numero Ocho, Art. 2.

Entonces, por un lado se encuentran personas naturales que pueden prestar actividades complementarias a sus usuarias sin necesidad de constituirse en compañía; y, por otro lado tenemos a compañías legalmente constituidas para prestar éste servicio. A nuestro parecer para la prestación de actividades complementarias debería ser requisito constituirse en compañía, pues de ésta manera contarían con mayor respaldo tanto los trabajadores de las empresas que brindan el servicio como sus usuarios, no solo por el capital con el cual deben contar para constituirse sino también por el control que tienen éstas por la Superintendencia de Compañías.

Finalmente y después del análisis anterior, ensayo una definición propia de compañías de actividades complementarias: son aquellas que se constituyen mediante un contrato celebrado por personas naturales quienes se asocian para conformarse en una persona jurídica con un objeto social único que puede ser el de prestar actividades complementarias de vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería o limpieza. Estas compañías se rigen por la Superintendencia de Compañías, pero además, por tratarse de un tipo societario especial, se encuentran reguladas por el Ministerio de Relaciones Laborales.

4.3. Instructivo para la constitución de compañías dedicadas a actividades complementarias y para la modificación del estatuto social de las constituidas con anterioridad al Mandato Constituyente Número Ocho.

La Superintendencia de Compañías -SIC- es el órgano competente para reglar lo referente a la constitución de sociedades bajo control de este ente estatal.

Antes de la promulgación del Mandato Constituyente Número Ocho, la SIC expidió el *“Reglamento para la constitución y actos societarios que realicen las compañías dedicadas a la prestación de servicios de intermediación laboral y tercerización de servicios complementario, control y disolución por revocación de autorización para su funcionamiento”* el cual regulaba todos los actos societarios de las compañías cuyo objeto social era el de la intermediación o tercerización.

Sin embargo, con la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho y con la eliminación de la tercerización de servicios y la intermediación laboral, el reglamento referido no podía seguir vigente pues expresamente el Mandato Número Ocho derogó la

Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año dos mil seis “...así como todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan o contradigan al presente Mandato”⁹⁸.

En virtud de que el Mandato Constituyente Número Ocho permite la constitución de compañías de actividades complementarias y el órgano con la capacidad legal para reglamentar estos actos es la SIC, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Compañías:

“Art. 433. El Superintendente de Compañías está facultado para expedir regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías sometidas a su supervisión...”

Se expide el *“Instructivo para la constitución de compañías dedicadas a actividades complementarias y para la modificación del estatuto social de las constituidas con anterioridad al Mandato Constituyente Número Ocho”*, el cual va a ser analizado a continuación.

4.3.1. Ámbito de aplicación.-

Con fecha 10 de julio del 2008 se publica en el Registro Oficial N. 394, del 1 de agosto de 2008, la Resolución del Superintendente de Compañías mediante la cual se norma la constitución de las compañías de actividades complementarias.

En el primer artículo del mencionado Instructivo se enumera las actividades que pueden ser consideradas como complementarias:

*“Art. 1.- Estas disposiciones aplican a las compañías que se constituyan para la realización de actividades complementarias de vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería o limpieza, diversas de las labores propias y habituales del proceso productivo de la usuaria”*⁹⁹

En el texto antes citado se especifica que estas actividades deben ser distintas al giro ordinario de la empresa usuaria, añade además este artículo que también se encuentran

⁹⁸ Mandato Constituyente Número Ocho, disposición final primera, inciso final.

⁹⁹ Instructivo para la constitución de compañías dedicadas a actividades complementarias y para la modificación del estatuto social de las constituidas con anterioridad al mandato constituyente N° 8., 10 de julio de 2008.

reguladas por el Instructivo emitido por la Superintendencia de Compañías, las compañías tercerizadoras de servicios complementarios que hayan venido trabajando bajo este régimen, antes de la promulgación del Mandato Constituyente Número Ocho, siempre y cuando reformen sus estatutos de acuerdo a la nueva normativa y manifiesten su deseo de continuar con la misma actividad que venían desarrollando.

Se establece como requisito para constituir una compañía de este tipo tener un objeto social único y exclusivo, es decir, que únicamente se pueden constituir para realizar una o más de las actividades complementarias enumeradas en el artículo 2 del Mandato Constituyente Número Ocho. “...y no podrán realizar otra actividad mercantil diferente.”¹⁰⁰. La excepción a lo anterior son las compañías de vigilancia- seguridad las cuales podrán únicamente tener este objeto social y no podrán prestar otro servicio complementario.

Las compañías de servicios complementarios pueden ser constituidas bajo cualquiera de las figuras permitidas por la Ley de Compañías, a excepción de aquellas que se constituyan para brindar servicios de vigilancia-seguridad, pues estas deben constituirse exclusivamente bajo la figura de compañía limitada.

Posteriormente el mencionado Instructivo hace referencia a la facultad controladora que posee la Superintendencia de Compañías al prescribir que, de oficio o a petición de parte, podrá realizar inspecciones a las compañías prestadoras de actividades complementarias, con la finalidad de verificar si están cumpliendo con su objeto social, además de revisar tanto sus libros contables como sociales, así mismo podrá revisar “...el registro de compañías usuarias.”¹⁰¹ Señala en el mismo artículo que, de ser necesario, podrá inspeccionar también a las compañías usuarias de los servicios.¹⁰²

¹⁰⁰ Mandato Constituyente Número Ocho, Art. 2.

¹⁰¹ Instructivo para la constitución de compañías dedicadas a actividades complementarias y para la modificación del estatuto social de las constituidas con anterioridad al mandato constituyente N° 8., 10 de julio de 2008, Art. 8.

¹⁰² Se ha solicitado por escrito en dos ocasiones información a la Superintendencia de Compañías sobre inspecciones realizadas a las compañías de actividades complementarias; sin embargo, en ninguna de las dos hemos obtenido ninguna respuesta.

4.3.2. Trámite de constitución de compañías de contratación de actividades complementarias.

En primer lugar se necesita realizar la reserva del nombre que va a llevar la compañía, para esto se deben tomar en cuenta las normas estipuladas en la Ley de Compañías donde se establece que:

“Art. 16.- La razón social o la denominación de cada compañía, que deberá ser claramente distinguida de la de cualquiera otra, constituye una propiedad suya y no puede ser adoptada por ninguna otra compañía.”¹⁰³

Las denominaciones sociales, según el Art. 16 de la Ley de Compañías se rigen por los principios de propiedad y peculiaridad.

Después se apertura una cuenta de integración de capital en cualquier institución bancaria del país, para lo cual se debe presentar el original de la reserva del nombre que va a llevar la compañía, otorgado por la SIC, así como una carta con los nombres completos y cédula de identidad de los socios o accionistas, sus participaciones o acciones y sus respectivos porcentajes en el capital de la sociedad.

Para las compañías de actividades complementarias se necesita un capital mínimo de diez mil dólares de los Estados Unidos de América. A diferencia de otras compañías, este capital debe ser pagado en numerario¹⁰⁴ exclusivamente, no en especies como sucede en otros tipos societarios.

El capital de la compañía puede ser pagado de acuerdo a lo establecido en la ley, es decir: en el caso de las compañías limitadas en un año pueden pagar la totalidad del capital suscrito, aportando como mínimo al momento de suscribir la escritura de constitución de la compañía el 50% del valor total del capital; y en las sociedades anónimas tienen el plazo de dos años, y al momento de la constitución de la compañía deben pagar mínimo el 25%.

¹⁰³ Ley de Compañías, Art. 16

¹⁰⁴ Es decir en moneda de curso legal.

Posteriormente, mediante minuta firmada por un abogado se establecen los estatutos de la compañía, la cual se eleva a escritura pública ante un Notario del cantón correspondiente al domicilio de los comparecientes. Las formalidades que debe cumplir la escritura de constitución se encuentra en el Art. 137 de la Ley de Compañías para las compañías limitadas y, en el Art. 153 de la misma norma, para el caso de compañías anónimas.

Una vez cerrada la escritura, el administrador, el gerente o quien haga las veces de representante legal de la compañía, debe solicitar su aprobación a la SIC, *“Si éstos no lo hicieren dentro de los treinta días de suscrito el contrato, lo hará cualquiera de los socios a costa del responsable de la omisión...”*¹⁰⁵, después de ingresada la escritura a la SIC, el Departamento Jurídico es el encargado de realizar las revisiones correspondientes. En éste punto se pueden presentar dos posibilidades:

La primera, que el texto de la escritura cumpla con todos los requisitos establecidos para la constitución de compañías de actividades complementarias, en tal caso la SIC emite una resolución, mediante la cual se aprueba la constitución de la compañía.

La segunda, el texto presentado mediante escritura pública recibe observaciones y debe ser reformado, en este caso, la compañía debe cumplir con lo solicitado en el respectivo Oficio, de no cumplir con lo requerido la SIC se abstiene de dar trámite a la solicitud ingresada, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Modernización del Estado. Una vez que se ha dado cumplimiento a lo solicitado se dicta una resolución favorable por la que se aprueba la constitución de la compañía.

Junto con la Resolución, la SIC entrega un extracto el cual debe ser publicado, por una sola vez, en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la compañía., Inmediatamente, el Notario que intervino en la constitución de la compañía, debe sentar las razones correspondientes, en las cuales se haga referencia a la Resolución de la SIC.

Al mismo tiempo se debe obtener un certificado del Municipio de la ciudad denominado Certificado de inscripción en el registro de la Dirección Financiera Tributaria, el cual es

¹⁰⁵ Ley de Compañías, Art. 138.

otorgado una vez que se haya pagado la patente municipal en el municipio correspondiente al domicilio de la compañía.

Finalmente y después de haber dado cumplimiento a los requisitos antes mencionados, la compañía es inscrita en el Registro Mercantil del cantón en el cual tiene su domicilio principal la compañía, en los cantones en los cuales no exista tal registro quien ejerce estas funciones, es el Registro de la Propiedad.

Posteriormente a la inscripción en el Registro correspondiente se deben inscribir los nombramientos de los administradores de la compañía, quienes serán los representantes legales de la misma, en cumplimiento de las atribuciones establecidas en los estatutos de la sociedad.

Una vez terminado el trámite de constitución y después de entregar una copia de la escritura pública de la compañía debidamente inscrita ante el Registro Mercantil o Registro de la Propiedad, según sea el caso, la SIC otorga un oficio mediante el cual informa al Banco donde se aperturó la cuenta de integración de capital que el trámite ha concluido y por lo tanto proceda a devolver al representante legal de la compañía o a su delegado los valores consignados a su Institución por éste concepto. En ese mismo acto la SIC entrega los documentos requeridos por el Servicio de Rentas Internas para la obtención del Registro Único de Contribuyentes -RUC-, después de ser obtenido se deberá presentar una copia ante la SIC.

4.3.3. Objeto Social.

El objeto social de una compañía puede ser definido como la descripción del giro social, actividad o actividades lícitas y mercantiles a las cuales se va a dedicar la sociedad; el objeto social debe constar dentro de los estatutos de la compañía y se encuentra determinado por la voluntad de los socios o accionistas de la misma.

La Ley de Compañías establece que en los estatutos sociales de la compañía debe constar el objeto social el cual hace referencia a las actividades a ser realizadas por la compañía.

De conformidad con lo prescrito en el Art. 94 de la Ley de Compañías, las sociedades de responsabilidad limitada “...podrán tener como finalidad la realización de toda clase de actos civiles o de comercio y operaciones mercantiles permitidos por la Ley, excepción hecha de operaciones de banco, seguros, capitalización y ahorro..”.Éste mismo artículo se aplica a las compañías anónimas.

Las compañías que se constituyan con la finalidad de prestar actividades complementarias a las del giro habitual de su usuaria deben tener un objeto social único y determinado, como lo explicaremos a continuación.

Por una parte, las de vigilancia-seguridad, deben tener un objeto social único, de conformidad con lo prescrito en el Art. 8 de la Ley de Vigilancia y Seguridad Privada. Esto es, que pueden tener como actividades a ser realizadas por la empresa únicamente las referentes a vigilancia y seguridad.

Las demás compañías que se constituyan con la finalidad de prestar servicios complementarios pueden tener como objeto social únicamente una o más de las siguientes actividades complementarias: alimentación, mensajería y limpieza; excluyendo las de vigilancia y seguridad como ya mencionamos anteriormente.

Una vez concluido el trámite de constitución, la SIC otorga una certificación de existencia jurídica para que el representante de la compañía o quien haga sus veces, puede tramitar la respectiva autorización ante el Ministerio de Relaciones Laborales, procedimiento que explicaremos a continuación.

4.3.4. Procedimiento para obtener la autorización que otorga el Ministerio de Relaciones Laborales.

De acuerdo a lo prescrito en el Mandato Constituyente Número Ocho el Ministerio de Relaciones Laborales, a través de la Dirección Nacional de Empleo, es el encargado de autorizar el funcionamiento de empresas de actividades complementarias.

La autorización se otorga por un período de dos años cuando se la solicita por primera vez, y de cinco años cuando se renueva la autorización. Después de la renovación y cumplido su

plazo la autorización se convierte en indefinida, de conformidad con lo prescrito en el Art. 4 del Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente Número Ocho.

Dentro del procedimiento para obtener la autorización del Ministerio de Relaciones Laborales, pueden presentarse dos casos: el primero es la autorización requerida por las compañías legalmente constituidas ante la Superintendencia de Compañías; el segundo, cuando personas naturales buscan obtener autorización para prestar actividades complementarias, exceptuándose las de vigilancia-seguridad, como explicamos anteriormente.

Los requisitos establecidos en el Reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente Número Ocho son los siguientes:

“1.-Presentar certificado de existencia legal otorgado por la Superintendencia de Compañías, para el caso de personas jurídicas.

2.-Copia certificada de la escritura de constitución o reforma de estatutos, con objeto social exclusivo de realización de actividades complementarias, cuyo capital social mínimo será de diez mil dólares, pagado en numerario, para el caso de personas jurídicas.

3.-Registro Único de Contribuyentes, para el caso de personas jurídicas y naturales.

4.- Copia certificada de nombramiento de representante legal, para el caso de personas jurídicas.

5.- Certificado del IESS o copia certificada de éste, que acredite la titularidad de un número patronal y el no encontrarse en mora de cumplimiento de obligaciones, para el caso de personas jurídicas y naturales.

6.- Demostrar una adecuada infraestructura física, organizacional administrativa y financiera que permita realizar actividades complementarias, para el caso de personas jurídicas y naturales.”¹⁰⁶

En el artículo anterior se distinguen los requisitos necesarios para obtener autorización tanto para personas jurídicas como para naturales.

Empezaremos pues a analizar los requisitos antes referidos:

.

¹⁰⁶ Reglamento de Aplicación al Mandato Constituyente Número Ocho, Art.5

El certificado de cumplimiento de obligaciones y existencia legal es un documento que la SIC emite el momento en que finaliza el trámite de constitución de una compañía, en éste documento constan la denominación de la compañía, el número de expediente asignado, la dirección, el capital social y la fecha de vigencia del mismo. (Ver anexo 4)

En el segundo numeral se solicita copia certificada de la escritura de constitución de la compañía, prescribe además que el objeto social debe ser exclusivamente para realizar actividades complementarias y que el capital suscrito debe ser de diez mil dólares de los Estados Unidos de América, pagado en numerario como analizamos anteriormente.

El siguiente requisito es la presentación del Registro Único de Contribuyentes o RUC, el cual se obtiene previamente mediante trámite ante el Servicio de Rentas Internas; así mismo se solicita copia certificado del nombramiento del representante legal de la compañía.

Otro requisito es la certificación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social -IESS- en el cual conste la titularidad de un registro y número patronal.¹⁰⁷

Así también se solicita un certificado de no encontrarse en mora en el cumplimiento de las obligaciones con el IESS, éste certificado es válido hasta finales del mes en el que fue emitido.

El último requisito es demostrar que se cuenta con una infraestructura física adecuada para la prestación de la actividad complementaria ofertada. Éste requisito es subjetivo pues depende de la inspección realizada por el delegado del Ministerio de Relaciones Laborales quien va a determinar si la infraestructura es la requerida para el pleno funcionamiento de la compañía.

¹⁰⁷ El número patronal, es un código que se obtiene con el número de RUC de la compañía y una clave, su función es la de permitir transferir o depositar las aportaciones patronales de los trabajadores, así como llevar un control de los trabajadores que ingresan y que salen de la empresa.

CAPÍTULO QUINTO

5. ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA

Después de haber realizado el análisis anterior procederemos a realizar un estudio comparativo entre las compañías de Intermediación laboral y las tercerizadoras de servicios complementarios; y las compañías de contratación de actividades complementarias después de las Reformas del Mandato Constituyente Número Ocho.

5.1. Especies de contratación laboral antes y después de las Reformas del Mandato Constituyente Número Ocho.

Para el presente capítulo empezaremos por analizar la clasificación o tipos del contrato individual de trabajo, para posteriormente distinguir las formas de contratación laboral que podían presentarse en el Ecuador antes de la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho y sus reformas.

El Código del Trabajo vigente hasta el 2008, cuando entra en vigencia el Mandato Constituyente Número Ocho, clasifica a los contratos de trabajo de la siguiente manera:

“Art. 11. El contrato de trabajo puede ser:

- a) Expreso o tácito, y el primero escrito o verbal;*
- b) A sueldo, a jornal, en participación y mixto;*
- c) Por tiempo fijo, por tiempo indefinido, de temporada, eventual y ocasional;*
- d) A prueba;*
- e) Por obra cierta, por tarea, a destajo;*
- f) Por enganche;*
- g) Individual, de grupo o por equipo; y,*
- h) Por horas.”¹⁰⁸*

Después de las reformas en la legislación laboral, estudiadas en la presente disertación, se eliminó el literal h) del artículo citado en el párrafo anterior, además prescribió la eliminación

¹⁰⁸ Código del Trabajo, Art. 11

de “... cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador...”¹⁰⁹

Por otro lado, la tercerización y la intermediación eran formas mediante las cuales se podía contratar a los trabajadores, de conformidad con lo establecido en la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, publicada en el 2006. Ambas formas de contratación fueron eliminadas mediante el Mandato Constituyente Número Ocho.

Además de las reformas anteriores, el Mandato Constituyente Número Ocho estableció los siguientes cambios en la forma de contratación de los trabajadores:

- 1.- Se crea la figura de contratación de actividades complementarias;
- 2.- Servicios técnicos especializados; y
- 3.- Contratación por jornada parcial permanente, figura que si bien ya se encontraba en plena vigencia en la normativa laboral ecuatoriana es prescrita por el texto del mandato objeto de la presente disertación.

Con respecto al primero, el Mandato 8 elimina la tercerización y la intermediación laboral, como se indicó anteriormente, y prescribe que se pueden celebrar contratos con personas (naturales o jurídicas) “...autorizadas como prestadoras de actividades complementarias por el Ministerio de Relaciones Laborales...”¹¹⁰ Para éste efecto se expide el Reglamento de aplicación del Mandato Constituyente Número Ocho así como el Instructivo para la constitución de compañías dedicadas a actividades complementarias y para la modificación del estatuto social de las constituidas con anterioridad al Mandato Constituyente 8, en el capítulo anterior estudiamos a profundidad ésta forma de contratación.

En segundo lugar, se encuentran los servicios técnicos especializados. En sus disposiciones generales el Mandato prescribe la posibilidad de contratar servicios técnicos especializados ajenos a las “...actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura

¹⁰⁹ Mandato Constituyente Número Ocho, Art.1.

¹¹⁰ Mandato Constituyente Número Ocho, Art.2.

*física y estructura organizacional, administrativa y financiera*¹¹¹ ; sin embargo, establece que para el caso de las empresas del sector estratégico público ésta contratación se puede dar civilmente.

Prescribe además, que la relación laboral entre los prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores será directa y bilateral.

Finalmente tenemos la contratación por jornada parcial permanente, la cual se encuentra prescrita en el texto del mandato objeto de nuestro estudio, después de la eliminación del contrato por horas, *“...con el fin de promover el trabajo, se garantiza la jornada parcial prevista en el artículo 82 del Código del Trabajo y todas las demás formas de contratación contempladas en dicho cuerpo legal”*.¹¹²

El mencionado artículo hace referencia a la prestación de servicios por jornada parcial permanente en el cual:

*“... la remuneración se pagará tomando en consideración la proporcionalidad en relación con la remuneración que corresponde a la jornada completa, que no podrá ser inferior a los mínimos vitales generales o sectoriales. De igual manera se pagarán los restantes beneficios de ley, a excepción de aquellos que por su naturaleza no pueden dividirse, que se pagarán íntegramente...”*¹¹³

El contrato por horas y la contratación a jornada parcial son figuras distintas; sin embargo, el legislador conservó esta segunda modalidad de contratación en beneficio de los trabajadores que no se encuentran en la posibilidad de laborar las ocho horas diarias estipuladas como jornada máxima por ley, y para empleadores que no requieran los servicios de un trabajador por la jornada completa.

Con respecto a la eliminación de la intermediación laboral y la contratación por jornada parcial, la doctora Graciela Monesterolo añade:

“..Más aún, las empresas que venían operando como intermediarias laborales, podía, acogerse a un proceso de reconversión para operar como agencias colocadoras de empleos, consultoras en selección de personal o en materia de capacitación, o en cualquier giro o negocio permitido por la ley,

¹¹¹ Mandato Constituyente Número Ocho, Disposición General Segunda.

¹¹² Mandato Constituyente Número Ocho, Art.2.

¹¹³ Código del Trabajo, Art. 82.

*según la Disposición Transitoria Primera del reglamento para la Aplicación del mandato Constituyente No.8*¹¹⁴

El contrato por jornada parcial se encuentra presente en nuestra legislación desde la promulgación de la Ley No. 90 denominada Ley de Régimen de Maquila, de Contratación Laboral a Tiempo Parcial y de Reformas al Código del Trabajo, éste tipo de contrato nació con una procedencia distinta a la que es concebida en la actualidad:

*“El contrato de trabajo a tiempo parcial procede en cualquier empresa, que fuera a establecer el trabajo permanente, sin interrupción en ningún día de la semana y que, en ella, los trabajadores que prestan servicios en los cinco días laborales de la semana no desearan trabajar en los días de descanso forzoso...”*¹¹⁵

Del párrafo antes citado podemos dilucidar que para el año 1990, el contrato de trabajo a tiempo parcial se encontraba asociado únicamente al trabajo de los días sábados, domingos y feriados y exclusivamente para las empresas que necesitaba un trabajo permanente. Por el contrario, en la actualidad el Código del Trabajo prescribe la forma de pagar una remuneración por un trabajo a tiempo parcial, mas no define esta modalidad de trabajo. Así en el presente se puede contratar bajo la modalidad de jornada parcial para una labor a ser realizada entre semana y no necesariamente para fin de semana o feriado.

Además el texto del Mandato Constituyente en sus disposiciones transitorias prescribe que:

“... los profesores de establecimientos particulares de niveles pre primario, primario, medio y superior, que no laboren jornadas completas diarias o semanales de trabajo, serán contratados mediante la modalidad de jornada parcial...”,¹¹⁶

Entonces al eliminar el contrato por horas se deja la posibilidad de que los profesores trabajen mediante la modalidad de jornada parcial y su remuneración sea proporcional de acuerdo al número de horas trabajadas. Señala además que gozarán de todos los beneficios

¹¹⁴ Graciela Monesterolo. Instituciones del Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas. Quito. Segunda edición. Corporación de estudios publicaciones.2009. Pág.129.

¹¹⁵ Julio César Trujillo, Ley No 133. Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1992. Pág.93

¹¹⁶ Mandato Constituyente Número Ocho, Disposición General Tercera.

legales que les corresponda y que “...percibirán sus remuneraciones aún en los periodos vacacionales”¹¹⁷

5.2. Diferencias.

Para analizar éste punto partiremos de la premisa básica de que con la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho se estableció en el Ecuador la figura de actividades complementarias y se reguló la contratación de trabajadores mediante jornada parcial, antes prevista en el Código del Trabajo.

Empezaremos por la contratación de actividades complementarias. Uno de los puntos más importantes de ésta forma de contratación se encuentra en que el legislador prescribió que la relación laboral entre empleador y trabajador sea bilateral y directa; y que “operará exclusivamente entre la empresa de actividad complementaria y el personal por ésta contratado...”¹¹⁸ de conformidad a lo establecido en la Constitución del Ecuador y la ley:

*“Art. 327.- La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.”*¹¹⁹

A nuestro parecer la contratación de actividades complementarias se asemeja a la eliminada tercerización de servicios complementarios; pues ambos tipos de contratación se fundamentan en una empresa usuaria que contrata los servicios de una persona natural o jurídica con la finalidad de que ésta le proporcione servicios ajenos a su giro habitual, en el caso de las actividades complementarias los servicios a ser prestados son exclusivamente los siguientes: vigilancia-seguridad, alimentación mensajería y limpieza; por su parte, la

¹¹⁷ Mandato Constituyente Número Ocho, Disposición Transitoria Tercera, inciso final.

¹¹⁸ Reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente Número Ocho, Art. 2.

¹¹⁹ Constitución Política del Ecuador, Art 327.

tercerización prescribía todas las anteriores y agregaba la frase “... y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter...”¹²⁰.

Otra de las diferencias encontradas es que la tercerización de servicios complementarios solo podía ser ejecutada por personas jurídicas, y excepcionalmente por personas naturales únicamente en los sectores de la construcción y agrícola. En cambio, las actividades complementarias pueden ser realizadas tanto por personas naturales como jurídicas (salvo la excepción de actividades complementarias de vigilancia-seguridad) y únicamente para las actividades prescritas en la ley, mismas que hemos ya mencionado con anterioridad.

Como podemos apreciar estas diferencias, desde nuestro punto de vista, son de forma más no afectan el fondo de estas modalidades de contratación; es por ésta similitud que el legislador estableció que las compañías tercerizadoras de servicios complementarios debían asumir a los trabajadores que venían prestando sus servicios para ellas y además que tenían un plazo de ciento veinte días para “...adecuar sus estatutos, contratos de trabajo con sus trabajadores, y contratos mercantiles con las correspondientes empresas usuarias, a la nueva modalidad antes indicada...”¹²¹

En segundo lugar, tenemos la eliminación del contrato por horas y la posibilidad de la contratación por jornada parcial de trabajo; en los cuales una de las principales diferencias es que en la primera se suscribía un contrato por horas, de conformidad con lo establecido en el Código del Trabajo, en el cual las partes establecían el número de horas a ser trabajadas en cualquier actividad, éste contrato era por naturaleza a plazo indefinido pues las partes podían darlo por terminado en cualquier momento sin necesidad de suscribir un acta de finiquito. El valor de la hora trabajada tenía como mínimo legal el fijado por el Estado y está incluía todos los beneficios legales, adicionalmente el trabajador debía ser afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), para éste efecto se expidieron regulaciones legales en las cuales se prescribía que el aporte mínimo sobre un trabajador era de cuarenta horas mensuales en labores con varios patrones y de ciento sesenta horas con un solo empleador.

¹²⁰ Ley Reformatoria al Código del Trabajo mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, Art. 1.

¹²¹ Mandato Constituyente Número Ocho, Disposición Transitoria, Primera, inciso final.

Por su parte, en la contratación por jornada parcial permanente, se debe suscribir un contrato individual de trabajo a plazo fijo, indefinido, a prueba, entre otros tipos de contrato establecidos en el Código del Trabajo; en el cual se establezca expresamente el número de horas diarias de trabajo, remuneración, lugar de trabajo y demás solemnidades comunes a cada tipo de contrato.

En la contratación por jornada parcial la relación laboral se puede dar por terminada por las causas y de la forma prescrita en el Código del Trabajo; además la remuneración del trabajador es proporcional a sus horas trabajadas, el salario base para esta operación no puede ser inferior al salario básico unificado, además se le cancelará lo correspondiente a todos beneficios legales, así como también tiene derecho a la afiliación al Seguro Social.

Si el trabajador excede el número de horas pactadas en el contrato su empleador pagará el exceso por concepto de horas suplementarias o extraordinarias.

“...En las jornadas parciales, lo que exceda del tiempo de trabajo convenido, será remunerado como jornada suplementaria o extraordinaria, con los recargos de ley...”¹²²

Con respecto a la afiliación al IESS se reformó mediante Resolución 274, de 2 de agosto de 2009, el Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo, el cual prescribe que:

“...el salario base de aportación al IESS del trabajador a tiempo parcial, será el ingreso efectivo del trabajador, cuando se encuentre registrado en el IESS de manera simultánea en dos o más empleadores. Cuando el trabajador a tiempo parcial se encuentre registrado en el IESS bajo un solo empleador, en ningún caso el salario de aportación será inferior al 50% del salario básico unificado, según la categoría ocupacional a la que corresponda el trabajador...”¹²³

Finalmente, es preciso mencionar que el Mandato Constituyente Número Ocho prescribe la eliminación de la precarización laboral; sin embargo, se mantienen vigentes tipos de contrato establecidos en el Código de Trabajo, tales como contratos eventuales, ocasionales y de temporada los cuales son de naturaleza precaria pues no gozan de estabilidad. Tipos de contrato que a nuestro parecer son de vital importancia para el dinamismo de las relaciones

¹²² Mandato Constituyente Número Ocho, Art. 2, inciso final.

¹²³ Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo, Art. 14, inciso tercero.

laborales al igual que la contratación por jornada parcial y por éste motivo nos parece acertada la decisión de los assembleístas de mantener estos tipos de contratación.

5.3. ¿Existen realmente modificaciones de fondo después de las Reformas del Mandato Constituyente Número Ocho?

En la práctica, después de la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho, varios trabajadores sufrieron desempleo a causa del cierre de las empresas intermediadoras, pues a pesar de que el Mandato estableció dentro de sus Disposiciones que los trabajadores intermediados debían ser “...*asumidos de manera directa por las empresas del sector privado que contrataron con las intermediarias laborales...*”¹²⁴, al igual que los trabajadores intermediados que prestaban sus servicios para empresas del sector privado, con la condición de haber prestado sus servicios por más de 180 días, no se especificó nada sobre los trabajadores que laboraban como parte de la nómina de las empresas intermediadas, los cuales resultaron automáticamente desempleados con el cierre de sus lugares de trabajo.

Lo mismo sucedió con los trabajadores que laboraban bajo la modalidad de contrato por horas y que no cumplían con lo establecido en las Disposiciones Transitorias del Mandato objeto de la presente disertación, situación que estudiaremos en las siguientes páginas.

Asimismo a causa del Mandato Constituyente Número Ocho se dieron varios despidos de trabajadores antes intermediados, tercerizados o contratados por horas, a pesar de las sanciones establecidas para estos casos.

A pesar de todo lo antes indicado, a nuestro parecer uno de los mayores cambios después de la expedición del Mandato estudiado, fue en la mentalidad de la población ecuatoriana quienes identificaban a la intermediación, contratación por horas, y tercerización como formas de abuso para los trabajadores y mecanismo de enriquecimiento para los empleadores. A esto hay que agregar que el Ministerio de Relaciones Laborales en conjunto con otras entidades del Estado han desarrollado varias formas para verificar el pleno cumplimiento del Mandato Constituyente Número Ocho, entre estas podemos mencionar a la

¹²⁴ Mandato Constituyente Número Ocho, Primera Disposición Transitoria.

recepción de denuncias, inspección de empresas e imposición y cobro de multas y sanciones a quienes incumplan con lo prescrito en el Mandato Ocho.

Inmediatamente después de la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho disminuyeron los abusos hacia los trabajadores contratados bajo las modalidades anteriormente permitidas; sin embargo, según datos proporcionados por el Banco Central la tasa de desempleo para el 30 de abril de 2008 fue de 7.94% la misma que para el 31 de marzo 2009 ascendió a 8.60% y para junio del mismo año 8.30%. Por supuesto que la tasa de desempleo no se incrementó exclusivamente como consecuencia de la expedición del Mandato 8 sino también como fruto de la crisis internacional y políticas económicas internas, pero es claro que al encarecer los costos de producción los empresarios tienden a disminuir la contratación de personal, por lo cual la tasa de desempleo y subempleo tiende a subir.

Una de las modificaciones de fondo en la legislación ecuatoriana después de la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho, fue la prescripción de sanciones para las violaciones al Código del Trabajo en las cuales no se había fijado una sanción especial. Anteriormente la norma aplicable era la prescrita en el Art. 628 del Código del Trabajo;

*“Art. 628: Cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo podrá imponer multas de hasta doscientos dólares de los Estados Unidos de América...
...Los jueces y los inspectores del trabajo podrán imponer multas hasta de cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica....”¹²⁵*

Se reforma éste artículo por el siguiente:

*“Art. 7.- Las violaciones de las normas del Código del Trabajo, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes de dicho cuerpo legal y, cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo impondrá multas de un mínimo de tres y hasta un máximo de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Igual sanción se impondrá en caso de violación de las regulaciones del presente Mandato.
Los jueces y los inspectores de trabajo podrán imponer multas de hasta tres sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general...”*

¹²⁵ Código del Trabajo, 2007, Art. 628.

Después del incremento en la sanción por la violación de las normas laborales, el Director Regional de Trabajo, los Jueces y los Inspectores de trabajo tienen mayor fuerza coercitiva para sancionar a los empleadores que incumplan con la normativa laboral. Como consecuencia, los empleadores han optado por cumplir lo prescrito en la ley a fin de evitar en lo posterior el pago de cuantiosas sanciones.

5.4. Situación actual de trabajadores que estaban contratados bajo la modalidad de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios.

El Mandato Constituyente Número Ocho, declaró concluidos todos los contratos de intermediación laboral vigentes hasta la fecha de su expedición, “...sin derecho a ningún tipo de indemnización ni reclamo de ninguna naturaleza, por parte de las empresas que venían operando como intermediarias laborales”¹²⁶.

Además dispuso que los trabajadores intermediados sean asumidos directamente por las usuarias de las intermediarias laborales, otorgándoles un año como mínimo de estabilidad, lo cual se confundió con contratos a plazo fijo por un año, lo cual explicaremos más adelante.

Por otra parte, con respecto a los trabajadores de las empresas tercerizadoras de servicios complementarios, se dispone que continúen trabajado en la misma empresa bajo la nueva modalidad de contratación establecida en los artículos 3,4,5 y 6 del Mandato Constituyente Número Ocho; y que adecuen sus “... estatutos, contratos de trabajo con sus trabajadores, y contratos mercantiles con las correspondientes empresas usuarias, a la nueva modalidad antes indicada, en el plazo máximo de ciento veinte días contados a partir de la vigencia..”¹²⁷ del Mandato.

Finalmente en cuanto a los trabajadores que prestaban sus servicios bajo la modalidad de contratación por horas por un periodo de más de 180 días antes de la expedición del Mandato, se dispuso que debían ser “ contratados de manera obligatoria bajo las distintas

¹²⁶ Mandato Constituyente Número Ocho, Primera Disposición Transitoria.

¹²⁷ *Ibidem*.

*modalidades previstas en el Código del Trabajo según lo establecido en el artículo 2^o*¹²⁸ del Mandato.

Después de haber mencionado lo prescrito por el Mandato Constituyente Número Ocho, procederemos a analizar la situación laboral de los trabajadores antes y después de la expedición del mandato citado.

Empezaremos por los trabajadores antes intermediados, las disposiciones transitorias del mandato objeto de la presente disertación, prescribían que los trabajadores intermediados debían ser contratados directamente por la empresa usuaria; con respecto a la antigüedad de los trabajadores su Reglamento manifiesta lo siguiente: *“las empresas usuarias del sector privado en su condición de sucesoras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código de Trabajo, asumen la responsabilidad patronal, por lo que estarán obligadas a cumplir los contratos de trabajo de la intermediaria laboral antecesora, reconociéndose expresamente el tiempo de servicios prestados a través de dicha intermediaria, en su relación con la usuaria”*.

En consecuencia, los trabajadores debían ser contratados, conservando su antigüedad, gozando como mínimo de un año de estabilidad, además se estableció que los trabajadores despedidos *“... a partir del primero de marzo del 2008, con motivo de la tramitación del presente Mandato, serán reintegrados a sus puestos de trabajo. El desacato de ésta disposición será sancionado con el máximo de la multa establecida en el artículo 7.... por cada trabajador que no sea reintegrado...”*, entonces es importante analizar lo que sucedió con los trabajadores un año después de la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho, esto es, abril de 2009.

Según denuncias recibidas en el actual Ministerio de Relaciones Laborales, varios trabajadores antes intermediados habían sido despedidos o notificados con desahucio después de haber transcurrido un año de haber sido asumidos por las empresa usuarias.

El problema es que la norma citada en el párrafo anterior nos indica que gozaban de un año como mínimo de estabilidad, prestándose para diversas interpretaciones; es por éste motivo que existieron varias solicitudes de desahucio para dar por terminada la relación laboral con los trabajadores antes intermediados treinta días antes de que se cumpla el año de

¹²⁸ Mandato Constituyente Número Ocho, Segunda Disposición Transitoria.

estabilidad prescrito en el mandato. Entre ellos podemos señalar el conocido caso de los trabajadores de Petroecuador.

Antonio Gagliardo, ex Ministro de Trabajo, con fecha 19 de marzo de 2009, emite un comunicado dirigido a las autoridades del Ministerio a su cargo, en el cual expresó que el criterio Ministerial era que la estabilidad extraordinaria de un año prevista en el texto del Mandato, no implica que los contratos de trabajo debían concluir un año después de su expedición; pues los trabajadores ex intermediados tenían con la empresa (antes usuaria) contratos indefinidos de trabajo, por haber sido asumidos bajo lo prescrito en el Art. 171 del Código del Trabajo, el cual expresa lo siguiente:

“Art. 171.- En caso de cesión o de enajenación de la empresa o negocio o cualquier otra modalidad por la cual la responsabilidad patronal sea asumida por otro empleador, éste estará obligado a cumplir los contratos de trabajo del antecesor. En el caso de que el trabajador opte por continuar con la relación laboral, no habrá lugar al pago de indemnizaciones....”

En el caso de no respetar la duración indefinida de la relación laboral con los trabajadores antes intermediados, los empleadores debían indemnizar a sus trabajadores de conformidad con lo establecido en el Código del Trabajo para el despido intempestivo, esto es los Artículos 154 inciso 4; 187 y 188.

Debemos mencionar también que existe un amplio número de trabajadores, quienes después de cumplido el año de estabilidad, continuaron prestando sus servicios para las empresas que los asumieron, gozando de la estabilidad laboral prescrita en el texto del Mandato.

Por otro lado tenemos a los trabajadores “ex tercerizados”, quienes de conformidad a lo prescrito en la Disposición Transitoria Primera inciso final del Mandato Constituyente Número Ocho, debían continuar laborando para su empleadora bajo la nueva modalidad de actividades complementarias. Varios de estos trabajadores quedaron desempleados pues las empresas para las cuales laboraban no reformaron sus estatutos ni contratos de trabajo para convertirse en una empresa de actividades complementarias. Por lo cual tenían la obligación de indemnizar a sus ex trabajadores, de acuerdo a lo prescrito en el Art. 193 del Código del Trabajo:

*“Art. 193. Los empleadores que fueren a liquidar definitivamente sus negocios darán aviso a los trabajadores con anticipación de un mes, y éste aviso surtirá los mismos efectos que el desahucio. Si por efecto de la liquidación de negocios, el empleador da por terminadas las relaciones laborales, deberá pagar a los trabajadores cesantes la bonificación e indemnización previstas en los artículos 185 y 188...”*¹²⁹

El mismo artículo se aplica para los trabajadores que se encontraban dentro de la nómina de las intermediadoras y prestaban sus servicios para éstas, quienes se quedaron sin empleo y su número asciende a 11.500¹³⁰ personas aproximadamente.

Además tenemos a los ex trabajadores bajo la modalidad de contrato por horas, quienes de acuerdo a datos del INEC eran el 3.8 % de la Población Económicamente Activa (PEA), los mismos que de acuerdo al texto del Mandato debían ser contratados bajo la modalidad de jornada parcial; sin embargo, recordemos que uno de los beneficios para el empleador del contrato por horas era que la relación podía darse por terminada por decisión de cualquiera de las partes sin la necesidad de la suscripción de acta de finiquito, pues bastaba con poner en conocimiento de las autoridades, del ahora Ministerio de Relaciones Laborales, la terminación del contrato hasta quince días después de suscitado el hecho; tampoco se realizaba el pago de indemnizaciones ya que todos sus beneficios se encontraban inmersos dentro del valor hora, como ya explicamos anteriormente.

Finalmente tenemos a los profesores quienes poseen un tratamiento especial, el Mandato Constituyente Número Ocho prescribe que los profesores *“...que no laboren jornadas completas diarias o semanales de trabajo, serán contratados mediante la modalidad de jornada parcial...”*. Sin embargo, no todos estos profesores prestaban sus servicios bajo la modalidad de contrato por horas, pues también eran contratados como servicios profesionales.

Figura que de conformidad con el Art. 16 del Reglamento de Aplicación se prohíbe *“...vincular... a los denominados contratos de “servicio prestado”, de “prestación de servicios” o de “servicios profesionales” con la contratación civil de servicios técnicos*

¹²⁹ Código del Trabajo, Art. 193

¹³⁰ El Universo, Mandato generará desempleo, 5 de mayo del 2008, E:\Documentos\Tercerización <http://www.eluniverso.com/> 2008/05/05/0001/8/6145A06974D84DC0BB2498CB53FCB9 FC.html, accedido 1 de agosto de 2010.

especializados. Por lo tanto mediante el Mandato Ocho se constituye una relación de dependencia entre los profesores y las instituciones educativas para las cuales prestan sus servicios. La única excepción es la prescrita en el Reglamento de Aplicación:

“Los profesores de muy alto nivel de especialización que fueren llamados a los centros de educación superior para dictar talleres, seminarios y cursos que no impliquen una actividad docente de carácter permanente y quienes ejerzan la docencia hasta por un máximo de veinticuatro horas mensuales bajo carga horaria flexible y mediante cobro de honorarios, podrán ser contratados como profesionales sin relación de dependencia...”¹³¹

De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que si bien varios trabajadores fueron despedidos o se quedaron sin empleo por el cierre de sus empresas a causa de la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho, existe una gran cantidad de trabajadores que fueron asumidos por las empresas antes llamadas usuarias, o continúan trabajando para la misma empresa pero bajo una nueva modalidad permitida por la ley; en ambos casos otorgándoles estabilidad y los demás derechos inherentes a todo trabajador.

Asimismo, debido a las sanciones previstas, los empleadores evitan desacatar lo prescrito en el Mandato. En consecuencia la situación actual de los trabajadores antes intermediados, tercerizados o contratados por horas es favorable; en cuanto se han creado mecanismos para verificar el pleno cumplimiento y sancionar la inobservancia de lo estipulado en el mencionado texto legal.

Según datos proporcionados por el Ministerio de Relaciones Laborales en la actualidad existen 1292 empresas autorizadas para prestar servicios complementarios.

5.5. Propuestas para evitar o tratar de solucionar los problemas que se puedan presentar a partir de las reformas del Mandato Constituyente Número Ocho.

¹³¹ Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número Ocho que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas, Disposición General Primera.

En seguida procedemos a realizar una propuesta para la problemática generada por la expedición del Mandato Ocho.

El primer problema que hemos podido dilucidar se presenta en la contratación por jornada parcial, en la cual el texto del Mandato prescribe que:

“...Asimismo, tendrá derecho a todos los beneficios de ley, incluido el fondo de reserva y la afiliación al régimen general del seguro social obligatorio....”¹³²

Como nos indica el texto del Mandato el salario deberá ser pagado proporcionalmente de acuerdo al número de horas trabajadas, pero en cuanto al resto de beneficios propios del trabajador tales como: decimotercera remuneración, decimocuarta remuneración y vacaciones, surge la inquietud de si deben ser liquidados aplicando la misma proporcionalidad de los salarios; o si se trata de beneficios laborales que no pueden ser reducidos.

Empezaremos por la decimotercera remuneración, la cual es también conocida como bono navideño, el Código del Trabajo la define como:

“Los trabajadores tienen derecho a que sus empleadores les paguen, hasta el veinticuatro de diciembre de cada año, una remuneración equivalente a la doceava parte de las remuneraciones que hubieren percibido durante el año calendario.”¹³³

En cuanto a éste beneficio no encontramos ningún inconveniente en su pago al trabajador, pues se procede a sumar todo lo percibido por el trabajador contratado bajo la modalidad de jornada parcial durante un año y se lo divide para doce.

A continuación tenemos la decimocuarta remuneración, la cual de acuerdo al Código del Trabajo:

“Los trabajadores percibirán, además, sin perjuicio de todas las remuneraciones a las que actualmente tienen derecho, una bonificación adicional anual equivalente a una remuneración básica mínima unificada para los trabajadores en general y una remuneración básica mínima unificada de los

¹³² Mandato Constituyente Número Ocho, Art.2.

¹³³ Código del Trabajo, Art.111.

*trabajadores del servicio doméstico, respectivamente, vigentes a la fecha de pago, que será pagada 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 Oriente. Para el pago de esta bonificación se observará el régimen escolar adoptado en cada una de las circunscripciones territoriales...*¹³⁴

En éste caso se presentan dos opciones para el pago de éste beneficio:

- a) Por un lado tenemos la opción de considerar que por tratarse de un trabajador contratado bajo la modalidad de jornada parcial, en la cual su remuneración es proporcional al número de horas laboradas el pago de la decimotercera remuneración también deberá ser proporcional a su salario.
Si seguimos ésta opción debemos precisar si ésta es una bonificación que puede ser dividida o reducida; pues se trata de un beneficio laboral cuyo objetivo principal es servir para el pago de la escolaridad de los hijos de los trabajadores.

- b) Por otra parte existe la posibilidad de pagar al trabajador la totalidad del décimo tercer sueldo; es decir la remuneración básica unificada íntegra, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 113 del Código del Trabajo. Dentro de ésta posibilidad debemos analizar si los trabajadores que laboran ocho horas diarias deberían tener el mismo beneficio que los trabajadores a jornada parcial quienes laboran menos de ocho horas diarias.

Con respecto a ésta problemática no existe ningún criterio escrito para poder resolverlo; sin embargo tanto Jueces como Inspectores del Trabajo han venido aplicando el Art. 82 del Código del Trabajo el cual prescribe:

“Si en el contrato de trabajo se hubiere estipulado la prestación de servicios personales por jornadas parciales permanentes, la remuneración se pagará tomando en consideración la proporcionalidad en relación con la remuneración que corresponde a la jornada completa, que no podrá ser inferior a los mínimos vitales generales o sectoriales.

De igual manera se pagarán los restantes beneficios de ley, a excepción de aquellos que por su naturaleza no pueden dividirse, que se pagarán íntegramente....” (Lo subrayado nos pertenece)

¹³⁴ Código del Trabajo, Art. 113

De conformidad con el artículo anterior los beneficios laborales del trabajador por jornadas parciales permanentes que por su naturaleza no puedan dividirse deben ser pagados íntegramente. Sin embargo, lo prescrito en el mencionado artículo es sujeto de distintas interpretaciones, por ser subjetivo el determinar qué beneficios del trabajador son sujetos de división o no, según su naturaleza. Desde nuestro punto de vista todos los beneficios laborales que tengan una retribución económica son divisibles, por encontrarse debidamente cuantificados y por lo tanto son sujetos de ser pagados en forma proporcional.

En cuanto a las vacaciones nos encontramos en la misma situación que en el pago del décimo cuarto sueldo pues también es un beneficio que debe ser otorgado al trabajador de manera íntegra sin importar bajo que modalidad de contrato labore, por tratarse de un beneficio que por su naturaleza es dificultoso su división. Con respecto a éste beneficio el Código del trabajo prescribe:

“Art. 69: Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables.”¹³⁵

La misma norma legal nos indica además que después de prestar sus servicios por cinco años consecutivos para el mismo empleador, el trabajador gozará de un año más de vacaciones.

En éste punto es preciso analizar si las vacaciones a las cuales tienen el derecho de gozar los trabajadores son susceptibles de división; como mencionamos anteriormente puede ser sujeto de división todo lo que pueda ser cuantificable, consecuentemente al estar consideradas mediante un número de días las vacaciones de los trabajadores contratados mediante jornada parcial pueden ser divididas y otorgadas proporcionalmente. Para lo cual proponemos aplicar una regla del tres inversa.¹³⁶

¹³⁵ Código del Trabajo, Art. 69.

¹³⁶ Un ejemplo de la proporción de vacaciones en el contrato por jornada parcial:

Mario tiene un contrato de Jornada Parcial con la Aseguradora X para la cual laborara a medio tiempo es decir 20 horas semanales. Acaba de cumplir un año de trabajo y desea gozar de sus vacaciones.

TRABAJADOR A TIEMPO COMPLETO
40 horas semanales

TRABAJADOR A JORNADA PARCIAL
20 horas semanales

40→15
20→?

Finalmente podemos agregar que existen ciertos beneficios laborales los cuales por su naturaleza no son susceptibles de división, tales como: la alimentación, uniforme o transporte, por lo tanto, estos beneficios deben ser entregados a los trabajadores sin importar si laboran jornada completa o a tiempo parcial.

Un segundo inconveniente que hemos detectado con la expedición del Mandato Constituyente Numero Ocho es en cuanto a los servicios técnicos especializados.

El texto del mandato prescribe que:

*“Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoria, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores”.*¹³⁷

El problema con el texto anterior es que no es taxativo pues al agregar la frase “... y otros”, deja la posibilidad de que los empleadores lo interprete a su conveniencia, dejando el riesgo de una futura vulneración a los derechos de los trabajadores. Es preciso recordar que el texto de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo del 2006 al mencionar los servicios a ser prestados por las tercerizadoras tampoco fue preciso, siendo este uno de los puntos por los cuales se presentaron problemas.

Otra problemática que hemos dilucidado es en cuanto a la afiliación al IESS de los trabajadores bajo la modalidad de jornada parcial, prescrita en el Mandato Constituyente Número Ocho, pues de conformidad al Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, los trabajadores que laboren para un solo empleador bajo la modalidad de jornada parcial, podrán ser afiliados al IESS con un mínimo del 50% del salario básico unificado.

$$20 \times 15 / 40 = 7.5$$

Entonces Mario tiene derecho a 8 días de vacaciones.

¹³⁷ Mandato Constituyente Número Ocho, Disposición General segunda.

Con ésta norma se está violando el principio de libre contratación según el cual las partes son libres de definir los alcances de su contrato, siempre y cuando se observe lo prescrito por la ley. El Código del Trabajo no pone un mínimo de horas a ser trabajadas y tampoco lo hace el texto del Mandato objeto de la presente disertación, lo que si prescriben ambas normas es que la remuneración de los trabajadores de jornada parcial será proporcional a una jornada completa, la cual no podrá ser inferior la remuneración básica mínima unificada.

Entonces se puede dar el caso que un trabajador labore dos horas diarias para su empleador, lo cual ésta permitido por la ley, por ser ésta una decisión tomada por mutuo consentimiento entre las partes; sin embargo, el empleador de acuerdo a lo prescrito en el Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo del IESS, tiene la obligación de afiliar a su trabajador como mínimo sobre la base del 50% del salario básico unificado, este valor correspondería al doble de tiempo que trabaja en realidad. En éste caso la afiliación al IESS económicamente no es conveniente ni para el trabajador ni para el empleador, entonces se puede dar la evasión del pago de éste beneficio laboral. Por supuesto que el IESS necesita establecer un mínimo de aporte pues con éste dinero el afiliado es beneficiario del seguro médico y de cesantía, así como de otras prestaciones que ofrece ésta institución. Por lo tanto, sugerimos que el pago sobre el aporte al IESS debe hacerse sobre los ingresos reales de los trabajadores y no fijar un mínimo; y como mecanismo para alcanzar el 50% del salario básico unificado establecido por el IESS, proponemos un subsidio por parte del Estado.

En cuanto a la prestaciones que otorga el IESS creemos que existen algunas que son sujetos de división, por ejemplo los fondos de cesantía, pensión jubilar, fondos de reserva, entre otros, los cuales son beneficios cuantificables que deberán ser entregadas proporcionalmente a los trabajadores de jornada parcial. Sin embargo, otros beneficios como el seguro de salud son por naturaleza indivisibles, y deben gozar íntegramente de ellos los trabajadores.

En la investigación hecha para la presente disertación hemos encontrado otro inconveniente en cuanto a la afiliación al seguro obligatorio del IESS que si bien no es consecuencia del Mandato Ocho, nos parece importante plantearla. El bono de desarrollo humano es un beneficio otorgado por el Estado a los sectores más vulnerables de nuestro país; sin embargo, uno de los requisitos para su obtención es no encontrarse afiliados al IESS. Esto

ha generado una doble evasión, por una parte tenemos al empleador que no cumple con su obligación de afiliarse al IESS a su trabajador, y por otra, al trabajador quien solicita a su empleador que no lo afilie para no perder el beneficio económico mensual de éste bono. En consecuencia, creemos que es necesario reformar tanto la Ley de Seguridad Obligatoria como la Ley del Bono de Desarrollo Humano, para evitar la evasión e incentivar el pago de éste beneficio al trabajador.

En cuanto a las utilidades de los trabajadores de las empresas de actividades complementarias, hemos encontrado que es preciso determinar con mayor precisión si los trabajadores tienen derecho a las utilidades de la empresa para la cual presta su servicio.

Al respecto el texto del Mandato Constituyente Número Ocho prescribe:

“Art. 4.-....Los trabajadores de estas empresas de acuerdo con su tiempo anual de servicios participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio. Si las utilidades de la empresa que realiza actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas”¹³⁸

El artículo anterior se presta para diversas interpretaciones; pues si las utilidades de la empresa de actividades complementarias son inferiores a las utilidades de la usuaria de acuerdo a éste artículo el trabajador tendría derecho al pago de utilidades de ambas empresas.

A nuestro parecer esta norma debe ser reformada, pues el espíritu de la expedición del Mandato Constituyente Número Ocho es que las actividades complementarias se presten como servicios ajenos al giro habitual de la empresa, es por esto que desde nuestro punto de vista los trabajadores solo deberían tener la posibilidad de recibir las utilidades de la empresa de actividades complementarias con la cual tienen relación laboral.

Finalmente consideramos oportuno proponer una reforma en el Código del Trabajo, en cuanto a la jurisdicción y competencia sobre conflictos laborales, como despidos intempestivos y pago de liquidaciones, para que las autoridades administrativas del Trabajo

¹³⁸ Mandato Constituyente Número Ocho, Art.4

tengan la potestad de resolver conflictos de ínfima cuantía, hasta MIL DÓLARES, por ejemplo, de esta manera evitamos que los trabajadores tengan que ir a juicio para obtener una sentencia favorable, para el cobro de sus derechos adquiridos; y consecuentemente descongestionáramos la administración de justicia por cuantías ínfimas.

6. CONCLUSIONES

Una vez que hemos terminado con el análisis propuesto para la presente disertación sobre las compañías de actividades complementarias y las reformas del Mandato Constituyente Número Ocho, podemos realizar las siguientes conclusiones:

- La flexibilización de las relaciones laborales, es un mecanismo social que permite generar nuevas reglas o modificar las existentes, bajo el marco regulatorio del estado, que en teoría debería beneficiar a ambas partes. Por medio de la flexibilización se motiva a la inversión extranjera que ve con buenos ojos la posibilidad de contratar mano de obra barata para maximizar sus ganancias; sin embargo, es necesario controlar que los derechos inherentes a los trabajadores no se vean afectados como por ejemplo seguridad social, estabilidad y continuidad.
- La expedición del Mandato Constituyente Número Ocho reformó las formas de contratación laboral en el Ecuador introduciendo en su normativa las actividades complementarias; sin embargo, y como ya hemos analizado en la presente disertación, la recién creada figura guarda bastante similitud con la eliminada tercerización de servicios complementarios, difiriendo solo en pocos aspectos tales como: la tercerización comprendía además de los servicios de vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería o limpieza, cualquier otro que tenga el carácter de no relacionado al giro habitual de la empresa usuaria. La otra diferencia encontrada es que los servicios de tercerización podían ser prestados únicamente por personas jurídicas y excepcionalmente por personas naturales en los casos prescritos en la ley.
- Las actividades complementarias pueden ser realizadas por personas naturales o jurídicas; en el análisis de la presente disertación hemos estudiado a las jurídicas; denominadas compañías de actividades complementarias, las cuales son sociedades constituidas al amparo de la ley, cuyo objeto social es prestar uno o más de los siguientes servicios a una usuaria: vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería o limpieza. Después de haber realizado la investigación para la elaboración de la presente disertación podemos sugerir que la autorización para la prestación de actividades complementarias debería otorgarse exclusivamente a sociedades, por las

siguientes razones: El capital social para constituirse en una compañía de actividades complementarias es como mínimo de diez mil dólares de los Estados Unidos de América, lo cual de alguna manera resguarda los derechos de los trabajadores en caso de cierre de la compañía. En segundo lugar tenemos la regulación por la Superintendencia de compañías organismo que junto al Ministerio de Relaciones Laborales tiene la facultad de controlar a éste tipo societario. Finalmente que una compañía por todas las razones antes mencionadas proporciona mayor confianza y seguridad a la empresa usuaria así como a sus trabajadores.

- Las compañías de actividades complementarias son sociedades mercantiles reguladas por la Ley de Compañías, las cuales para ser constituidas deben cumplir con los requisitos establecidos en ésta ley, y además con lo prescrito para éste tipo societario especial. Posteriormente se debe obtener una autorización de funcionamiento emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales, solo después de cumplir todos esos requisitos se puede funcionar legalmente como una compañía de actividades complementarias. En la presente disertación hemos enumerado los pasos requeridos para constituir una compañía, trámite que tarda aproximadamente treinta días sin contar con el tiempo necesario para obtener la autorización del Ministerio de Relaciones Laborales. Nuestro país es uno de los que más tiempo requiere para constituir una sociedad, por lo que sería de gran beneficio si se modificara la legislación sobre el tema para aminorar los plazos de constitución.
- Es de vital importancia que los organismos encargados del control de las compañías de actividades complementarias, tales como el Ministerio de Relaciones Laborales y la Superintendencia de Compañías, realicen un control periódico de éstas empresas con el fin de verificar si están cumpliendo con el objeto social para el cual fueron constituidas y con lo previsto en la ley, de ésta manera se podrán evitar abusos en contra de los trabajadores.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Bejarano Silvia. “Principios del Derecho Laboral”. OIT/ILANUD, Módulo de capacitación: derecho laboral. Programa Mujer, Justicia y Género. Costa Rica. 2001.
- Blanco Mario. Las relaciones laborales en el marco de la globalización económica: los principios del derecho laboral, su regulación y sus tendencias. Costa Rica, escuela judicial de Costa Rica, 1996.
- Brunetti Antonio. Sociedades mercantiles. México. Editorial jurídica universitaria.2006.
- Cabanellas de las Cuevas Guillermo. Introducción al derecho societario. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. 1993.
- Código Civil Codificación. Suplemento del Registro Oficial No. 46. 24 de junio de 2005.
- Código del Trabajo Codificación. Suplemento del Registro Oficial No. 167. 16 de diciembre de 2005.
- Código de Comercio Codificación. Suplemento del Registro Oficial No. 1202. 20 de agosto de 1960.
- Código Sustantivo del Trabajo Colombia. Reformado mediante Ley No. 50 de diciembre 28 de 1990.
- Constitución Política de la República del Ecuador. 6 de marzo de 1945.
- Constitución del Ecuador. Codificada el 16 de mayo de 1984. Registro Oficial No. 569, 1 de septiembre de 1983.
- Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No.01. 11 de agosto de 2008.
- Constitución de la República del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.

- Dávila Torres César. Derecho Societario. Quito. Corporación de estudios y publicaciones. 1999.
- Decreto Ejecutivo No. 1313. Publicado en el Registro Oficial No 427. 17 de septiembre de 2008.
- Decreto No. 2166. Normas que deben observarse en la prestación de servicios de intermediación laboral conocida como tercerización. Registro Oficial No. 442. 14 de Octubre de 2004.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22da. Edición, España.
- Egas Peña Jorge. “Las Reformas Laborales”. Revista Jurídica online, mayo de 1992, Quito, 1992.
- Espinosa, Betty. Mundos del trabajo, flexibilidad y comercio justo en Ecuador Informe final del concurso: Transformaciones en el mundo del trabajo: efectos socioeconómicos y culturales en América Latina y el Caribe. Internet. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/semi/2005/trabajo/espinosa.pdf>. Acceso: 05/02/2010.
- Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Resolución PLE-TSE-2-1-3-2007 Tribunal Supremo Electoral. 01 de marzo de 2007.
- Fecci Esther y Wenzel Angélica. “La Externalización: Efectos Laborales de una Vía para el Desarrollo Industrial”. Revista Austral de Ciencias Sociales. Nº 5, Santiago, 2001.
- Gamonal Contreras Sergio. Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Cono Sur, 1998.
- Hernández Sabino. La tercerización: los conceptos universales, la institución en el Ecuador, breve análisis de la ley promulgada el 23 de junio de 2006, algo de derecho comparado. Guayaquil. Editorial Poligráfica. 2006.

- Instructivo para la constitución de compañías dedicadas a actividades complementarias y para la modificación del estatuto social de las constituidas con anterioridad al mandato constituyente N° 8. Registro Oficial No. 394. 1 de agosto de 2008.
- Javier Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales. 2005.
- Lefcovich Mauricio. Desburocratizar? Tercerización? Teletrabajo. El DTT como reingeniería para la productividad. Internet, <http://www.monografias.com/trabajos16/desburocratizar/desburocratizar.shtml#BIBLIO>, Acceso: 20/02/2010.
- Ley 14 1994, España.
- Ley de Compañías Ecuador. Registro Oficial No.312. 05 de Noviembre de 1999.
- Ley No 48. Registro oficial No. 298. 23 de junio del 2006.
- Ley No. 133. Ley Reformatoria al Código de Trabajo. Ecuador. Suplemento del Registro Oficial No 817.
- Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios. Suplemento del Registro Oficial No. 298. 23 de junio de 2006.
- López Carlos. “OUTSOURCING Herramientas para el Análisis Económico y Estratégico”. Revista Gestión, Vol. 1, No. 2, Marzo - Abril de 1996. Quito, 2006.
- Mandato Constituyente Número Ocho. Suplemento del Registro Oficial No. 330. 6 de mayo de 2008.
- Mandato Constituyente Número Veintitrés. Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 458. 31 de octubre de 2008.

- Monesterolo Lencioni de Ramírez Graciela. Introducción al estudio del derecho laboral y relación individual de trabajo: herramientas didácticas. Primera Edición. Quito. Corporación de estudios y publicaciones, 2005.
- Monesterolo Lencioni de Ramírez Graciela. Instituciones del derecho laboral individual. Herramientas didácticas. Segunda Edición. Quito. Corporación de estudios y publicaciones, 2009.
- Oyarte Martínez Rafael, El Poder Constituyente Derivado. Internet. http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=256 9. Acceso: 30/072010.
- Páez Andrés. Intermediación laboral, tercerización de servicios y colocación de personal: análisis jurídico de la legislación ecuatoriana. Quito, Editorial Che, 2006.
- Plá Rodríguez Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires. editorial Depalma. 1990.
- Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo. Suplemento del Registro Oficial No. 458. 31 de octubre de 2008.
- Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Suplemento del Registro Oficial No.236. 20 de diciembre de 2007.
- Reglamento de aplicación de la Ley Reformatoria al Código de Trabajo mediante la cual se regula la actividad de la intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios.
- Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente número ocho que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas. Registro Oficial No. 353. 05 de junio del 2008.
- Reglamento para la constitución y actos societarios que realicen las compañías dedicadas a la prestación de servicios de intermediación laboral y tercerización de

servicios complementario, control y disolución por revocación de autorización para su funcionamiento, Registro Oficial No. 169. 13 de junio de 2007.

- Salgado Pesantes Hernán. Introducción al Estudio del Derecho. Quito. Editora Nacional. 2002.
- Salgado Pesantes Hernán. Lecciones de derecho constitucional. Quito. Editorial Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 1996.
- Sánchez Marcelo. “Precarización del empleo y actores sociales. Estado, Empresarios, Sindicatos y Trabajadores Jóvenes en América Latina”. Nueva Sociedad, Buenos Aires, 1992-1993.
- Trujillo Julio Cesar. Derecho del trabajo. Quito. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Tomo I. 1986.
- Trujillo Julio Cesar. Ley N. 133. Quito. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 1992.

8. ANEXOS

ANEXO 1

Cuadro No. 1
Empresas de tercerización e intermediación laboral según provincias,
Autorizadas por el Ministerio de trabajo hasta el 30-04-2008

Total provincia		Tercerización de servicios complementarios			Intermediación laboral		
		Total	Nuevas	Renovadas	Total	Nuevas	Renovadas
Azuay	84	45	32	13	39	3	36
Chimborazo	13	11	8	3	2	2	
Cotopaxi	5	4	2	2	1		1
El Oro	23	21	17	4	2	1	1
Esmeraldas	55	5	4	1	50	19	31
Guayas	401	209	127	82	192	56	136
Imbabura	10	8	7	1	2	1	1
Loja	11	8	4	4	3		3
Los Ríos	10	2	2		8	2	6
Manabí	24	14	10	4	10	3	7
Orellana	12	2	1	1	10	10	
Pichincha	384	282	192	90	102	31	71
Sto D.de los							
Tsáchilas	16	7	4	3	9	7	2
Sucumbios	29	1	1		28	3	25
Tungurahua	16	16	9	7			
Zamora	1	1	1				
Total	1094	636	421	215	458	138	320

Fuente: Econ. Cristóbal Aguilar, Información y Estadísticas
 Ministerio de Trabajo y Empleo

ANEXO 2

CASO I:

SANDRA FIALLOS BONILLA CONTRA BESTPEOPLE S.A. Y CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES C.N.T.

No. Causa: 2010-0211

Judicatura: PRIMERA SALA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Acción/Delito: HABERES E INDEMNIZACIONES LABORALES

Actor/Ofendido: SANDRA FIALLOS BONILLA

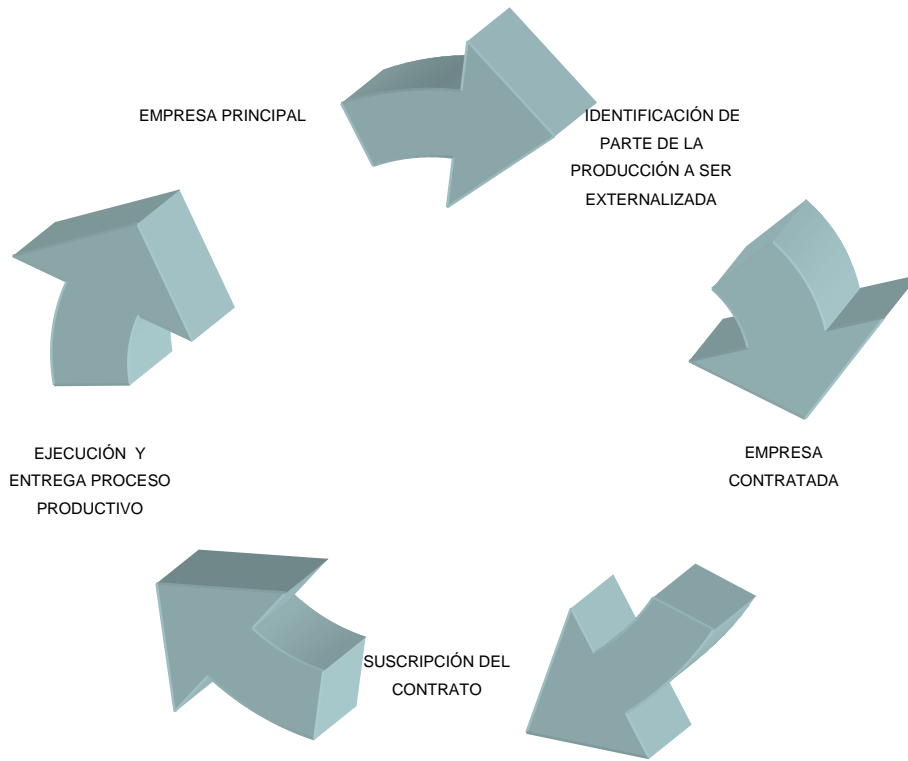
Demandado/Imputado: FERNANDO JULIÁN ORDÓÑEZ VILLACRESES,
GERENTE GENERAL DE LA CIA. BESTPEOPLE S. A.
CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES
CNT. EP.
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

2 2010-05-14 SENTENCIA

VISTOS.- Avoca conocimiento de la presente causa el dr. Estuardo Ramírez Molina, Conjuez Permanente.- En el juicio de trabajo que sigue SANDRA VERÓNICA FIALLOS BONILLA, en contra de la Empresa Estatal ANDINATEL S.A., como principal y para quien ha prestado sus servicios y de la tercerizadora BESTPEOPLE S.A. y solidariamente a sus representantes legales señores CESAR ALFREDO EFRAÍN REGALADO IGLESIAS, Presidente Ejecutivo de ANDINATEL S.A., así como por sus propios derechos al señor FERNANDO JULIÁN ORDÓÑEZ VILLACRESES, Representante Legal de la tercerizadora demandada BESTPEOPLE S.A., el señor Juez Primero de Trabajo de Pichincha, dicta sentencia el 24 de febrero de 2010, a las 17h2, desechando la demanda de la que interpone recurso de apelación la actora y a la que se adhiere la parte demandada.- Radicada la competencia en la Sala por el sorteo de Ley, para resolver, se considera: PRIMERO.- Se ha dado a este juicio el trámite previsto en la Ley, no habiéndose omitido solemnidad sustancial alguna, ni violado el trámite, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO.- Sandra Verónica Fiallos Bonilla, comparece a fs. 1 y manifiesta que, conforme se desprende del mecanizado del IESS de historia laboral y tiempo de servicios que acompaña, a prestado sus servicios lícitos y personales bajo la dependencia de la Compañía BESTPEOPLE S.A., tercerizadora y responsables de dotar de personal a la Compañía Estatal ANDINATEL S.A., en la provincia de Orellana, cumpliendo la función de Operadora Telefonía Nacional, dentro de las instalaciones de Andinatel S.A., desde el 1 de diciembre del 2002 hasta el 30 de marzo del 2005, en el horario y con la remuneración que indica.- Que, el 30 de marzo del 2005 ha sido despedida intempestivamente de su trabajo.- Que, con estos antecedentes demanda en juicio de trabajo, cuyo procedimiento es oral el pago de los

rubros que determina en su libelo inicial.- Citados los demandados y el señor Procurador General del Estado contestan la demanda en la Audiencia Preliminar, en la que deducen las excepciones constantes en los escritos de fs. 29 a 31, 42, 43 y 45.- Concluida la Audiencia Definitiva, el Juez de Origen dicta la sentencia recurrida.- TERCERO.- La existencia de la relación laboral entre la actora y la Compañía BESTPEOPLE S.A., desde el 1 de diciembre del 2002 hasta el 14 de marzo del 2005, se desprende de la contestación a la demanda fs. 42; del Contrato de Trabajo de fs. 113; del Acta de Finiquito, suscrita por las partes fs. 114; del mecanizado de aportes al IESS.- De las pruebas que obran de autos se desprende que la beneficiaria del trabajo de la accionante es la Compañía Estatal ANDINATEL S.A., usuaria de la intermediaria BESTPEOPLE S.A., y por lo mismo solidariamente responsable en las obligaciones patronales al tenor de la disposición del Art. 35 numeral 11) de la Constitución Política de la República vigente a la fecha de la relación laboral; por lo que no existe falta de legitimo contradictor ni ilegitimidad de personería, excepciones alegadas por los demandados; pues se dirige la demanda en contra de quienes están llamadas a contradecir en la causa y de dichas empresas debidamente representadas por sus representantes legales.- CUARTO.- La accionada Compañía BESTPEOPLE S.A., en su escrito de contestación a la demanda (fs. 42), alega prescripción de la acción. Al respecto, se observa: La prescripción de una acción, es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo (Arts. 2392 y 2414 del Código Civil).- A su vez el Art. 35 numeral 4) de la Constitución Política del Estado vigente a esa fecha determina que “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración. Las acciones para reclamarlos prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contado desde la terminación de la relación laboral”. A su vez la ley de la materia en el Art. 635 establece “Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral...”.- En el caso sub judice, el nexo de trabajo existente entre las partes, según lo expresado por la parte accionada al contestar la demanda ha concluido el 14 de diciembre del 2005, lo cual se halla corroborado con el acta de finiquito de fs. 114, y el carné de afiliación al IESS de la accionante que obra a fs. 52, en consecuencia, aquella tenía hasta el 13 de marzo de 2008 la facultad de ejercer su derecho; más sucede que la citación a FERNANDO JULIAN ORDÓÑEZ VILLACRECES se realiza los días 24, 25 y 26 de marzo del 2008, esto es fuera del plazo previsto en la norma trascrita, operando de esta forma la prescripción.-En virtud de lo expuesto, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, desecha el recurso de apelación interpuesto por la accionante y en los términos de este fallo confirma el venido en grado y desecha la demanda por prescripción de la acción.- NOTIFÍQUESE.-

ANEXO 3 PROCESO DE EXTERNALIZACIÓN



ANEXO 4

CERTIFICADO DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES Y EXISTENCIA LEGAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR



SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS
REGISTRO DE SOCIEDADES

CERTIFICADO DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES Y EXISTENCIA LEGAL

No. 554325

DENOMINACIÓN DE LA COMPAÑÍA:

LAVANDERIAS PICHINCHA LAVANPICHINCHA S.A.

NUMERO DE EXPEDIENTE: 63799 - 2010 RUC:

DIRECCIÓN: AV. 6 DE DICIEMBRE Y ISAAC BARRERA No.: 51165 BARRIO: EL INCA

CIUDAD: QUITO

TELÉFONO: 2415592

CERTIFICO QUE LA COMPAÑÍA ARRIBA CITADA, HA CUMPLIDO CON LAS DISPOSICIONES CONSTANTES EN LOS ARTÍCULOS 20 Y 449 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS VIGENTE

LA COMPAÑÍA TIENE ACTUAL EXISTENCIA JURÍDICA Y SU PLAZO SOCIAL CONCLUYE EL: 04/11/2110

CERTIFICACIÓN VALIDA HASTA EL: **30/04/2011**

CAPITAL SOCIAL: USD \$ 800,0000

POR LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS.

Ximena Valencia Coloma
Delegada del Secretario General

FECHA DE EMISIÓN: 09/11/2010 11:00:15

ADVERTENCIA: CUALQUIER ALTERACIÓN AL TEXTO DEL PRESENTE DOCUMENTO, COMO SUPRESIONES, AÑADIDURAS, ABREVIATURAS, BORRONES O TESTADURAS, ETC. LO INVALIDAN.

ximenav