

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

Los Efectos del Condicionamiento del Plazo de un Contrato de Trabajo a la Duración de un Contrato de Servicios Complementarios en Base al Artículo 169 numeral 3ero del Código de Trabajo

JUAN ESTEBAN ESPINOSA SERRANO

Dr. José Luis Guzmán, Director de Tesis

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de Magíster en Derecho de Empresa

Quito, diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

Los Efectos del Condicionamiento del Plazo de un contrato de trabajo a la duración de un contrato de servicios complementarios en base al artículo 169 numeral tercero del Código del Trabajo

Juan Esteban Espinosa Serrano

José Luis Guzmán, M.A.
Director de Tesis y Miembro del Comité de Tesis

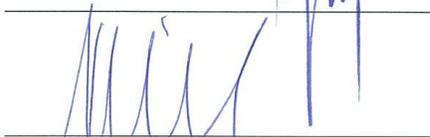


Vladimir Villalba, M.A.
Presidente y Miembro del Comité de Tesis



José Irigoyen, Ph.D.
Miembro del Comité de Tesis

Vladimir Villalba, M.A.
Director de la Maestría en Derecho de Empresa



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 10 de diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO:

"Los Efectos del Condicionamiento del Plazo de un Contrato de Trabajo a la Duración de un Contrato de Servicios Complementarios en Base al Artículo 169 numeral 3ero del Código de Trabajo"

ALUMNO: JUAN ESTEBAN ESPINOSA SERRANO

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

a) Importancia del problema presentado.

La terminación de las relaciones laborales siempre son un tema delicado dentro de esta rama del derecho y más aún cuando las mismas implican el pago de importantes indemnizaciones. Por consiguientes buscar una alternativa a las empresas que les permita ajustar las relaciones laborales a su propia realidad y necesidad, es indispensable, con seguridad jurídica y cumplimiento de la Ley, sin vulnerar derechos del trabajador.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis respecto a si un contrato de trabajo puede ser condicionado a una relación contractual civil bajo el marco normativo laboral actual, ha sido tratada muy poco en nuestro medio, pero sin lugar a duda llama la atención por las implicaciones positivas y progresistas que podría tener.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Cabe recalcar que no existe mucho material en nuestro país que trate este tema, o al menos, no bajo el enfoque que se lo está dando, razón por la cual es fundamental recurrir al derecho comparado para entender la realidad de otros medios similares al nuestro. En este aspecto el estudio cumple con lo requerido.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El contenido argumentativo justifica plenamente la hipótesis planteada y cumple con el objetivo del estudio mediante el uso de bibliografía local y comparada, así como de textos legales y jurisprudenciales.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.



Fueron cumplidas a cabalidad y se realizaron los cambios sugeridos a lo largo del proceso.

FIRMA DIRECTOR:



Dr. José Luis Guzmán G.

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuestos en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Juan Esteban Espinosa Serrano

C.C. 171370061-3

Fecha: Quito, diciembre de 2015

*Dedico este trabajo a mi esposa
María Fernanda, quien siempre estuvo
a mi lado y me apoyó hasta el final.
A mis padres por su amor incondicional
y todas las oportunidades que me
han brindado a lo largo de mi vida.*

Resumen

La legislación laboral ecuatoriana se caracteriza por su rigidez y sobreprotección al trabajador, al punto de contemplar medidas y garantías que no siempre van de la mano con la realidad empresarial o económica de los empleadores. Uno de estos casos es la garantía de estabilidad a favor de los trabajadores y las consecuentes indemnizaciones que los empleadores deben reconocer en caso de incumplirla.

Existen situaciones en las que los empleadores se ven en la inminente necesidad de dar por terminada ciertas relaciones laborales por razones muchas veces ajenas a su voluntad, pero al no encajar la causa dentro de una de las causales de visto bueno, conllevaría el pago de cuantiosas indemnizaciones. Esta realidad la viven a diario las empresas prestadoras de servicios complementarios quienes contratan personal para cubrir los requerimientos de sus clientes, sin embargo, si uno de ellos decide dar por terminada la relación comercial, entonces la prestadora del servicio se ve en la dificultad de tener que liquidar el personal que se ha quedado sin un puesto de trabajo. Precisamente allí nace la necesidad de buscar una alternativa legal que permita a los empresarios condicionar la subsistencia de sus relaciones laborales a la vigencia del contrato civil que generó dichas contrataciones de personal, de tal manera que si la fuente de ingresos cesa, cese también las obligaciones laborales para con el personal directamente afectado. El presente estudio consiste precisamente en analizar los efectos del condicionamiento de a vigencia de un contrato laboral a la de un contrato de prestación de servicios complementarios.

Abstract

Ecuadorian labor law is characterized by its rigidity and overprotection for workers, to the point it contemplates several measures that not always go hand in hand with the business or economic realities of employers. One such case is the guarantee of stability for workers and consequential severance that employers must pay if such a breach would occur.

There are situations where employers are in imminent need to terminate certain labor relations for reasons often beyond their control, but because such reasons are not contemplated by law, it will necessarily imply the payment of a substantial compensation. This reality is experienced on a daily basis by complementary service providers who hire personnel to meet the requirements of its customers, however, if one of such customers decides to terminate their business relationship, then the service provider has to face the challenge to liquidate those employees out of a job. Due to this fact, it is an absolute necessity to seek for a legal alternative that allows employers to condition the validity of a labor contract to the term and existence of the civil contract that generated such hiring of personnel, so that if the source of income ceases, labor obligations for staff directly affected will also cease. The present study consists precisely on analyzing the effects of conditioning the duration of an employment contract to a complementary services contract.

Índice

Introducción	10
Capítulo 1	17
La Relación Laboral en el Derecho Ecuatoriano	17
1.1 El Derecho Laboral y la Relación Laboral en el Ecuador. -.....	18
1.1.1 Definición.-.....	18
1.1.2 Contrato individual de Trabajo.-	22
1.2 Principios Fundamentales del Derecho Laboral Ecuatoriano. -	24
1.2.2 <i>Indubio Pro Operario.</i> -	26
1.2.3 Estabilidad.-	28
1.3 Mandato Constituyente 8 y prohibición de tercerización. -.....	31
1.3.1 Prohibición de tercerización y sus razones.-.....	31
1.3.2 La tercerización en la Constitución de la República del Ecuador.-	33
1.4 Las formas de terminación del contrato de trabajo previstas en la legislación Ecuatoriana. -	34
1.4.1 Mutuo acuerdo de las partes.-.....	35
1.4.2 Desahucio.-.....	36
1.4.3 Visto Bueno.-.....	39
1.4.4 Terminación Unilateral por parte del Empleador o Despido intempestivo.-	41
1.4.5 Cumplimiento del servicio o trabajo para el cual el trabajador fue contratado.-.....	43
Capítulo 2	46
Mandato Constituyente 8 y la Creación de la Figura de Contrato Civil de Prestación de Servicios Complementarios	46
2.1 La tercerización. -.....	47
2.2 Responsabilidad. -	49
2.3 Contrato de Servicios Complementarios. -	54
2.3.1 Concepto.-	55
2.3.2 Aplicación.-	57
2.3.3 Limitaciones.-	58
2.4 Responsabilidad laboral solidaria del contratante. -.....	60
2.5 Protección al trabajador involucrado en una relación civil de servicios complementarios. -	62

2.6 Rol del Ministerio de Relaciones Laborales para controlar y supervisar la aplicación de contratos de servicios complementarios.-	66
2.7 Contradicciones derivadas de la creación de la figura del Contrato de Servicios Complementarios.-	69
Capítulo 3	72
Efectos de la Terminación de un Contrato de Trabajo Como Consecuencia de la Terminación de un Contrato Civil de Prestación de Servicios Complementarios	72
3.1 Efectos de la terminación de un contrato civil/mercantil.-	75
3.1.1 Principio de Legalidad, Libertad contractual de las partes.-	78
3.1.2 Obligatoriedad de cumplimiento del contrato, el contrato es ley para las partes.-..	80
3.1.3 Formas de terminación y posibles indemnizaciones.-	81
3.2 Efectos de la terminación de un contrato laboral por parte del empleador.-	83
3.2.1 Obligaciones del empleador.-	84
3.2.2 Indemnizaciones.-	84
3.2.3 Terminación o despido ineficaz.-	87
3.3 Efectos del Condicionamiento de la terminación de la relación laboral en base al artículo 169 numeral tercero del Código de Trabajo a la terminación de un contrato civil de prestación de servicios complementarios.-	89
3.3.1 Antecedentes en el derecho Ecuatoriano.-	92
3.3.2 Del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio.-.....	96
3.3.3 La Terminación de la relación contractual y el condicionamiento de un contrato de trabajo en derecho comparado.-	97
3.3.1. España.-.....	98
3.3.2 México.-	100
3.3.3 Argentina.-	102
3.4 Conclusiones.-	103
Recomendaciones finales.-.....	112
Bibliografía	114
Anexo A	117
Anexo B	124

Introducción

Dentro de toda sociedad uno de los temas más delicados a tratar y regular por parte de las autoridades es el trabajo y Ecuador no es la excepción. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el Trabajo es: "ocupación retribuida"¹. Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador define al trabajo de la siguiente manera:

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado².

El trabajo es un derecho de todo individuo y es un interés indispensable para cada estado debido a las repercusiones económicas que tiene. El trabajo es el motor de toda economía. Entrando más en materia, toda relación laboral está formada por dos partes, la empleadora y la trabajadora. El derecho laboral está en la obligación de regular esta relación tan particular con el objeto de que cada uno de los intervinientes, y el Estado en sí, logren un resultado positivo, siendo lo que cada una de ellas busca, un objetivo distinto. Para el trabajador el principal objeto es una remuneración justa que le permita vivir dignamente; para el empleador el objetivo es tener una persona capaz que le ayude con determinada labor dentro de su empresa; y, finalmente para el Estado, el interés es la producción, consumo y el bienestar general de la sociedad.

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Mateu-Cromo, 2001. "Trabajo". p. 2204.

² Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008. Art. 33.

El Código de Trabajo Ecuatoriano, que es la recopilación de los derechos laborales detallados en la Constitución y Principios Internacionales, tiene como fin regular la relación de trabajo con el objeto de brindar un equilibrio justo a ambas partes, sin embargo, existen realidades que muchas veces las leyes no cubren expresamente y la normativa debe interpretarse de manera tal que no vulnere los derechos ni de los trabajadores ni de los empleadores. Tras una breve revisión del Código de Trabajo podemos observar que expresamente define diferentes tipos de contratos, dando de alguna manera, la impresión de ser las únicas figuras posibles de contratación laboral. Los principales tipos de contratos que define el Código son: eventual, de temporada, por tarea, de obra, a destajo, por tarea y a prueba. Adicional a los ya mencionados, no podemos olvidar el contrato tipo, es decir, en caso de que no se pacte expresamente uno de los antes mencionados, toda relación laboral se entenderá como indefinida³. El propósito de este contrato es brindar estabilidad a la parte más débil de la relación laboral que es el trabajador.

La estabilidad es un tema sumamente delicado en lo que al derecho laboral respecta, pues ésta lleva consigo necesariamente el eventual reconocimiento de indemnizaciones en caso de que no sea respetada. El interés del Estado es que exista la mayor cantidad de personas posibles con un trabajo estable pues esto permite a las personas programar sus vidas de manera organizada y en base a un ingreso de alguna manera, seguro. Precisamente por esta razón, cuando dicha estabilidad es vulnerada por hechos ajenos al trabajador, el Estado en términos generales, obliga al empleador a reconocer una indemnización que le permita al

³ Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Registro Oficial Suplemento No. 483 de 20 de abril de 2015. Art. 2.

trabajador subsistir y cumplir con sus obligaciones hasta que consiga un nuevo puesto de trabajo. Lamentablemente, no todas las terminaciones laborales ocasionadas por el empleador, se deben por temas de negligencia de éste ni por un deseo injustificado, sino que dicha decisión está motivada por relaciones comerciales y económicas que le obligan a tomar medidas drásticas para evitar un mal peor que podría significar el cierre del negocio en sí. Es por esta razón que las normas laborales no pueden ignorar estas eventuales realidades y deben de alguna manera brindar alternativas objetivas que se ajusten a las realidades de cada una de las partes.

Aun cuando el artículo 14 del Código de Trabajo no mencione expresamente como modalidad de contrato uno que permita condicionar el plazo de la relación laboral a la existencia o vigencia de un contrato civil-comercial de la cual dependa determinado negocio, llegamos al artículo 169 de dicho cuerpo legal el cual detalla las causales de terminación de las relaciones laborales. La que nos llama la atención y es motivo de la presente investigación, es aquella contemplada en el numeral tercero donde se menciona la posibilidad de terminar la relación laboral por la conclusión del servicio para el cual el trabajador fue contratado. Esto brinda, de alguna manera una alternativa a los empleadores cuya obligación o necesidad de contratar personal, está estrictamente ligada a la relación contractual que tienen con sus clientes y a sus diversos requerimientos, como por ejemplo, aquellos cuyo objeto social es la prestación de servicios complementarios.

Para comprender la naturaleza de los servicios complementarios y sus implicaciones, es importante hacer relación al Mandato Constituyente No. 08

promulgado en el año 2008 por la Asamblea Constituyente, el cual tuvo como objeto principal la eliminación de la tercerización. Tras realizar el análisis de las implicaciones que dicha eliminación tendría, reconsideraron la posibilidad de contratar o tercerizar únicamente cinco tipos de servicios los cuales llamaron como “servicios complementarios”. Estos servicios son: alimentación, seguridad, vigilancia, mensajería y limpieza. Todo otro servicio puede ser contratado bajo una figura civil siempre y cuando el mismo no tenga relación alguna con el giro de negocio propio del contratante so pena de considerarse tercerización. El Mandato 8 y su respectivo reglamento, con el objeto de precautelar los derechos de los trabajadores ligados a este tipo de servicios, establecen una serie de condiciones específicas para la aplicación de los contratos complementarios que no es más que una relación civil comercial entre dos agentes, que versa sobre los servicios que serán prestados por los trabajadores del contratista. Principalmente, estos contratos buscan la estabilidad e igualdad de condiciones de los trabajadores y evitar cualquier tipo de abuso por parte de la empresa contratante y de la contratista.

El contrato civil de prestación de servicios complementarios es un contrato híbrido pues enmarca principios de derecho civil y aspectos de derecho laboral, pero en esencia, es un contrato civil-mercantil. Como tal, y como cualquier relación comercial, ésta puede terminar por una serie distintas de condiciones que nada tienen que ver con realidades de aspecto laboral. Dicha terminación, inevitablemente implica que el contratista se verá en la muchas veces inesperada necesidad de reubicar al personal que tenía asignado con aquel cliente, en otras plazas dentro de su propia organización. Esta reubicación en algunos casos puede no ser posible,

razón por la cual, frente a la relación laboral que tiene con sus empleados, significaría que tendría que dar por terminada la relación laboral y pagar las indemnizaciones del caso, mismas que pueden llegar a ser sumamente cuantiosas, como se verá más adelante. Una alternativa que tendría el empleador para evitar este inconvenientes, sería precisamente celebrar un contrato a plazo indefinido pero incluyendo como causal de terminación automática del mismo, la terminación del servicio para el cual el empleado ha sido contratado, es decir, aplicar precisamente el numeral tercero del artículo 169, lo que inevitablemente implicaría que de darse por terminado el contrato de servicios complementarios, el contrato de trabajo terminaría debiendo el empleador pagar únicamente los proporcionales de ley al trabajador, pero no deberá reconocer una indemnización por despido intempestivo.

El presente estudio se enfoca entonces en analizar y apoyar la tesis de que dicho condicionamiento es perfectamente válido y legal y en consecuencia debe ser fomentado y desmitificado como perjudicial para los trabajadores, pues se debe comprender que las relaciones laborales van muy de la mano de las relaciones comerciales que mantienen los empleadores. Para ello, es indispensable iniciar con un breve análisis sobre la conceptualización y definición del trabajo en base a la doctrina, analizar los principios laborales, el derecho laboral contemplado como un derecho social y en consecuencia el impacto que éste tiene en toda sociedad y el marco legal que regula esta materia en el Ecuador. Como se lo analizará más adelante, independientemente de los principios laborales que se aplican a nivel mundial, notarán que el derecho laboral ecuatoriano tiende a "sobreprometer" a los trabajadores y a hacerlos aún más extensivos legislando desde la premisa de que el

empleador, de alguna u otra manera, tomará ventaja o abusará de su posición natural de poder para beneficiarse y así perjudicar al trabajador. Justamente uno de estos ejemplos, fue la ya mencionada prohibición de la tercerización y promulgación del Mandato 8.

En el Capítulo Segundo, precisamente profundizaremos en el Mandato 8 como tal, los motivos de su promulgación y la necesidad de la creación de una nueva figura que disminuya el impacto de la prohibición de la tercerización y que precisamente fue la de los Contratos Complementarios y de Servicios Técnicos Especializados. Figuras absolutamente innovadoras y que nacen de la necesidad de afrontar una realidad innegable y que es precisamente, que no todos pueden contratar siempre bajo una relación laboral, pues no todos los servicios que se prestan o contratan, cumplen con las características inherentes al régimen laboral. El propósito dentro de este capítulo será comprender el régimen que se crea y las condiciones que tanto contratante como contratista deberán cumplir para poder perfeccionar este contrato civil-mercantil, pues el servicio que se negocia, será prestado por trabajadores cuyos derechos deben ser garantizados. El propósito es comprender el alcance y complejidades de estas figuras y porqué son sumamente delicadas al depender de una relación que no garantiza una estabilidad como sí lo hace el derecho laboral.

El último capítulo de este estudio hace un análisis comparativo entre las relaciones contractuales civiles-mercantiles y las laborales. Básicamente se trata de dos mundos absolutamente distintos que en muchos casos deben conjugarse debido a las realidades y necesidades de nuestra sociedad. Habiendo comprendido cómo operan las relaciones laborales y cómo operan los contratos de servicios

complementarios, debemos enfocarnos en analizar cómo dichas relaciones contractuales terminan y los efectos que dicha terminación generará. Es aquí, una vez que podemos dimensionar el impacto que una terminación contractual puede generar en una empresa, que analizamos la hipótesis de condicionar una relación laboral a la duración de una relación de servicios complementarios.

Capítulo 1

La Relación Laboral en el Derecho Ecuatoriano

Con el propósito de profundizar en el tema en cuestión, es indispensable iniciar con un breve resumen o introducción de la materia que regula las relaciones laborales en el Ecuador. Tal como lo veremos más adelante, el derecho laboral tiene la compleja misión de buscar el equilibrio e igualdad dentro del ciclo vicioso que comprende la necesidad del trabajo por el pago de una remuneración en la vida de toda persona. Toda vez que todo individuo necesita de un ingreso para suplir sus más básicas necesidades de vida, todos nos vemos obligados a intervenir en una relación laboral, para "intercambiar" una remuneración por la prestación de un servicio personal, ya sea que seamos empleados o empleadores.

La intervención del Estado, entonces, es necesaria debido a que, tal como dice el Doctor Julio César Trujillo en su obra "Derecho del Trabajo":

En las relaciones entre empleadores y trabajadores no hay la igualdad real de las partes, supuesto indispensable para la vigencia práctica de la libertad contractual, puesto que el empleador le aventaja al trabajador en riqueza, influencia social y poder político.⁴

Esta desigualdad de condiciones y bajo el supuesto que si vemos al trabajador con un "bien económico", y aplicamos la ley de la oferta y la demanda, existen más trabajadores que puestos de trabajo. Dicha realidad brinda de aún más poder al empleador quien puede establecer sus condiciones en base a su exclusiva conveniencia. Es allí donde debe intervenir el Estado con el objeto de que dichas condiciones, no vulneren los más básicos derechos de los trabajadores. De allí que muchos tratadistas al referirse al derecho de los trabajadores, mencionan al "Derecho Social".

1.1 El Derecho Laboral y la Relación Laboral en el Ecuador.-

1.1.1 Definición.-

En base a los antecedentes planteados, con el objeto de comprender la relación y el derecho laboral en general, es indispensable conocer sus orígenes y fines, los cuales nacen del denominado "Derecho Social". Trujillo dice que "el Derecho Social no es sinónimo de Derecho del Trabajo ni se agota con él [...]"⁵, y lo define de la siguiente manera: "[el Derecho Social es] un corpus que incluye no solo

⁴ Trujillo, Julio César. Derecho del Trabajo; Quito. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, marzo 2008. p. 33

⁵ *Ibidem*, p. 10.

las normas jurídicas sino también los principios filosóficos y éticos que las inspiran y orientan."⁶ Es esta la importancia de comprender el alcance y espíritu del Derecho Social.

Entiéndase entonces que de alguna manera el Derecho Social es la cuna e inspiración del Derecho Laboral y en consecuencia, la regulación o equiparación entre el mundo económico y empresarial y los derechos de los obreros⁷. De acuerdo al tratadista Santos Azuela, el derecho social es el ordenamiento jurídico idóneo toda vez que:

Se estimó [...] que la vida jurídica de los grupos humanos homogéneos (clase campesina, clase trabajadora, económicamente débiles, etc), no podía reglamentarse por los principio del derecho privado, rector de las relaciones entre particulares, sobre bases de igualdad y coordinador de sus intereses recíprocos, con miras a realizar la justicia de las conmutaciones. Tampoco podría encuadrar dentro del esquema del derecho público que regula las relaciones entre el Estado y los súbditos, sobre bases de supra y subordinación.⁸

De la explicación antes citada, queda claro entonces que el derecho laboral tiene una naturaleza por demás particular toda vez que intenta regular los intereses económicos del capital privado, la empresa y la generación de riqueza, conjuntamente con la dignidad y compensación justa para los trabajadores que son las "herramientas" necesarias para alcanzar el nivel de productividad deseado por los empleadores.

Debido a la sensibilidad de esta materia y para evitar abusos por parte de los empleadores toda vez que el trabajo es el sustento de las personas, es necesaria la intervención y control estatal. Respecto a la intervención del Estado, el Doctor Julio César Trujillo también acota que "*[L]a intervención del Estado se orientó, en primer*

⁶ Trujillo, Julio César, ... *op. cit.* p. 9.

⁷ Santos Azuela Héctor. Elementos de Derecho de Trabajo; México. Editorial Porrúa, S.A., 1994. p. 25.

⁸ *Ibidem*, p. 24.

momento, a satisfacer las exigencias propias del obrerismo e hizo de la protección del obrero, el objeto cardinal de las nuevas leyes; [...] ⁹ Este hecho es fácilmente identificado en el espíritu actual de los entes reguladores y la legislación laboral. Por lo antes expuesto, el Derecho Laboral no puede ser plenamente encasillado dentro de la categoría de "Derecho Privado" pues no se trata de dos partes en igualdad de condiciones, ni tampoco de derecho público, pues el Estado no es parte contractual. El Derecho Laboral es un híbrido que encaja de mejor manera dentro de su propia categoría denominada "Derecho Social".

El derecho del Trabajo es:

[...] el conjunto de normas positivas y doctrinas referentes a las relaciones entre el capital y la mano de obra, entre empresarios y trabajadores (intelectuales, técnicos, de dirección, fiscalización o manuales), en los aspectos legales, contractuales y consuetudinarios de los dos elementos básicos de la economía; donde el Estado, como poder neutral y superior, ha de marcar las líneas fundamentales de los derechos y deberes de ambas partes en el proceso general de la producción¹⁰.

Así define el autor argentino Guillermo Cabanellas de Torres al derecho laboral. A continuación plantearemos algunas definiciones provenientes de distintos autores y de distintas nacionalidades, todo ellos con el propósito de establecer que independientemente del origen de determinada legislación, el concepto fundamental prevalece. El autor ecuatoriano Jorge Vásquez define al derecho laboral como:

El conjunto de normas y principio que regulan las relaciones entre trabajadores y empleadores, sus modalidades y condiciones del trabajo. Ciencia que con criterio social, vela por la justicia en las relaciones de trabajo.¹¹

Desde una óptica del derecho español, el autor Alfredo Montoya Melgar define al derecho del trabajo o laboral, de la siguiente manera:

⁹ Trujillo, Julio César,... op. cit. p. 8.

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo,... op. cit. "Derecho del Trabajo" p. 121.

¹¹ Vásquez López, Jorge. Derecho Laboral Ecuatoriano. Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2004. p. 18.

De aquí la indudable motivación moral que, en su conjunto, presenta la legislación laboral; una legislación que, comparada con otros sectores del Derecho acusadamente patrimonialistas, muestra desde sus orígenes su vocación humanitaria y social.¹²

Finalmente, desde el punto de vista de la legislación mexicana el tratadista Héctor Santos Azuela define al Derecho Laboral como:

[...] es el estudio sistemático de las normas y fenómenos jurídicos relativos a las relaciones laborales y a la realización de la justicia social entre los factores de la producción¹³.

Como se puede observar, los cuatro autores antes citados, independientemente de su nacionalidad, mencionan en sus definiciones de derecho laboral al derecho social, rescatando que se trata de un conjunto de normas necesarias para regular la relación entre trabajador y empleador por considerar que existe una desventaja notoria entre las partes y en consecuencia, debe restablecer cierto balance.

Ahora, enfatizando la realidad ecuatoriana, el Código de Trabajo de alguna manera define la relación laboral en el Artículo 1 al explicar el ámbito de aplicación de dicha compilación legal. Dicho artículo dice:

Art. 1.- Ámbito de este Código.- Los preceptos de este Código regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo. [...] ¹⁴

Es interesante analizar el "ámbito" al que hace referencia el Código de Trabajo ecuatoriano, toda vez que además de señalar que regula las relaciones entre empleadores y trabajadores, hace especial énfasis en la aplicación de "las diversas modalidades y condiciones de trabajo". Dicha expresión da una señal de que el Código de Trabajo no brindará únicamente los principios básicos de aplicación general que regularán las relaciones de trabajo con el

¹² Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2001. p.

29

¹³ Santos Azuela Héctor, ... op. cit. p. 25.

¹⁴

Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre de 2005. Art. 1.

objeto de equilibrarlas, sino que de hecho genera esquemas e instituciones de derecho específicas a la materia que son de obligatorio cumplimiento en pro de los trabajadores, razón por la cual muchos tratadistas ecuatorianos como la Doctora Graciela Monesterolo, entre otros, han tildado nuestra legislación laboral de "paternalista"¹⁵.

1.1.2 Contrato individual de Trabajo.-

Habiendo definido al derecho laboral de manera general, es importante profundizar en la relación directa que éste protege entre el empleador y el trabajador. Esta relación se formaliza con el acuerdo verbal o escrito de ambas partes respecto de la prestación de un servicio contra el pago de una remuneración. En términos generales, este acuerdo, es el contrato individual de trabajo. Este acuerdo bilateral¹⁶ es el que genera una serie de derechos y obligaciones entre ambas partes contractuales y son sus condiciones las que regular el Derecho Laboral, precisamente para evitar abusos o desigualdad.

El autor Héctor Santos Azuela señala que el Derecho Laboral y en particular el contrato de trabajo, en la antigüedad clásica se lo denominaba *locatio conductio operarum*. De acuerdo al autor, éste "[s]e trataba de un convenio por el cual un hombre libre se comprometía a prestar sus servicios a otro, durante un determinado tiempo y mediante el pago de una remuneración"¹⁷.

¹⁵ Monesterolo Lencioni, Graciela. Instituciones del Derecho Laboral Individual, Herramientas Didácticas. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2012. p. 44.

¹⁶ Es importante señalar que el Contrato Individual de Trabajo no es la única forma de contratación laboral, pues existe la contratación colectiva, sin embargo, ésta tiene sus propias condiciones y se lo suele tratar como un tema independiente de materia laboral.

¹⁷ Santos Azuela Héctor,... op. cit. p. 1.

Por su parte, la legislación ecuatoriana define al contrato individual de trabajo en el artículo 8 del Código de Trabajo el cual dice:

Art. 8.- Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona 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.¹⁸

La definición brindada por el Código de Trabajo es amplia y abarca todos los tipos de contratos laborales previstos o considerados por la legislación ecuatoriana, sin embargo, lo que debemos rescatar son los elementos que este acuerdo debe cumplir para configurar una relación laboral a diferencia de una relación contractual civil.

El autor ecuatoriano Jorge Vásquez menciona cuatro elementos fundamentales que debe cumplir todo contrato de trabajo: que sea un acuerdo de voluntades, que se pacte la ejecución de una obra o la prestación de servicios lícitos y personales, que se estipule o emane que existirá una relación de dependencia o subordinación del trabajador para con el empleador y que exista una retribución a manera de contraprestación¹⁹. Cumplidas estas cuatro condiciones, entenderíamos estamos frente a una relación de carácter laboral.

Es importante establecer que la celebración de un contrato individual de trabajo es por esencia personalísimo. Con el objeto de diferenciar de alguna manera la relación civil de la laboral, la Constitución de la República del Ecuador señala en su artículo 327 lo siguiente:

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

¹⁸ Código de Trabajo,... op. vit. Art. 8.

¹⁹ Vásquez López, Jorge,... op. cit. p. 28, 29.

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.²⁰

El principio de legalidad expresamente manifiesta que en lo que respecta al derecho privado, al cual se sujetan los contratos civiles, uno puede pactar todo lo que no esté expresamente prohibido por ley. Debido a la intervención del estado, y habiendo dejado en claro que por su propia naturaleza el Derecho Laboral no encaja ni en lo privado ni en lo público, podemos observar el aspecto "paternalista" antes mencionado en la regulación de la relación contractual laboral la cual es infinitamente más limitada y restringida que las relaciones netamente civiles. De ello la importancia de entender que, debido a la intervención proteccionista del Estado, todo convenio o contrato individual de trabajo enmarca una serie de principios y normas rectoras en materia laboral, las cuales analizaremos más adelante, que vuelven a este tipo de contratos, acuerdos sumamente rígidos y casi figuras de adhesión tanto para el trabajador como para el empleador.

1.2 Principios Fundamentales del Derecho Laboral Ecuatoriano.-

La Constitución de la República del Ecuador enumera dieciséis principios fundamentales del derecho laboral ecuatoriano²¹. Estos principios, se entendería son los pilares de toda relación laboral y de donde parten las demás disposiciones legales regulatorias. De los dieciséis principios detallados en la Carta Magna, haremos referencia específicamente a los más relevantes y aquellos que afectan directamente a la contratación laboral individual, tema del presente análisis.

²⁰ Constitución de la República del Ecuador,... op. cit. Art. 327.

²¹ *Ibidem*, Art. 326.

1.2.1 Irrenunciabilidad de los derechos laborales.-

El primer principio que analizaremos es el de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. Para Trujillo, la renuncia de derechos significa lo siguiente:

Por renuncia de derechos se entiende el acto jurídico en virtud del cual, el titular de un derecho de despoja o desprende de él en favor o beneficio de otra persona, ordinariamente el deudor y entonces recibe el nombre de condonación.²²

Como bien lo dice su nombre, con el objeto de que el trabajador no pierda sus derechos legalmente establecidos dentro de una negociación para la obtención de determinado puesto de trabajo y en consecuencia evitar abusos por parte del empleador, el legislador ha considerado indispensable blindar estos derechos de manera tal, que los trabajadores no los pierdan ni así sea por renuncia expresa. Como ya lo analizamos en su momento, pudimos determinar que dentro de una relación contractual de índole laboral, el empleador es quien tiene una posición ventajosa por lo que tiene que ofrecer, además de ser el puesto de trabajo el "bien económico" escaso, mientras que la oferta de trabajadores es mayor en proporción a ésta última. Esta diferencia puede prestarse para que el empleador, de manera abusiva, busque beneficiarse de dicha realidad tras ofrecer el puesto de trabajo a la persona que esté dispuesta a tomarlo por condiciones "injustas" para él y beneficiosas para el empleador, como por ejemplo, trabajar más horas, doblar turnos sin recargos, no afiliación al seguro social, entre otros.

Debido a la importancia de este principio, el mismo está consagrado no sólo por el Código de Trabajo que es el cuerpo legal que regula a materia, sino por la misma Constitución como ya lo mencionamos. Al respecto, el artículo 326 de la

²²

Trujillo, Julio César,... op. cit, p.46

norma suprema establece: "**Art. 326.-** Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.²³" Mientras que el Código de Trabajo en su artículo 4 señala: "**Art. 4.-** Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario²⁴."

El Doctor Jorge Vásquez, al referirse al principio de irrenunciabilidad que los derechos laborales, hace énfasis en la naturaleza proteccionista del Estado al velar por el interés de los Trabajadores. Él nos dice:

Por disposición constitucional, el Estado se encuentra obligado a garantizar la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, para que éstos no sean disminuidos, desconocidos o tocados; y está conminado a adoptar medidas adecuadas para ampliar y mejorar estos derechos, evitando menoscabarlos.²⁵

De allí podemos entender también la distinción que realiza la Constitución frente al Código de Trabajo al incluir el término "intangible". Como todos sabemos, intangible es algo que no se puede tocar, en el amplio sentido de la palabra, pero al referirse a un derecho tan sensible como los derechos laborales, se refiere a que éstos no pueden ser alterados ni violentados ni desconocidos de ninguna manera, pues el hacerlo implicaría un enorme perjuicio al trabajador y a la relación laboral como tal debido al desequilibrio que ocasionaría dentro de un régimen celosamente regulado y balanceado.

1.2.2 Indubio Pro Operario.-

El siguiente principio que analizaremos es posiblemente uno de los más controversiales que existen dentro del ámbito laboral y donde se puede apreciar la

²³ Constitución de la República del Ecuador,... op. cit. Art. 326, No. 1ero.

²⁴ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 4.

²⁵ Vásquez López, Jorge,... op. cit. p. 23.

notoria inclinación proteccionista a favor del trabajador. Con este mismo criterio coincide la Doctora Monesterolo, quien al tratar este principio expresa lo siguiente:

[...] el rasgo más representativo del Derecho Laboral ha sido, y aún sigue siendo, el de ser protector del trabajador, aunque a partir de la vigencia de la actual Constitución, desde una perspectiva diferente, esto es, ya no como una forma paternalista sino garantista de derechos, cuya manifestación concreta lo constituye el principio *indubio pro operario*, con sus reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa [...].²⁶

Ahora, ¿qué es el *indubio pro operario* y cuál es su alcance? Para responder esta pregunta, haremos referencia a la definición que da el artículo 326 de la Constitución en su numeral tercero:

[...] En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras. [...]²⁷

Entonces, entendemos por este principio la obligación constitucional que tiene el juzgador, de en caso de existir duda respecto al alcance de las disposiciones legales, es decir, de cuando exista un conflicto interpretativo aplicado a determinada situación particular, aplicar aquella que sea más beneficiosa para el trabajador.

En lo que respecta a la aplicación y alcance de esta disposición que ha sido consagrada por legislaciones en todo el mundo, de acuerdo al criterio de los tratadistas Carlos Molero Manglano y otros, el principio *indubio pro operario* aplica cuando se confabulan dos requisitos fundamentales:

1. Que exista una seria duda de interpretación.
 2. Que para su resolución resulten insuficientes de manera contundente los criterios exegéticos generales.
- Resultando muy difícil que esto ocurra, el *pro operario* se convertirá, a lo más, en un equívoco y fácil refugio de la equidad judicial.²⁸

²⁶ Monesterolo Lencioni, Graciela,... op. cit. p. 44.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador,... op. cit. Art. 326, No. 3ero

Esta medida, que desde mi punto de vista es un "parche" al cual el juzgador puede acudir en caso de duda, no es más que dar una salida en caso de que la legislación no contemple plenamente la resolución de un caso o conflicto laboral determinado. Este fenómeno, de alguna manera, sucede igual en el derecho penal bajo el principio *indubio pro reo*.

1.2.3 Estabilidad.-

El siguiente principio que analizaremos es el de estabilidad. Como su nombre deja suponer, este principio tiene el propósito de brindar equilibrio, seguridad y estabilidad, valga la redundancia, al trabajador. Como ya se mencionó, el trabajo es una necesidad de subsistencia, de tal manera que el establecer el principio estabilidad permite de cierta manera, que los trabajadores sepan que contarán con la protección estatal y legal y que podrán contar al menos con determinados ingresos con los cuales podrán planificar sus finanzas hacia el futuro. De acuerdo con Trujillo:

[...] este principio nunca llegó a formar parte de nuestro Derecho del Trabajo, sino muy relativamente. Y, aún después de las reformas de 1991, sigue como un derecho relativo; porque la violación de la estabilidad tan solo otorga, al trabajador, derecho a demandar indemnizaciones, y no la devolución de su puesto de trabajo [...]²⁹

En este punto, debo decir que hasta la última reforma laboral publicada el veinte de abril de dos mil quince, concordaba con la opinión del Doctor Julio César Trujillo, pues de alguna manera, este derecho sólo se podía pretender hasta cierto punto, pues el empleador podía dar por terminada la relación laboral de cualquier manera

²⁸ Molero Manglano, Carlos, *et. al.* Manual de Derecho del Trabajo. Madrid. Civitas Ediciones S. L., 2004. p. 40.

²⁹ Trujillo, Julio César,... op. cit, p.51.

siendo la única consecuencia, el pago de la indemnización respectiva, sin embargo, tras la reforma incorporada y la creación del despido ineficaz, aquellos trabajadores que pueden acceder a dicho derecho por su condición, pues no son todos, pueden solicitar al Juez el reintegro a su puesto de trabajo. Este tema se lo tratará más adelante. En aquellos casos en que los trabajadores no se vean facultados a declarar la ineficacia de la terminación de la relación laboral, la indemnización es la que, de alguna manera, le permitirá un alivio y relativa estabilidad financiera hasta que pueda conseguir un nuevo puesto de trabajo, o al menos esa es la intención del Legislador.

La Doctora Monesterolo interpreta a este principio como necesario por la naturaleza misma del contrato laboral, ella nos dice:

El principio, llámese de conservación, permanencia, estabilidad o continuidad, se refiere a la subsistencia del contrato de trabajo que, por ser de tracto sucesivo, se ejecuta a lo largo del tiempo y no se agota por la realización instantánea de cierto acto³⁰.

Esta condición de subsistencia en el tiempo, es lo que hace que el contrato laboral difiera, entre otros aspectos, de los contratos civiles, pues pretende generar una relación de dependencia a largo plazo.

Ahora, simplemente con fines académicos, es importante analizar el artículo legal pertinente previo a la reforma del veinte de abril de dos mil quince. Al efecto, el Código de Trabajo en su artículo catorce establecía:

Art. 14.- Contrato tipo y excepciones.- El contrato individual de trabajo a tiempo indefinido es la modalidad típica de la contratación laboral estable o permanente, su extinción se producirá únicamente por las causas y los procedimientos establecidos en este Código.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior:

- a) Los contratos por obra cierta, que no sean habituales en la actividad de la empresa o empleador;
- b) Los contratos eventuales, ocasionales y de temporada;

³⁰ Monesterolo Lencioni, Graciela,... op. cit. p. 51.

- c) Los de aprendizaje; y,
- d) Los demás que determine la ley.³¹

Tras la lectura del artículo precedente, comprendemos entonces el enfoque que daba al tema la Doctora Monesterolo, pues vemos que las excepciones a este principio radicaba en aquellos contratos cuya naturaleza difiere en el plazo de duración, al igual que los que siguen vigentes a la fecha, ya sea porque son para tareas o trabajos específicos cuando no se tratan de trabajos habituales del empleador, o por la naturaleza propia del trabajo o servicio y la calidad propia del empleado o trabajador (aprendices, etc...). Cabe recalcar que la reforma introducida por la Ley Orgánica de Justicia Laboral ha reafirmando aún más el principio de estabilidad al haber calificado, incluso, al contrato a plazo fijo, como precario, razón por la cual, elimina esta figura del ordenamiento jurídico.

Por su parte, los autores Jorge Rodríguez Mancini, Ernesto Kritz y Bernabé Lino Chirinos, señalan respecto de la importancia del principio de estabilidad mínima, de la siguiente manera:

En la doctrina española, [...] el derecho al trabajo se concreta en el aspecto individual en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo³².

Este criterio ratifica la necesidad irrefutable de brindar seguridad a los trabajadores a través de una estabilidad mínima.

³¹ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 14.

³² Rodríguez Mancini, Jorge, *et. al.* Derecho del Empleo. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2013. p. 68 y 69.

1.3 Mandato Constituyente 8 y prohibición de tercerización.-

A raíz de la conformación de la Asamblea Constituyente de Montecristi en el año 2008 en el Ecuador, en base a un discurso restaurador y revolucionario de acuerdo con el Gobierno y los Asambleístas, se emitieron una serie de Mandatos Constituyentes que reformaron aspectos generales de materias esenciales y sensibles en nuestro país. Uno de estos Mandatos Constituyentes, específicamente el número 8, modificó críticamente el régimen laboral tal como se lo conocía hasta ese entonces, denotando un espíritu proteccionista y con el objeto de abolir la "precarización laboral" como en su momento se lo llamó. Uno de los cambios sustanciales fue la eliminación de los contratos por hora debido a la inestabilidad que éstos generan en los trabajadores conforme a lo revisado en el numeral anterior, y la eliminación de la tercerización.

1.3.1 Prohibición de tercerización y sus razones.-

Entiéndase por tercerización la relación civil - mercantil que celebraban dos empresas mediante la cual, una de ellas se obligaba a dotar de personal calificado a la otra para que ocupe determinados puestos de trabajo de ésta. Lo atractivo de esta figura, para muchas empresas, era precisamente eliminar el contingente laboral y eliminar, reducir, o limitar sus obligaciones patronales para con la gente que les prestaba el servicio por ellos requerido. De esta manera, quien asumía toda la responsabilidad patronal era la empresa tercerizadora. Siendo esta una figura ampliamente utilizada en otros países, de acuerdo con el criterio del actual gobierno y de la Asamblea Constituyente, fue abusada por las empresas en el Ecuador y

precarizó los derechos de los trabajadores. En los considerandos del Mandato Constituyente 8, especialmente en el tercero y quinto, podemos observar el criterio y filosofía que prevalecía al momento de su creación. A continuación cito el considerando tercero:

Que, la Asamblea Constituyente debe contribuir a erradicar la injusticia laboral y la aberrante discriminación social, ocasionadas por el uso y abuso de los sistemas precarios de contratación laboral conocidos como tercerización de servicios complementarios, intermediación laboral y contratación por horas;³³

Con igual énfasis, el considerando quinto dice:

Que, la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral generalizada y la contratación por horas, constituyen modalidades de relación laboral que vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva;³⁴

Es importante señalar que, como en caso toda figura legal, siempre existió algún tipo de abuso, sin que eso necesariamente implique que era una regla general. Se dieron casos en los que empleadores "disfrazaban" relaciones laborales mediante contratos civiles y de prestación de servicios, aun cuando el contratista, tenía una relación de dependencia y estabilidad. Este proceder por parte de los empleadores se lo hacía con el afán de evitar recargos propios de una relación laboral como son, la afiliación al IESS, décimos tercer y cuarto sueldo, fondos de reserva, pago de horas suplementarias y extraordinarias, pago de participación laboral en las utilidades, entre otros.

El Mandato 8, como ya estudiaremos a fondo en el Capítulo 2, tuvo como prioridad eliminar estas prácticas "perjudiciales para los trabajadores" y penalizar cualquier tipo de simulación contractual que perjudique a los mismos, de tal manera

³³ Mandato Constituyente No. 8. Eliminación y Prohibición de Tercerización e Intermediación laboral. Registro Oficial Suplemento No. 330 de 06 de mayo de 2008. Considerando 3ro.

³⁴ *Ibidem*, Considerando 5to.

que se entenderá como una relación laboral cuando se tercericen servicios que comprenden el giro ordinario del empleador independientemente de la figura contractual utilizada. Al respecto Monesterolo dice:

En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que aparece en documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero: los hechos prevalecen sobre las formalidades, formas y apariencias.³⁵

El Mandato 8 es enfático y crea nuevas figuras contractuales, permitiendo la tercerización únicamente de ciertos servicios y cuando éstos no sean el giro ordinario de la empresa, caso contrario, se configura la figura de la tercerización.

1.3.2 La tercerización en la Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 327 de la Constitución de la República, mismo que fue citado previamente, expresamente indica que las relaciones laborales deben ser bilaterales y directas³⁶. El concepto de una relación laboral bilateral y directa tiene como objetivo especial el eliminar la posibilidad de una tercerización, así como brindar seguridad al trabajador frente a su empleador. Es importante recordar que la Constitución vigente a la fecha, fue publicada en el Registro Oficial en octubre de 2008, es decir, cinco meses después de la publicación del Mandato Constituyente 8. Este artículo recoge el espíritu emanado por la antes referida norma y la eleva a nivel constitucional.

El artículo 327 también prohíbe expresamente, siempre alineado a la filosofía proteccionista y garantista para con el trabajador, y en su segundo inciso, prohíbe y penaliza la precarización de la relación laboral, la tercerización e intermediación, la

³⁵ Monesterolo Lencioni, Graciela,... op. cit. p. 53

³⁶ Constitución de la República del Ecuador,... op. cit. Art. 327.

contratación por horas.³⁷ Entonces, repasando los principios constitucionales antes estudiados y el espíritu del Mandato 8, se compagina y refuerza el deber estatal de protección al trabajador, entendiendo la importancia de la estabilidad laboral y la irrenunciabilidad de los derechos para alcanzar la equidad social del que trata el "Derecho Social", fundamento indiscutible del Derecho Laboral.

1.4 Las formas de terminación del contrato de trabajo previstas en la legislación Ecuatoriana.-

Después de haber hecho especial énfasis en los derechos de los trabajadores y el rol proteccionista del Estado, no está por demás suponer las complejidades que consigo trae la terminación de una relación laboral toda vez que es en este momento, de manera general, es donde el trabajador queda en un estado de vulnerabilidad, incertidumbre e inestabilidad. Ahora, la terminación de toda relación contractual es una certeza, independientemente de la causa, toda relación contractual tarde o temprano, termina. Esto obliga al legislador poner especial énfasis en los procedimientos y causales que pueden ocasionar dicha terminación con el objeto de regularlas y evitar, dentro de lo posible, cualquier ambigüedad. El Código de Trabajo detalla específicamente las causas por las que las relaciones laborales terminan, pero a continuación haremos referencia exclusivamente a las más comunes.

³⁷ Constitución de la República del Ecuador,... op. cit. Art. 327, inc. 2do.

1.4.1 Mutuo acuerdo de las partes.-

La primera causa de terminación que analizaremos es la más sencilla de todas y es aquella que se da por mutuo acuerdo de las partes. Como todo contrato, el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades el cual, así como es formado, puede ser modificado o terminado por acuerdo de ambas partes. Aun cuando la terminación contractual es por mutuo acuerdo, dicha terminación debe necesariamente obedecer los principios laborales como la irrenunciabilidad de los derechos. En este sentido, dado el acuerdo de voluntades para dar por terminada la relación laboral, el Empleador está en la obligación de reconocer al trabajador el pago de todos los derechos que le corresponden en proporción al tiempo trabajado hasta el momento de la terminación de la relación, vacaciones no gozadas, entre otros. Es por este motivo que toda terminación laboral, sea cual sea la causa, se perfecciona con la suscripción de la respectiva Acta de Finiquito donde se desglosan los pagos demostrando expresamente el reconocimiento de todos y cada uno de los derechos laborales. Esta terminación, por ser de mutuo acuerdo y en principio no afecta a los derechos de nadie, no lleva implícito consigo el pago o reconocimiento de indemnización alguna, a excepción del pago de la bonificación por desahucio equivalente al 25% de la última remuneración recibida por el empleador, por cada año efectivamente trabajado. Esta última bonificación, fue creada, en este tipo de terminación contractual, por la Ley Orgánica de Justicia Laboral.

1.4.2 Desahucio.-

El Código de Trabajo, hasta el 20 de abril de 2015, definió al desahucio como "el aviso que hace una de las partes a la otra de su voluntad de dar por terminado el contrato"³⁸. Bajo ese supuesto, era importante diferenciar el acceso que cada una de las partes tenía al desahucio, pues no era igual para el trabajador que para el empleador. Al igual que en ese entonces, debemos conocer que el desahucio lleva consigo un incentivo económico a favor del trabajador que es equivalente al 25% de la última remuneración recibida por cada año de servicio prestado³⁹. En el caso del trabajador, el desahucio operaba y opera en la actualidad en cualquier momento, es decir, el Trabajador puede dar aviso de su deseo de terminar la relación laboral sin que tenga la obligación legal de sujetarse al plazo fijado en el contrato⁴⁰, sin embargo, si no cumple con el plazo de preaviso estipulado en la ley de al menos quince días, el trabajador puede estar sujeto al pago de indemnización como consecuencia de abandono del puesto de trabajo⁴¹. De acuerdo a la forma de proceder del Ministerio de Relaciones Laborales, para que el Empleador pueda cobrar esta penalidad, deberá primero tramitar un visto bueno por abandono del puesto de trabajo, y posteriormente, descontarlo de la liquidación, aun cuando este prerequisite no está estipulado en la ley.

³⁸ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 184.

³⁹ *Ibidem*, Art. 185.

⁴⁰ Este es un clarísimo ejemplo del cual se denota una ventaja a favor del trabajador pues él no tiene la obligación legal de dar cumplimiento del plazo pactado en el contrato, es decir, no tiene consecuencias pecuniarias a favor del empleador. Esto nos indica que el verdadero propósito del plazo contractual en las relaciones laborales es única y exclusivamente garantizar cierta estabilidad al trabajador, no al empleador.

⁴¹ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 190

El desahucio para el empleador tenía limitaciones mucho mayores, pues el empleador solo podía desahuciar al trabajador en dos casos muy puntuales sin que se configure el despido intempestivo. El primero es en el caso de que exista un contrato de plazo fijo, por uno o máximo dos años y el empleador notifique, mediante desahucio, al trabajador su intención de terminar el contrato al vencimiento del plazo, siempre y cuando lo haga con al menos treinta días de anticipación a la fecha de terminación efectiva⁴². Esta forma de desahucio no implicaba penalidad alguna para el empleador debiendo únicamente reconocer los proporcionales que por ley le corresponden al trabajador, pero sí es necesario reconocer la bonificación por desahucio. La segunda circunstancia bajo la cual el empleador podía desahuciar a un trabajador es en el caso de liquidación del negocio, de conformidad con el artículo 193 del Código de Trabajo. Ahora, es importante señalar que la notificación a la que hace referencia dicho artículo no es precisamente un desahucio, sino una notificación simple que surte los efectos del desahucio, e inclusive dichos efectos son parciales. Dicha parcialidad se debe a que aun cuando el empleador haga la notificación respectiva, se ve en la obligación de liquidar e indemnizar a los trabajadores como si se tratase de despido intempestivo.

Como ya se mencionó, toda terminación de la relación laboral, salvo en casos de visto bueno en contra del trabajador, generan una "bonificación" a favor del trabajador. Si el trabajador lleva más de un año de trabajo con determinado empleador, éste se ve en la obligación de pagar la bonificación antes referida, por cada año efectivamente trabajado. Adicionalmente, se debe mencionar que el

⁴² Código de Trabajo,... op. cit. Art. 184. (Versión anterior a la publicación de la Ley para la Justicia Laboral)

desahucio no era más que una simple notificación, a excepción del caso señalado en el artículo 193, sino que tanto cuando el trabajador desahuciaba al empleador o viceversa, la parte que desahuciaba se debía sujetar al proceso señalado en el texto que indicaba el artículo 624 del Código de Trabajo antes de las reformas publicadas el 20 de abril de 2015, es decir, debía presentar una solicitud escrita al Inspector del Trabajo quien a su vez tenía la obligación de notificar con el desahucio a la contraparte en un plazo de veinticuatro horas.

La falta de desahucio por parte del empleador en contra del trabajador o la presentación extemporánea del mismo en los contratos de plazo fijo, llevaban implícitamente la conversión de dichos contratos a contratos de plazo indefinido. Bajo esta figura, el empleador no podría desahuciar al trabajador y en consecuencia esta figura ya no sería aplicable para él.

Dicho todo esto y como ya se hizo referencia, el 20 de abril de 2015 se publicó la llamada Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar misma que incluyó una serie de reformas al Código de Trabajo y otras leyes de materia laboral, siendo las más significativas la eliminación del desahucio a favor del empleador y la eliminación del contrato a plazo fijo. Actualmente el desahucio opera únicamente a favor del empleado y el proceso fue sustancialmente simplificado al punto que hoy en día, basta con una notificación sencilla por escrito, incluso por correo electrónico, al empleador indicando su intención de dar por terminada la relación laboral, con lo que el empleador se deberá considerar desahuciado. De igual manera, dicha reforma trajo consigo la obligación del pago de la bonificación por desahucio equivalente al 25% de la última remuneración percibida por cada año

efectivo de trabajo, en toda terminación de relación laboral por mutuo acuerdo entre las partes. La reforma ahora establece:

Art. 30.- Refórmese el artículo 184 de la siguiente forma:

1. Sustitúyase el primer inciso del artículo 184 por el siguiente:

"**Art. 184.-** Desahucio.- Es el aviso por escrito con el que una persona trabajadora le hace saber a la parte empleadora que su voluntad es la de dar por terminado el contrato de trabajo, incluso por medios electrónicos. Dicha notificación se realizará con al menos quince días del cese definitivo de las labores, dicho plazo puede reducirse por la aceptación expresa del empleador al momento del aviso."

2. Sustitúyase el segundo inciso por el siguiente:

"También se pagará la bonificación de desahucio en todos los casos en los cuales las relaciones laborales terminen de conformidad al numeral 2 del artículo 169 de éste Código⁴³."

Esta nueva reforma cambió drásticamente la forma de proceder de los empleadores tras no poder suscribir contratos de plazo fijo y tener una puerta de salida por vencimiento de plazo, lo que obliga que definitivamente se deba obtener un visto bueno en contra del trabajador.

1.4.3 Visto Bueno.-

El Dr. Trujillo quien a su vez cita a Carlos Vela Monsalve, definen al visto bueno como:

"[...] la resolución del inspector del trabajo o de quien haga sus veces, pronunciada a solicitud de parte y según el procedimiento especial del Art. 569 (ahora 621) por la que declara que existen y son legales los motivos aducidos para la terminación del contrato".⁴⁴

⁴³ Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Registro Oficial Suplemento No. 483 de 20 de abril de 2015. Art. 30.

⁴⁴ Trujillo, Julio César,... op. cit, p. 352.

Para que el visto bueno opere, éste debe ser motivado por alguna de las causales comprendidas en el artículo 172 cuando es el empleador quien busca dar por terminado el contrato, y el 173 cuando se trata del trabajador. El objetivo del visto bueno es que cualquiera de las partes pueda dar por terminada la relación laboral, en cualquier tiempo, siempre y cuando se configure una de las causales antes referidas y sin que dicha terminación implique el pago de indemnización o bonificación alguna a favor de la otra parte.

Debido a las implicaciones que tiene la concesión de un visto bueno, éste es un procedimiento que se debe seguir ante la Inspectoría del Trabajo y obedeciendo el proceso indicado en el artículo 621 del Código de Trabajo el cual expresamente dice:

Art. 621.- El inspector que reciba una solicitud tendiente a dar por terminado un contrato de trabajo por alguno de los motivos determinados en los artículos 172 y 173 de este Código, notificará al interesado dentro de veinticuatro horas, concediéndole dos días para que conteste. Con la contestación, o en rebeldía, procederá a investigar el fundamento de la solicitud y dictará su resolución dentro del tercer día, otorgando o negando el visto bueno. En la resolución deberá constar los datos y motivos en que se funde.⁴⁵

Este procedimiento es una especie de brevísimo juicio en el cual la contraparte tiene un plazo determinado para exponer su versión y oponerse a la solicitud de visto bueno presentado, debiendo el Inspector resolver motivadamente concediendo o negando el visto bueno. Esta resolución tiene dos efectos: el primer efecto es que el Inspector conceda el visto bueno, en cuyo caso se debe proceder con la suscripción del Acta de Finiquito con lo cual se da por terminada la relación laboral. Es importante anotar que, en el caso de que sea el empleador quien obtiene la

⁴⁵ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 621.

resolución favorable de visto bueno en contra del trabajador, dicha resolución puede ser impugnada ante un Juez de Trabajo para que finalmente éste sea quien considere si la terminación fue legítima o ilegal. Es decir, el Visto Bueno no es garantía absoluta de que el empleador no tendrá que reconocer una eventual indemnización si un Juez lo determina. En el segundo caso en que la solicitud de visto buena sea negada, el empleador tiene la obligación de recibir al trabajador en su puesto de trabajo, pues en caso de no hacerlo, se configura el despido intempestivo, figura que analizaremos a continuación.

1.4.4 Terminación Unilateral por parte del Empleador o Despido intempestivo.-

Cuando hablamos de despido intempestivo se debe tener claro que esto sólo lo puede ocasionar el empleador. Entonces, cuando hablamos de una terminación unilateral y se genera el despido intempestivo se trata de aquellas situaciones en las que el empleador no ha podido, por diversas razones, dar por terminada la relación laboral de manera legal y sin que ello conlleve al pago de indemnizaciones, pues el despido implica necesariamente el pago de una indemnización a favor del trabajador, independientemente de la figura contractual utilizada⁴⁶. Trujillo define al despido intempestivo de la siguiente manera:

Cuando el empleador da por terminado el contrato de trabajo y separa al trabajador de su cargo, sin que para ello tenga causa legal en que apoyarse, o cuando existiendo causa legal, no observa el procedimiento establecido en las mismas leyes para despedir al trabajador, decimos que la terminación es ilegal y el despido es intempestivo.⁴⁷

⁴⁶ Debemos rescatar que la única figura en la cual la indemnización de despido intempestivo se puede llegar a interpretar de manera diferente es en la terminación de un contrato de plazo fijo antes de cumplir el año y si aún no se han cumplido 6 meses de trabajo, debido a disposición especial.

⁴⁷ Trujillo, Julio César,... op. cit, p. 367.

Por su parte la Doctora Graciela Monesterolo define el despido de la siguiente manera:

El despido intempestivo consiste pues en la terminación brusca del contrato de trabajo. No se trata simplemente de una terminación sin causa, ya que sobradas razones podría tener el empleador para dar por terminado el vínculo laboral en determinadas circunstancias o situaciones, como por ejemplo, podría ser una violenta roña con su trabajador, o el cometimiento por parte de éste de un delito que ponga en riesgo la seguridad y prestigio de la empresa, y sin embargo ser ilegal la terminación. se trata de un cese arbitrario, es decir, sin observancia de trámite legal alguno, como por ejemplo el de visto bueno que sí es causal, por el que evita el empleador el pago de las consecuentes indemnizaciones.⁴⁸

Tras analizar las definiciones antes citadas, podemos concluir contundentemente que se trata de una terminación unilateral por parte del empleador que implica el pago de una indemnización por ser sin justa causa, o, porque no se obedecieron los procedimientos legales preestablecidos para la terminación de la relación laboral. Es precisamente el despido intempestivo, lo que todo empleador desea evitar pues el monto de la indemnización puede llegar a ser considerable. El artículo 188 del Código de Trabajo establece que la indemnización por despido intempestivo equivale a la suma de la última remuneración percibida por el trabajador multiplicada por tres. Sin embargo, si el trabajador llevaba una relación laboral de más de tres años, se deberá aumentar lo equivalente a una remuneración por cada año adicional de trabajo, considerándose la fracción de año como año completo. El máximo que un empleador deberá pagar es el equivalente a veinticinco meses de remuneración⁴⁹. Adicionalmente a esta penalidad, el empleador debe reconocer todos los proporcionales de ley así como el 25% de bonificación por desahucio tal como se

⁴⁸ Monesterolo Lencioni, Graciela,... op. cit. p. 218

⁴⁹ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 188.

trató anteriormente⁵⁰. El objeto de esta penalidad es brindar al trabajador estabilidad durante el tiempo que esté desempleado para que pueda subsistir. Nuevamente, debido al sentido proteccionista del Estado.

Debido a la onerosa consecuencia que conlleva la configuración del despido intempestivo, los empleadores deben manejar con sumo cuidado las figuras contractuales y relaciones laborales para evitarlo, convirtiéndose muchas veces en un dolor de cabeza por el estatus de "intocables" que han llegado a tener los trabajadores. Incluso, en muchas ocasiones los empleadores sienten que por la complejidad de obtener un visto bueno, o las mínimas alternativas de desahucio, el dar por terminada la relación laboral con un trabajador ineficiente o simplemente malo, el despido es inevitable, aun cuando esto implique premiar a un mal elemento con una indemnización no merecida.

1.4.5 Cumplimiento del servicio o trabajo para el cual el trabajador fue contratado.-

Entrando en el tema que nos compete y entendiendo las consecuencias de un eventual despido intempestivo que no sólo penaliza la terminación espontánea de la relación contractual por parte del empleador sino también el incumplimiento de procedimientos legalmente establecidos y el desmerecimiento de determinados

⁵⁰ Cabe recalcar que existen casos especiales como el de discapacitados o sustitutos en cuyo caso, además de tener que pagar la indemnización antes referida, el empleador deberá reconocer lo equivalente a 18 de las mejores remuneraciones que recibió el trabajador de conformidad con la Ley Orgánica de Discapacidades. Otro caso especial es el de la mujer embarazada, misma que en caso de ser despedida intempestivamente, tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a un año de trabajo.

derechos laborales, debemos analizar la terminación contractual específicamente señalada en el numeral tercero del artículo 169 del Código de Trabajo. Ésta dice:

Art. 169.- El contrato individual de trabajo termina:

[...]

3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato;

[...] ⁵¹

Para complementar, es indispensable señalar lo que indica que artículo 170 del mismo cuerpo legal:

Art. 170.- En los casos previstos en el artículo 169, numeral 3 de este Código, la terminación de la relación laboral operará sin necesidad de desahucio ni otra formalidad; bastará que se produzca la conclusión efectiva de la obra, del período de labor o servicios objeto del contrato, que así lo hayan estipulado las partes por escrito, y que se otorgue el respectivo finiquito ante la autoridad del trabajo.

Analizados ambos artículos, la condición de la conclusión de la obra, periodo de labor o servicios objeto del contrato, y que una vez que cualquiera de dichos hechos sucedan el contrato terminará sin necesidad de desahucio, nos da a entender que el empleador simplemente notifica verbalmente al trabajador y suscribe el Acta de Finiquito dando por terminada, oficialmente la relación, sin que esto conlleve al pago de una indemnización por despido intempestivo pues se ha cumplido al pie de la letra con ley expresa. Ahora, en la realidad el problema recae en un tema interpretativo, pues muchas veces el ente de control, los trabajadores e incluso tratadistas, consideran que este artículo hace referencia directa a los contratos por obra cierta, a destajo, eventuales y de temporada consagrados en el Código de Trabajo, sin embargo, este tema lo trataremos más adelante a profundidad.

Para la Doctora Monesterolo, este tipo de terminación ha sido prevista en la Ley pues es atribuible a "causas ajenas a la voluntad de las partes" y señala, entre

⁵¹ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 169.

otros, que es cuando la relación laboral termina por caso fortuito y la fuerza mayor, que por ser sucesos que ni pueden prevenirse ni resistirse, hacen imposible la continuidad de la relación laboral⁵². Si bien considero que esto último es cierto, no necesariamente aplica para todos los casos, pues efectivamente hay veces como en los contratos por obra cierta, que el objeto del mismo está en la conclusión de una obra determinada, finalizada la obra obviamente el contrato termina. La peculiaridad del numeral tercero del artículo 169 recae en la terminación del contrato por la conclusión del servicio objeto del contrato. Es sobre este punto particular sobre el cual recae nuestro estudio, haciendo especial énfasis en la terminación de contrato de servicios complementarios, los cuales analizaremos en el capítulo que sigue a continuación.

⁵²

Monesterolo Lencioni, Graciela,... op. cit. p. 208.

Capítulo 2

Mandato Constituyente 8 y la Creación de la Figura de Contrato Civil de Prestación de Servicios Complementarios

Tal como ya se mencionó en la Capítulo precedente, el Mandato Constitucional 8, referente a la Eliminación y Prohibición de Tercerización e Intermediación Laboral, reformó drásticamente la legislación laboral en el Ecuador en dos temas fundamentales, la eliminación de la contratación por horas y la eliminación de la tercerización. De acuerdo con dicho cuerpo normativo, estas figuras significaban precarización de los derechos laborales de los trabajadores y generaba abusos que debían erradicarse.

2.1 La tercerización.-

Es importante definir el término "tercerización", mismo que de acuerdo con el tratadista argentino Nestor de Buen L. es:

Concepto de tercerización de servicios: se denomina así a una forma especial de organización y división del trabajo en función de la cual la empresa principal se reserva una ocupación central o esencial, y todos los servicios periféricos, no esenciales o secundarios son encomendados a otras empresas especializadas en cada una de las actividades.⁵³

La tercerización ha sido utilizada mundialmente con el objeto de alivianar la carga laboral y dotar de especificidad de las diversas materias requeridas por las empresas hoy en día. En el Ecuador esta fue una práctica bastante común, principalmente en empresas extranjeras cuya estabilidad estaba condicionada a una permanencia incierta y en consecuencia, asumir un contingente laboral implicaría un incremento significativo en la inversión que debía realizar, así como en el manejo operativo del personal. Por este motivo, empresas locales dedicadas a tercerizar personal contrataban personas con diversas capacidades para suplir los requisitos de la empresa contratante y al momento en que la contratante necesitaba cerrar sus operaciones, la empresa tercerizadora simplemente reubicaba dicho personal en otras empresas o liquidaba a trabajadores que ya no podía contratar. En otras palabras, la empresa tercerizadora asumía el riesgo y el contingente laboral de manera directa sin que la contratante o beneficiaria, tuviera riesgo alguno en el aspecto laboral.

⁵³ Arturo de Diego, Julián. Manual del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Agosto, 2000. p. 128.

Ciertamente que la tercerización se tornó en una figura atractiva para muchos, sin embargo, es indiscutible que generó inequidad dentro de las empresas, principalmente, en aquellas que generaban un importante monto a distribuir entre los trabajadores por concepto de participación sobre las utilidades, pues existían personas que ejecutaban exactamente el mismo cargo, en la misma empresa, pero como no eran contratados directamente por la beneficiaria, no tenían derecho a sus utilidades, sino a las utilidades que generaba la empresa tercerizadora. Esto contraviene de alguna manera el principio de igual de condiciones y remuneración frente a un mismo trabajo.

Tal como lo mencionamos líneas arriba, coincidimos con el autor Julián Arturo de Diego quien ve en la tercerización una tendencia en ciertos países, pues él argumenta que "El crecimiento de la tercerización se basa en la mayor eficiencia de las empresas especializadas y, en particular, en los menores costos de la operación.⁵⁴" Al tratarse de una tendencia, las empresas cada día consideran más importante dedicarse específicamente a lo que saben hacer y tercerizar determinadas actividades que implicaría la contratación de personal, dotar de implementos, infraestructura, entre otros. Además, posiblemente la principal razón por la cual las compañías optaban por la tercerización, era precisamente para disminuir el contingente laboral. Muchos de los cargos que las empresas tercerizaban son aquellas relacionadas con el ámbito administrativo, como los servicios de nómina, contables, legales, etcétera. Sin embargo, éstas actividades no necesariamente están vinculadas directamente con el giro ordinario de la empresa,

⁵⁴

Arturo de Diego, Julián,... op. cit. p. 128.

pero existe otro tipo de tercerización, una tercerización directa, que versa sobre parte de la actividad propia del beneficiario. Un ejemplo de lo mencionado, sería una empresa dedicada a la prestación de servicios de transporte, y contrate a una tercerizadora para que le dote de choferes. Es sobre esta último tipo de tercerización que el Mandato Constituyente 8 antes citado intenta prevenir a través de la prohibición. El primer tipo de tercerización que mencioné, es lo que dicho mandato los denominó como servicios técnicos especializados, mismos que son permitidos siempre y cuando se cumplan con determinadas condiciones⁵⁵.

2.2 Responsabilidad.-

Entendiendo la figura de la tercerización, es importante ser reiterativos en la responsabilidad que el beneficiario y el contratista tenían en la ejecución de cada uno de sus roles en una relación tercerizada. Según los autores franceses Mazeaud y Tunc, citados a su vez por Néstor de Buen L., la responsabilidad en el ámbito laboral, es una extensión o se asocia de la idea de subsanar o resarcir daños y perjuicios.⁵⁶ Bajo este entendido, frente a un incumplimiento del contrato de trabajo, de cualquiera de la partes, daría a la otra el legítimo derecho de reclamar el respectivo resarcimiento, sin embargo, hemos visto que a diferencia del tema civil, el tema

⁵⁵ De acuerdo con la Disposición General Segunda del Mandato Constituyente No. 8, se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados siempre y cuando dichos servicios sean ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria. Para ello los prestadores deberán contar con su propio personal, 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.

⁵⁶ De Buen L., Nestor,... op. cit. p. 602.

laboral beneficia o aventaja en mayor proporción a los trabajadores por ser considerados la "parte débil" dentro de la relación laboral⁵⁷.

Ahora, una diferencia interesante plasmada por la regularización de la figura de la tercerización, es analizar el concepto responsabilidad solidaria del beneficiario. Este punto en particular, por la importancia del mismo, dedicaremos un estudio específico más adelante en este mismo capítulo, sin embargo, a breves rasgos, consiste en el derecho que tienen los trabajadores de demandar el cumplimiento de sus derechos tanto de su patrono, como de quien se beneficia de sus servicios. El afán del legislador, es sin duda, evitar que los trabajadores queden desprotegidos y que sus derechos se vean limitados o mermados por la utilización de figuras contractuales alternativas.

Citando nuevamente al autor mexicano Néstor del Buen Día L., al hablar de responsabilidad, es enfático en el alcance de la responsabilidad en temas laborales, y hace las siguientes explicaciones:

En la problemática de la teoría general del derecho del trabajo uno de los temas más inquietantes y que, sin embargo, no es tratado con la atención suficiente, es el de la responsabilidad. En realidad toda la disciplina está iluminada por la idea de responsabilidad y este concepto puede vincular tanto al patrón como al trabajador, a terceros e, inclusive, a las propias autoridades de trabajo.⁵⁸

Profundizando aún más en las implicaciones para los empleadores, indica lo siguiente:

[La responsabilidad del empleador] es evidentemente mucho más compleja que la que puede resultar a cargo de los trabajadores. Se puede manifestar en tres

⁵⁷ En el caso de la legislación ecuatoriana, uno de los poquísimos casos en los que el trabajador debe "indemnizar" al empleador, es el detallado en el artículo 190 que implica que cuando éste abandona intempestivamente el puesto de trabajo, no da un preaviso (desahucio) y tampoco deja un reemplazo aceptado por el trabajador, deberá pagar al empleador la suma equivalente a 15 días de trabajo.

⁵⁸ De Buen L., Nestor. Derecho del Trabajo; México. Editorial Porrúa, 1998. p. 601

distintas direcciones: frente a los trabajadores propios o ajenos; frente a terceros dependientes de los trabajadores y frente al Estado.⁵⁹

A continuación me permitiré hacer un pequeño análisis de las tres direcciones en las que se puede aplicar la responsabilidad a las que se hace mención el ya citado autor. El primer punto es la responsabilidad frente a los trabajadores propios o ajenos. En este caso, es aquella responsabilidad que tendrá un empleado o beneficiario⁶⁰ frente a un trabajador cuyos derechos y beneficios laborales no han sido reconocidos. Como ya lo mencionamos, la intención del legislador es precisamente evitar que este trabajador quede vulnerable o desprotegido, haciendo la responsabilidad extensiva hasta el contratante civil que se beneficia de la labor del trabajador. El segundo escenario es la responsabilidad frente a terceros dependientes del trabajador. Este es un punto interesante, toda vez que prevé el supuesto de que el trabajador no pueda, de alguna manera, exigir lo que le corresponde debido a su fallecimiento o algún tipo de imposibilidad extrema, en cuyo caso, serán sus legítimos beneficiarios, como cónyuge o hijos, quienes podrán exigir al empleador o empresa beneficiaria cumplan con el resarcimiento respectivo o el reconocimiento de derechos que por ley deben reconocer. En este caso, los beneficiarios del trabajador pasan a suplir a éste dentro de la relación laboral exclusivamente en lo que respecta al cobro de sus derechos⁶¹, de conformidad con las reglas establecidas en el Libro Tercero del

⁵⁹ De Buen L., Nestor,... op. cit., p. 606.

⁶⁰ Entiéndase por beneficiario la persona o empresa que contrata servicios tercerizados a otra empresa.

⁶¹ Es importante recalcar que de acuerdo con la legislación ecuatoriana, artículo 169 numeral 5to, una de las causas para la terminación de la relación laboral es precisamente la muerte o incapacidad permanente del trabajador, sin embargo, esto no implica que los herederos o terceros beneficiarios, no tengan derecho a algún tipo de resarcimiento cuando exista responsabilidad directa por parte del empleador.

Código Civil⁶². Finalmente, el último tipo de responsabilidad es de carácter administrativa, pues es la responsabilidad frente al ente de control, que en el caso ecuatoriano, es ante el Ministerio de Relaciones Laborales. Nuestra legislación contempla, en el artículo 542 del Código de Trabajo la facultad que tienen las Direcciones Regionales de Trabajo para realizar inspecciones a su criterio e interponer las sanciones permitidas por el mismo código. Ahora, dicha autoridad normalmente sanciona por dos razones: Primera, por el incumplimiento de directrices y obligaciones señaladas en el Código a los empleadores que no cumplan con ellas y que surjan de inspecciones realizadas al azar; y la segunda, por incumplimientos que no hayan sido desvirtuados satisfactoriamente por el empleador dados a conocer en su momento por denuncias presentadas por los propios empleadores o terceros. En este último caso, los incumplimientos no necesariamente son en el ámbito general del empleador sino que en determinados casos, como por ejemplo, que un trabajador en específico denuncie que ha trabajado más horas de las legalmente establecidas. En estos casos se analizan más a fondo cada caso en particular, y no la generalidad de las costumbres o prácticas de los empleadores en términos generales para con sus trabajadores, como es en el primer supuesto.

La responsabilidad a la que he venido refiriéndome es, en casi todos los aspectos, de naturaleza pecuniaria⁶³, y como ya se trató en el capítulo primero, el

⁶² El Código Civil en sus artículos 993, 995 y 1125 establecen los principios generales de la sucesión por causa de muerte respecto a los derechos que tienen los herederos. Cabe recalcar que hemos hecho énfasis, o de forma general, hemos hecho referencia respecto de las asignaciones de carácter universal, donde los herederos representan al testador para sucederles en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. La liquidación laboral, es un derecho económico transmisible.

⁶³ En nuestra legislación no existía la responsabilidad penal por incumplimientos de aspectos laborales, sino hasta la introducción del Código Orgánico Integral Penal el cual entró en vigencia el 10 de agosto de 2014, y que trajo consigo la tipificación como delito a la no afiliación al IESS y que lo sanciona con 3 días de prisión.

empleador asumirá esta responsabilidad por el eventual incumplimiento de cualquiera de las tantas e importantes causales contempladas en el Código de Trabajo, sin embargo de las cuales, casi todas ellas dan como resultado la terminación ilegal del contrato de trabajo, o la configuración del "despido intempestivo". Aplicando este principio en una relación civil entre un contratante de servicios tercerizados y un contratista, quien presta dichos servicios, el concepto de solidaridad se da toda vez que la Ley faculta a los trabajadores a demandar a cualquiera de las partes, sea el contratante o contratista, el cumplimiento de las obligaciones y reconocimiento de sus derechos, sin perjuicio del derecho de repetición que puede tener el contratante contra el contratista o empleador. La ley brinda esta supra protección al trabajador, con el objeto de que ya sea a través de su empleador o el contratante, sus derechos no se vean afectados. Al profundizar aún más en el tema de la responsabilidad, el ya citado autor mexicano expone una serie de ejemplos aplicables a su legislación, siendo el ejemplo "d" el que aplica al caso que estamos tratando, razón por la cual lo cito a continuación:

Ejemplo D. Una empresa ejecuta obras o servicios en forma exclusiva para otra. La empresa ejecutora no dispone de elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. La empresa beneficiaria deberá cubrir a los trabajadores de la empresa ejecutora, las obligaciones no satisfechas por ésta, y los trabajadores tendrán derecho a disfrutar condiciones de trabajo proporcionadas a las de los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria⁶⁴.

Desde el punto de vista del trabajador, y como ya lo mencionamos, para evitar la desprotección de éste, se pretende eliminar la diferencia frente a quién es el patrono, sino que, independientemente de la formalidad de la contratación, el trabajador se

⁶⁴

De Buen L., Nestor,... op. cit. p. 603.

vea resguardado ya sea por quien cumplió dicha formalidad, o por quien se beneficia de su labor. A efectos del trabajador, mientras él sea acreedor y beneficiario de todos sus derechos, de dónde provenga el cumplimiento, es indiferente.

Respecto de los trabajadores, la responsabilidad resulta, bien de una relación directa, bien de una relación de solidaridad respecto de una relación directa respecto de otro patrón o de un intermediario. En el primer caso puede derivar de la recisión injustificada de la relación de trabajo, o simplemente, de la terminación de la relación laboral. En el segundo caso la responsabilidad se extiende a la totalidad de las obligaciones incumplidas por el intermediario o por la empresa ejecutora principal o exclusiva de la obras o servicios. Además, frente a los trabajadores la responsabilidad resultará de los riesgos de trabajo.⁶⁵

Frente a la creciente protección a favor de los trabajadores en los casos específicos de tercerización, los contratos civiles que celebran los beneficiarios con los contratistas se vuelven cada vez más complejos, precisamente con el afán de que los beneficiarios se vean ciertamente protegidos frente a eventuales incumplimientos de aspecto laboral por parte de la empresa prestadora del servicio que impliquen el tener que asumir un responsabilidad de terceros⁶⁶. La intención primordial es precisamente reforzar el derecho de repetición que tendría el beneficiario frente a un eventual reclamo por parte de los trabajadores de la contratista.

2.3 Contrato de Servicios Complementarios.-

En base lo que hemos indicado previamente, con el efecto de dar vialidad a la tercerización de determinados servicios inminentemente necesarios para las empresas, los legisladores a través del Mandato Constituyente 8 implementaron en nuestra legislación la figura de los contratos de Servicios Complementarios. Este

⁶⁵ De Buen L., Nestor,... op. cit. p. 606

⁶⁶ Arturo de Diego, Julián,... op. cit. p. 128.

nuevo tipo de contrato es un híbrido entre dos tipos de contratos, pues esencialmente un contrato civil, sin embargo lleva consigo obligaciones de carácter laboral inmiscuidas en él. Adicionalmente, es un contrato altamente regulado y aplicable exclusivamente en cinco casos específicos, así como también está lleno de ciertas vicisitudes las cuales analizaremos a continuación.

2.3.1 Concepto.-

Para comprender el contrato de servicios complementarios, es importante señalar que éste es un instrumento que se encuentra incluido, definido y desarrollado exclusivamente en el Mandato 8 y su respectivo reglamento, pues surgió como una alternativa limitada a la prohibición de tercerización puesta en efecto por el mismo instrumento legal. De esta manera, el mandato 8 en su artículo tercero, crea este contrato de la siguiente manera:

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 usuaria⁶⁷.

Tras revisar este artículo, podemos concluir que el concepto de estos contratos es para brindar la facilidad a las empresas o aquellas personas que tienen un proceso productivo, contratar cualquiera de los cinco servicios especificados: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, siempre y cuando éstos servicios no sean habituales dentro de la actividad de la contratante. Esto quiere decir, que si yo tengo una empresa cuyo objeto social es la prestación de servicios de seguridad privada, bajo ningún concepto podré contratar a una tercera empresa para que me

⁶⁷

Mandato Constituyente No. 8,... op. cit. Art. 3.

provea de personal para a la vez yo prestar mis servicios, pues se estaría configurando nuevamente la figura de tercerización. Entonces, la tercerización se previene al permitir que estos servicios sean contratados únicamente cuando la usuaria o contratante, no requiere de cualquiera de estos cinco servicios como parte de la producción o desarrollo de su actividad económica ordinaria, o para el cumplimiento de su objeto social. Estos servicios se los entiende como complementarios por no ser indispensables para el cumplimiento de las actividades propias de la contratante. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término "complementario" significa: "que sirve para completar o perfeccionar algo"⁶⁸. Consecuentemente, se presupone que esta figura brinda la posibilidad al contratante de tercerizar determinadas actividades sin la necesidad de asumir el mismo nivel de responsabilidad patronal que con sus demás empleados, además que se tratan de servicios que tienen características especiales por su propia naturaleza.

Por su parte, el Reglamento al Mandato 8 define las actividades complementarias en su artículo segundo, mismo que dice.

Art. 2.- Definición de actividades complementarias.- Se denominan actividades complementarias aquellas que realizan compañías mercantiles, personas naturales u organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, con su propio personal, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria. La relación laboral operará exclusivamente entre la compañía mercantil u organizaciones de la Economía Popular y Solidaria y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución de la República y la Ley. Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería y limpieza.

Se entenderá por vigilancia-seguridad fija, la que se presta a través de un puesto de seguridad fijo o por cualquier otro medio similar, con el objeto de brindar protección permanente a las personas naturales y jurídicas, bienes muebles e inmuebles y

⁶⁸Diccionario de la Lengua Española,... op. cit. "*Complementario*". p. 605.

valores en un lugar o área determinados; y, por vigilancia-seguridad móvil, la que se presta a través de puestos de seguridad móviles o guardias, con el objeto de brindar protección a personas, bienes y valores en sus desplazamientos.

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, cumpliendo en todo caso los requisitos a que se refieren los literales c), e) y f) del artículo 5 de este Reglamento⁶⁹.

Nuevamente, esta definición hace énfasis en la prestación de servicios cuando éstos son ajenos a la actividad principal de la usuaria o contratante. De igual manera, es importante señalar la referencia que se hace la Constitución respecto de la obligación de mantener una relación laboral directa y bilateral entre los empleados que efectivamente prestan el servicio, y la empresa prestadora de servicios complementarios, sin embargo, como veremos más adelante, existe una contradicción por las mismas responsabilidad que estos contratos emanan directamente a la empresa contratante o usuaria.

2.3.2 Aplicación.-

Ampliando en base al concepto antes detallado de los contratos de servicios complementarios, es importante entender cómo dichos contratos se aplican para aterrizarlos de la teoría a la práctica. De lo que hemos visto hasta el momento, existen básicamente tres participantes, el contratista, el contratante y el trabajador. De acuerdo con el artículo seis del Reglamento al Mandato 8, para perfeccionar esta figura se requiere de lo siguiente:

Art. 6.- Contratos.- La realización de actividades complementarias requerirá de la suscripción de dos clases de contratos:

⁶⁹ Reglamento a la Supresión de Tercerización e Intermediación Laboral. Registro Oficial Suplemento No. 353 de 05 de junio de 2008. Art. 2.

- a) Un contrato mercantil de actividades complementarias entre la empresa dedicada a estas gestiones y la usuaria, en el cual se establecerá expresamente las actividades complementarias del proceso productivo, que se desarrollarán mediante esta contratación. En el referido contrato deberá constar de manera precisa la remuneración que percibirá cada trabajador de la contratista, laborando jornadas de ocho horas diarias y cuarenta semanales; y,
- b) Un contrato de trabajo celebrado por escrito, entre la empresa que realiza actividades complementarias y cada uno de sus trabajadores.⁷⁰

Con este artículo se ratifica la intervención de los tres agentes antes detallados. De todas maneras, podemos observar una obligación muy particular dentro del literal "a" que recae sobre la obligación de incluir dentro del contrato civil, el detalle de la remuneración que recibirá el trabajador. De ello parecería que el legislador incluyó este requisito con el propósito de que la usuaria o contratante sea una especie de ente regulador o fiscalizador con el afán de que compruebe efectivamente que las obligaciones patronales inherentes al contratista, sean cumplidas.

2.3.3 Limitaciones.-

El momento en que los entonces Asambleístas redactaban el Mandato 8 con la intención de eliminar la precarización laboral en el país tras muchos años de manipulación al sistema, decidieron blindar de alguna manera la figura del contrato de servicios complementarios y en consecuencia limitaron su aplicación para evitar eventuales abusos por parte de los administrados. Estas limitaciones son respecto a cuándo no se puede celebrar un contrato de servicios complementarios debido a la naturaleza o vinculación de las partes contratantes, en cuyo caso, si celebraren el contrato, éste no surtirá el efecto de ser un contrato civil, y la relación laboral se considerará directa entre la usuaria y el trabajador. El artículo 6 del Mandato 8 dice:

⁷⁰

Reglamento a la Supresión de Tercerización e Intermediación Laboral,... op. cit. Art. 6.

Art. 6.- Las empresas de actividades complementarias y las usuarias no pueden entre sí, ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo, hecho que debe acreditarse mediante una declaración juramentada de los representantes legales de las empresas que suscriben el contrato y otorgada ante notario o juez competente que determine esta circunstancia.

La usuaria del sector privado que contrate a una persona jurídica, vinculada para el ejercicio de las actividades complementarias, asumirá a los trabajadores como su personal de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se regirá por las normas del Código del Trabajo. Además, será sancionada con una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas, sanción que será impuesta por los directores regionales. Si esta vinculación sucediera en el sector público, será el funcionario que contrate la empresa de actividades complementarias quien asumirá a los trabajadores a título personal como directos y dependientes, sin que las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, municipales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, puedan hacerse cargo de ellos ni asuma responsabilidad alguna, ni siquiera en lo relativo a la solidaridad patronal que en todos los casos corresponderá a dicho funcionario, quien además será sancionado con multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas y la remoción o pérdida de su cargo, según corresponda, sin derecho a indemnización alguna⁷¹.

Tras la revisión del antes citado artículo, en lo que respecta al sector privado, es clara la responsabilidad e inaplicabilidad del contrato como efecto de la celebración del mismo entre partes relacionadas. En un principio, se podría interpretar que el presunto abuso se daría con el objeto de evitar que determinada empresa de un grupo asuma una carga laboral adicional para con el personal que presta los servicios complementarios, sin embargo como veremos más adelante, existen otro tipo de medidas como la que detallaremos en el numeral 2.5 del presente estudio con lo cual, básicamente desvirtuaría o evitaría que los trabajadores se vean perjudicados por esquemas societarios para evitar o eludir la responsabilidad patronal.

⁷¹

Mandato Constituyente No. 8,... op. cit. Art. 6

Desde el punto de vista de las instituciones del sector público, el objeto de la limitación de la figura de los contratos complementarios, desde mi punto de vista, cumple un fin diferente que es la protección a la institución como tal, más no al trabajador, pues esa responsabilidad la derivan al funcionario público quien realiza la contratación. Aun cuando no es tema de esta investigación, esta limitación tiene que ver también con el evitar la vinculación de contratación de proveedores estatales con funcionarios públicos y así evitar conflictos de interés.

2.4 Responsabilidad laboral solidaria del contratante.-

Posiblemente uno de los aspectos más importantes de la figura del contrato de servicios complementarios, es precisamente la solidaridad patronal que esta relación genera con el beneficiario del servicio. Hemos visto ya como por principio constitucional la relación laboral es directa y bilateral, y en consecuencia la responsabilidad recae estrictamente sobre el empleador. Siendo los contratos de servicios complementarios una figura híbrida entre una relación civil y laboral en la cual el legislador priorizó a la relación laboral, el momento en que un usuario o beneficiario desea gozar de un servicio complementario, debe asumir una eventual corresponsabilidad laboral con el contratista sobre el personal que presta sus servicios para él. Aun cuando las relaciones laborales son bilaterales, en este caso se pretende proteger y garantizar en un espectro mayor, los derechos de los trabajadores.

Al respecto, el artículo cuarto del Mandato constituyente dice:

Art. 4.- En los contratos a que se refiere el artículo anterior, la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por esta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio.
(...)⁷²

Así mismo, el Reglamento al ya referido Mandato se explaya en este punto en su artículo 8, mismo que dice:

Art. 8.- Responsabilidad solidaria.- Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realiza la actividad complementaria, será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales.⁷³

Con la disposición citada en el texto inmediatamente anterior, podemos comprender cuál es el alcance de esta llamada "responsabilidad solidaria". Básicamente implica que si el día de mañana una empresa o empleador contrata servicios complementarios de limpieza, por dar un ejemplo, y el contratista, la compañía "limpieza S.A." no paga las aportaciones al IESS, o incumple en el pago de décimos, el empleado que presta los servicios en las instalaciones del contratante puede demandar el pago a "limpieza S.A." o a la contratante, indistintamente. La intención de los legisladores es precisamente que las obligaciones y derechos de los trabajadores sean reconocidos independiente sobre cuál de las dos partes (contratante y contratista) recae la obligación sobre los trabajadores. Si el empleador directo (contratista) no estuviere en la capacidad de cubrir dichas obligaciones, o simplemente no lo hiciere, el empleado puede demandar de igual manera al contratante dicho pago y éste deberá reconocerlo, sin perjuicio del derecho de repetición que la ley le otorga en contra del contratista. Dicho esto, en el ejemplo planteado, el empleado puede demandar indistintamente a "limpieza S.A.", el

⁷² Mandato Constituyente No. 8,... op. cit. Art. 4

⁷³ Reglamento a la Supresión de Tercerización e Intermediación Laboral,... op. cit. Art. 8

Contratante, o ambos, el reconocimiento de sus derechos. Ante todo esto, la posición de un trabajador de una empresa que se dedique a la prestación de servicios complementarios, tiene más garantías que el trabajador de una empresa común, pues en estricto sentido, tiene dos empleadores quienes deberán velar en cumplimiento de sus derechos. Con esto último, entramos precisamente a las protecciones especiales que reciben los trabajadores que prestan sus servicios en este tipo de empresas.

2.5 Protección al trabajador involucrado en una relación civil de servicios complementarios.-

Revisando nuevamente el tema de la protección a los trabajadores, un régimen tan especial como es el de los servicios complementarios, tenía que contemplar garantías especiales para evitar eventuales abusos, de acuerdo al criterio del legislador. Bajo esta premisa, considero importante revisar el segundo y tercer inciso de artículo cuarto del Mandato constituyente mismos que dicen:

(...) 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.

Además, los trabajadores que laboren en estas empresas, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, convenios con la OIT, ratificados por el Ecuador, este Mandato, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables.⁷⁴

⁷⁴

Mandato Constituyente No. 8,... op. cit. Art. 4,inc. 2 ,3.

Siendo la participación sobre las utilidades un derecho laboral medular, y con el objeto de corregir lo que el país vivió cuando la tercerización estaba permitida, el Legislador contemplo la fórmula antes detallada para una participación "justa" en base al trabajo y empresa en la que trabajan.⁷⁵ En consecuencia, el Reglamento al Mandato 8 en su artículo 9 dice:

Art. 9.- Pago de utilidades.- Los trabajadores de las empresas contratistas de actividades complementarias de acuerdo con su tiempo anual de servicios, participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas contratantes en cuyo provecho se prestó el servicio. Si las utilidades de la empresa que realiza actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas.

Las empresas usuarias contratantes y las contratistas que realizan actividades complementarias, junto a la declaración de utilidades en el formulario de especie valorada, deberán presentar una copia de sus declaraciones del impuesto a la renta, en función de las cuales, el Ministerio de Trabajo y Empleo verificará que empresa generó mayores utilidades.⁷⁶

Retomando lo dicho respecto a la época en la que la tercerización era permitida, la incongruencia o "injusticia" laboral se daba cuando un empleado que era contratado directamente por la usuaria recibía una suma sustancial de dinero por concepto de participación laboral en las utilidades, mientras que un compañero que realizaba exactamente el mismo trabajo, recibía una suma ínfima de dinero por el mismo concepto, si es que recibía, por ser tercerizado y en consecuencia, el derecho sobre utilidades recae sobre los resultados económicos de la empresa tercerizadora. Las

⁷⁵ Cabe indicar que el Código de Trabajo señala la posibilidad de unificar las utilidades de dos o más empresas de un mismo grupo económico para la distribución a sus trabajadores con el fin de evitar desigualdad cuando una de las empresas es la productora y la otra la comercializadora, pues se entendería que ambas participan codependientemente en la producción de la renta y beneficios, por lo que mal podría recibir unos trabajadores más dinero por este concepto que otros. Esta unificación puede darse a petición de parte, o de oficio. Con este antecedente, podemos concluir que existe una figura adicional mediante la cual el ente de control puede regular o controlar el abuso por parte de las empresas cuya intención es evadir o disminuir el impacto de la obligación de pago de la participación laboral en las utilidades, por lo que el prohibir la contratación de servicios complementarios entre relacionadas, pierde sentido o razón de ser.

⁷⁶ Reglamento a la Supresión de Tercerización e Intermediación Laboral,... op. cit. Art. 9

diferencias más importantes se registraron en el caso de petroleras que repartían sumas exorbitantes de dinero a sus empleados, y que además se generaban de esta manera pues tercerizaban gran parte de su personal, disminuyendo la carga laboral. Este fenómeno fue el que inspiró esta nueva fórmula en la cual el empleado tiene derecho a elegir o beneficiarse de las utilidades que fueren mayor⁷⁷.

Tras los primeros siete años de vigencia del Mandato y su Reglamento, el Ejecutivo y el Ministerio de Relaciones Laborales han anunciado su intención de modificar específicamente lo referente a este tema para eliminar una nueva diferencia que esta figura generó, y se trata de la "suerte" o "mala suerte" respecto de la empresa a la que me toca prestar mis servicios siendo empleado de una empresa prestadora de servicios complementarios. Es decir, tomando como ejemplo dos empleados de la empresa prestadora de servicios, el primero presta servicios en una pymes que si tiene un buen año, generará algo de utilidades y en consecuencia tendrá que elegir entre recibir el pago de utilidades de la empresa usuaria o de su empleadora, eligiendo la que más le convenga; mientras que en el segundo caso, tenemos una empresa usuaria multinacional y que genera millones de utilidad, en cuyo caso el trabajador tuvo la suerte de ser asignado a dicha empresa, pues al final del año, se podrá beneficiar de sus utilidades. Este factor de suerte, es lo que se desea eliminar y la fórmula es mediante la concentración de utilidades por parte de la empresa prestadora de servicios complementarios. Es decir, esta última será la que

⁷⁷ Es importante que no se descarte la posibilidad de que esta norma tenga un impacto inverso, es decir, si bien los servicios complementarios son apenas 5, no quiere decir que una empresa o persona no pueda contratar bajo relación laboral directa a personal de limpieza y contratar bajo servicios complementarios una empresa de limpieza. En este caso, ¿qué pasa si la empresa prestadora de servicios complementarios sí genera utilidades y la usuaria no? ¿no se está generando la misma diferencia que el caso anterior donde socialmente se puede generar un malestar en el ambiente laboral por motivos comparativos?

recibirá el pago correspondiente a utilidades de todos y cada uno de sus clientes que generen este rubro, para después distribuirlos equitativamente entre todos sus empleados independientemente de dónde presten sus servicios. En mi opinión, y por tratarse de una figura correctiva de una corrección, desvirtúa el concepto del pago de utilidades, pues como bien lo dice el Código de Trabajo, este beneficio fue creado con el espíritu de que los trabajadores gocen o participen de parte de las ganancias generada por su empleador como consecuencia de su trabajo y esfuerzo, entonces, si yo formo parte de una empresa que genera "x" cantidad de utilidad porque he compartido con el equipo de trabajo y formo parte del mismo así sea como prestador de un servicio complementario, ¿por qué mi derecho a las utilidades las debo compartir con personas que trabajan en otras empresas y que posiblemente no conozco pero que por circunstancias de la vida estamos amparados por una misma empresa prestadora de servicios complementarios? Estas medidas redistributivas lo que generan en la mayoría de los casos, es precisamente injusticias reales frente al esfuerzo de cada persona, por intentar cubrir un supuesta inequidad conceptual.

Regresando a las protecciones previstas bajo es régimen, el artículo 5 del Mandato 8 en su tercer inciso establece expresamente la nulidad de toda disposición o cláusula que prohíba a la usuaria de los servicios complementarios, contratar al trabajador de forma directa. Esto precisamente es para fortalecer la idea de que toda relación debe ser directa, y si es voluntad de la usuaria, el poder de decisión respecto a con quién mantener la relación directa, sea enteramente del trabajador.

2.6 Rol del Ministerio de Relaciones Laborales para controlar y supervisar la aplicación de contratos de servicios complementarios.-

La supervigilancia y control de la aplicación de todas las vicisitudes que hemos detallado a lo largo de este capítulo, le corresponde directa e intrínsecamente al Ministerio de Trabajo. Hasta el 8 de abril de 2015, las empresas que deseaban dedicarse a la prestación de servicios complementarios, debían calificarse y obtener una autorización por parte del Ministerio de Trabajo, sin la cual, no podrían prestar dichos servicios. Ahora, mediante Decreto Ejecutivo 619 publicado en el Registro Oficial 475 en la ya referida fecha, este requisito fue eliminado, especificando ahora el Reglamento al Mandato 8 solamente el hecho de que las empresas que se dedican a la prestación de estos servicios, podrán dedicarse única y exclusivamente a aquello. Para el efecto, el artículo cuatro dice:

Art. 4.- Dedicación exclusiva.- Las compañías mercantiles, personas naturales u organizaciones de la Economía Popular y Solidaria a las que se refiere el inciso primero del artículo 2 de este Reglamento, deberán tener como objeto único y exclusivo la dedicación a la realización de actividades complementarias, encargándose de su control y vigilancia permanente el Ministerio del Trabajo, sin perjuicio de las atribuciones de otras autoridades de control, en el ámbito de sus competencias. El objeto social de la compañía mercantil u organizaciones de la Economía Popular y Solidaria podrá abarcar una o varias de las actividades complementarias establecidas en el Mandato Constituyente 8.

En el caso específico de las actividades de guardianía y de seguridad privada, únicamente podrán ser compañías mercantiles en virtud de la ley que las regula.⁷⁸

Como ya lo mencioné, lo que mantiene consistencia entre el texto anterior y el de la reforma es el requisito imperativo de que las empresas que brindan estos servicios, se dediquen exclusivamente a la prestación de servicios complementarios, lo que no deja de interrogarme la razón de fondo. ¿Cuál es el propósito para prohibir que una

⁷⁸

Reglamento a la Supresión de Tercerización e Intermediación Laboral,... op. cit. Art. 4

empresa se dedique a más de una actividad? Independientemente de la razón, para el caso específico de Compañías Mercantiles, no podemos olvidarnos que mediante la aprobación y promulgación de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil publicada en el Suplemento del Registro Oficial 249 de fecha 20 de mayo de 2014⁷⁹ se dispone que toda compañía que se rige bajo la Ley de Compañías, deberá tener un objeto único, o como dice la ley previamente citada "deberá comprender una sola actividad empresarial". Con esta reforma, queda de por sí excluida la posibilidad de que una compañía se dedique a otra actividad que no sea para la cual fue constituida, misma que además, comprende una única actividad. Pero, ¿qué pasa con la persona natural que sin formalizar su empresa mediante una compañía tiene o quiere tener varios negocios? Definitivamente esta es una medida sumamente limitante y que de darse el caso, las personas preferirán constituir una compañía para este único objeto, mientras mantienen el resto de sus negocios a título personal. A lo que me refiero, es que de alguna manera, la aplicabilidad de esta disposición es en el fondo, nula.

Independientemente de lo previamente señalado, debo admitir que la reforma de estos artículos del Reglamento al Mandato 8, desde mi punto de vista es positiva pues elimina la necesidad de perder tiempo en trámites burocráticos para la obtención de autorizaciones, cuando en efecto lo que el Ministerio de Trabajo debe hacer, es controlar que la normativa se cumpla. Solo para tener una breve idea, a

⁷⁹ Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil. Registro Oficial Suplemento No. 249 de 20 de mayo de 2014. Art. 96.

continuación cita el artículo 5to del Reglamento derogado por el ya referido Decreto

Ejecutivo:

Art. 5.- Requisitos para la autorización.- Para obtener la autorización de funcionamiento, las compañías mercantiles, personas naturales y cooperativas de servicios que realizan actividades complementarias, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1.- Presentar el certificado de existencia legal otorgada por la entidad que le concedió la personería jurídica.

2.- Las compañías mercantiles deberán presentar copia certificada de la escritura de constitución o reforma de sus estatutos que deberá estar debidamente inscrita y registrada en la forma prevista en la ley, y cuyo objeto social será exclusivamente la realización de actividades complementarias de vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería o limpieza; y, acreditar un capital social mínimo de diez mil dólares, pagado en numerario, y para el caso de las cooperativas de servicios, únicamente justificar dicha calidad.

Debe además certificar que cuenta con sus propios equipos y maquinarias para la prestación de tales servicios, mediante documentos que demuestren la titularidad de los mismos a nombre de la organización registrada.

Las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria presentarán en el Ministerio de Relaciones Laborales, copia certificada del estatuto y de sus posteriores reformas debidamente registradas en la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

El objeto social de la compañía u organizaciones de la Economía Popular y Solidaria podrá abarcar una o varias de las antes indicadas actividades complementarias.

3.- Entregar copia certificada por Notaría Pública del Registro Único de Contribuyentes vigente, (RUC).

4.- Copia certificada del nombramiento del representante legal, debidamente registrado o del nombramiento de la directiva o representante legal para el caso de las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria.

5.- Documento original y actualizado del IESS o copia certificada que acredite la titularidad del registro patronal, y de no encontrarse en mora en el cumplimiento de obligaciones, tanto para la organización como de todos sus miembros de ser el caso.

6.- Contar con infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera que garantice cumplir eficazmente con las obligaciones que asume dentro de su objeto social, lo que deberá ser acreditado por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante la inspección prevista en los requisitos para obtener el permiso de funcionamiento en actividades complementarias.

En ningún caso estarán exentas del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Código del Trabajo, en la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables.⁸⁰

Hoy en día, se entiende que el Ministerio de Trabajo sí se dedicará a controlar y velar por el cumplimiento de las disposiciones emanadas por el Mandato 8 y su Reglamento en vez de dedicarse a otorgar autorizaciones previas. Inclusive, el Ministerio de Trabajo tiene la facultad de emitir las sanciones administrativas que podrá imponer a los prestadores de servicios complementarios por el incumplimiento de las disposiciones legales⁸¹.

2.7 Contradicciones derivadas de la creación de la figura del Contrato de Servicios Complementarios.-

Habiendo estudiado y revisado la legislación vigente referente a los contratos de servicios complementarios y su régimen especial, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Podría considerarse como inconstitucional algunos de los parámetros establecidos en el Mandato Constituyente 8 y su Reglamento respecto a este tipo de contratos? Esta pregunta es importante particularmente si partimos de lo que señala el artículo 327 de la Constitución de la República, mismo que dice:

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

⁸⁰ Reglamento a la Supresión de Tercerización e Intermediación Laboral,... op. cit. Art. 5 Derogado por Decreto Ejecutivo 619 publicado en el Registro Oficial 475 el 08 de abril de 2015.

⁸¹ *Ibidem*, art. 11.

incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.⁸²

En este sentido, claramente la Constitución establece que una relación laboral debe ser, sobre cualquier otra cosa, bilateral y directa. La relación laboral entre el empleado y la empresa prestadora de servicios complementarios efectivamente es directa, pero debido a lo antes estudiado, no considero que ésta sea bilateral, sino que se forma una especie de contrato o figura tripartita, porque inevitablemente, por todas las disposiciones legales, la empresa usuaria pasa a ser parte indispensable de la relación laboral entre la empresa prestadora y el personal asignado a la empresa usuaria. El Mandato 8 al crear la figura de los servicios complementarios creó también la solidaridad patronal de la empresa usuaria y la obligación de pago de dividendos en determinados casos.

Analizando el primer punto mencionado, la solidaridad patronal, si una relación es directa y bilateral, entonces ¿por qué la empresa usuaria debe responsabilizarse y/o responder por los incumplimientos patronales de la contratista? Como ya lo mencionamos, esta ley intenta brindar una garantía adicional a los trabajadores y es precisamente lo que logra, indistintamente de si dicho "exceso de protección" es contrario a la Constitución. En cuanto al segundo punto, vimos que una de las razones por las cuales se prohibió la tercerización fue precisamente por las enormes diferencias que se generaban entre los empleados tercerizados y los directos, pero ¿por qué ahora esto implica que los empleados de una tercera empresa tengan derecho a beneficiarse de la participación en las utilidades generadas por una empresa distinta a la de su empleador? De acuerdo con los legisladores, esto se

⁸²

Constitución de la República del Ecuador,... op. cit. Art. 327.

debe a que el servicio contratado sirve para la generación de utilidades de la empresa usuaria, lo cual indudablemente tiene cierto grado de verdad, pero no olvidemos que este es un derecho condicionado en base a lo que más convenga al trabajador, pues si la empresa prestadora de los servicios es la que reparte más dividendos, entonces el trabajador percibirá de esta última. Nuevamente, estas disposiciones generan cierta relación de garantía para el trabajador y una posición por demás ventajosa frente a la que tiene cualquier otro empleado con una relación directa y bilateral. En mi opinión, sí existe una clara contradicción frente al artículo de la Constitución antes citado.

Capítulo 3

Efectos de la Terminación de un Contrato de Trabajo Como Consecuencia de la Terminación de un Contrato Civil de Prestación de Servicios Complementarios

Hasta el momento, hemos abordado los dos aspectos fundamentales que sumados, dan como resultado el análisis objeto del presente trabajo. Estos aspectos son los principios del derecho laboral y los principios y características del contrato civil de servicios complementarios. En este capítulo, trataremos cuáles son los efectos de la terminación de un contrato de trabajo que se encuentre condicionado a un contrato civil de prestación de servicios complementarios. Para ello, considero importante tratar, aunque sea de manera absolutamente superficial debido a la complejidad y abundancia del tema, la teoría contractual desde el punto de vista civil y comprender qué es un contrato o negocio jurídico y en consecuencia, los efectos de su terminación.

Con el objeto de lograr lo antes mencionado, inevitablemente debemos referirnos al Código Civil, específicamente al libro cuarto sobre las obligaciones en general y los contratos. Para ello, el artículo 1453 dice:

Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.⁸³

Este artículo claramente establece de dónde nacen las obligaciones, específicamente el hecho generador que nos interesa son "los contratos o convenciones". Siguiendo esta línea, el contrato o convenio es un acuerdo entre dos partes donde se pactan efectivamente, obligaciones ya sea para una de ellas, o para ambas. El artículo 1454 dice:

Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.⁸⁴

Analizamos ya en el primer capítulo que un contrato de trabajo implica la obligación de un empleador de pagar a un trabajador por determinado servicio u obra, tenemos entonces las características claves de un contrato, que es el obligarse. En lo que respecta al contrato civil de prestación de servicios complementarios, también se cumple con esta característica, pues la empresa usuaria se compromete a pagar una cantidad determinada de dinero a cambio de la prestación de un servicio complementario a cargo de la empresa prestadora.

Profundizando un poco más en las características propias de los contratos, el artículo 1455 y 1457 dicen:

⁸³ Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Art. 1453

⁸⁴ *Ibidem*. Art. 1454.

Art. 1455.- El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.⁸⁵

Art. 1457.- El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.⁸⁶

El contrato de servicios complementarios es necesariamente un contrato bilateral, pues ambas partes o comparecientes se obligan para con la otra tal como ya lo explicamos, y a su vez es oneroso, pues el servicio que se prestará está valorado monetariamente, valor que la usuaria deberá cancelar a la prestadora por el servicio.

Siguiendo esta misma línea, el autor argentino De Reina Tartièrre cuando se refiere a los contratos dice:

En consecuencia, parafraseando los textos legales de manera coordinada, podemos afirmar que en el sistema argentino el contrato es un hecho, humano, voluntario, lícito, de carácter bilateral, que tiene como fin inmediato generar consecuencias jurídicas de naturaleza patrimonial⁸⁷.

Es importante notar que aquí existe una pequeña diferencia en cuanto al término "bilateralidad" en base a lo que hemos revisado en nuestra legislación y lo que dice el ya citado autor. De Reina Tartièrre se refiere con "bilateral" la comparecencia del acto, que de cierta manera es fundamental la comparecencia de dos partes para que una de ellas se obligue para con la otra, o a su vez ambas se obliguen mutuamente. Nuestra legislación cuando trata la bilateralidad se refiere a si la obligación la adquiere una de las partes contractuales o ambas, pero necesariamente debe comparecer más de una parte para formar el convenio, pues así lo define el ya citado

⁸⁵ Código Civil,... op. cit. Art. 1455.

⁸⁶ *Ibidem*, Art. 1457.

⁸⁷ De Reina Tartièrre, Gabriel, et. al.: Contratos Civiles y Comerciales; Buenos Aires, Argentina; Editorial Heliasta, 2010. p.363.

artículo 1454. Ahora, este convenio o contrato celebrado entre las partes, necesariamente terminará en algún momento. Esta terminación puede ser legítima, prevista y se la puede plasmar en el mismo instrumento o contrato como en el caso de obligaciones a plazo o condicionales, o puede ser también una terminación intempestiva e imprevista. Es precisamente la terminación contractual la que puede derivar en un incumplimiento del mismo contrato, o que puede generar un daño a una de las partes. Justamente aquello es lo que deseamos analizar a continuación, pero nuevamente, lo haremos de manera superficial debido a que existen tratados enteros de derecho civil sobre la terminación contractual y la teoría de daños.

3.1 Efectos de la terminación de un contrato civil/mercantil.-

Siguiendo la línea y la idea referida en el numeral anterior respecto a que los contrato necesariamente tienen un fin, el ya citado autor argentino De Reina Tartièrre dice:

Las relaciones contractuales son, por definición, vínculos finitos, en tanto conllevan en sí la misión ineludible de agotarse ante el cumplimiento de las obligaciones que emanan de ellas. De tal manera, el decurso natural de la relación contractual determina su extinción, en el tiempo y modalidades establecidas por las partes vinculadas.⁸⁸

Es una realidad entonces que todo contrato tiene un fin. Por propósitos del presente estudio y toda vez que por disposición legal los contratos civiles de prestación de

⁸⁸ De Reina Tartièrre, Gabriel, et. al,... op. cit. p.367.

servicios complementarios tienen que ser celebrados por escrito⁸⁹, entonces haremos énfasis específicamente sobre este tipo de contratos. Cuando uno redacta un contrato, entonces, existen al menos dos cláusulas tipo o específicas que todo contrato debe contener y que hacen referencia a la terminación del mismo: la cláusula de plazo o condición, y la cláusula de terminación en sí. Los juristas tenemos la compleja tarea de prever ciertas circunstancias futuras y ajustarlas a la realidad del negocio para evitar futuros inconvenientes a nuestros clientes. Por este motivo, se incluye la cláusula de plazo entendiendo precisamente que la relación contractual no subsistirá infinitamente, por lo que es preferible estipular un vencimiento cierto y predecible, y en el caso de querer seguir adelante renegociar un nuevo contrato o suscribir un *addendum* ampliatorio, o quedar a la merced de la incertidumbre. Adicionalmente, debemos estar conscientes que toda relación comercial lleva inmersa consigo un determinado riesgo respecto a la continuidad del contrato o servicio debido a diversas circunstancias como la quiebras de una de las partes, los incumplimientos para con la contraparte o terceros, el cierre de operaciones, o incluso la mera voluntad de ambas.

Con el objeto de entender la importancia que tiene la terminación dentro del proceso contractual, cito nuevamente a De Reina Tartière quien dice:

Para apreciar adecuadamente cuál es la esencia del contrato, y las consecuencias que se derivan en lo atinente a las modalidades extintivas, es preciso entender que todas las relaciones contractuales se desarrollan en un ámbito social, conformando un entramado de vínculos, independientes pero en algún lugar sentido condicionados por el todo que integran.⁹⁰

⁸⁹ Es importante entender que desde un punto de vista legal, no todos los contratos o negocios jurídicos deben contar con la formalidad o solemnidad de ser redactados por escrito, si embargo, como es el caso de los contrato de servicios complementarios, para que éstos surjan efecto sí deben constar por escrito en virtud de lo cual haremos referencia únicamente a esta forma de contratos.

⁹⁰ De Reina Tartière, Gabriel, et. al.,... op. cit. p.365.

Nunca debemos olvidar que el fin de los contratos en sí, es dejar en "blanco y negro" los acuerdos alcanzados por las partes por determinado objeto con el fin de evitar futuros malos entendidos y en consecuencia disputas, y en el caso de que dichos malos entendidos o disputas se den, aplicar lo previamente convenido para su resolución. En este sentido, una terminación contractual puede ser amistosa o de mutuo acuerdo, en cuyo caso las partes coinciden en que lo mejor es dar por terminada dicha relación y en consecuencia, se entendería no existe mayor perjuicio para ninguno de los dos. En el caso de tratarse de una terminación intempestiva y unilateral, o en el caso de una terminación ocasionada por incumplimientos reiterados o significativos, pues entonces la parte afectada o cumplida, tendrá derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios ocasionados por la otra parte. Lo que es importante señalar en este punto, es que en la actualidad, es posible condicionar la terminación de un contrato civil a prácticamente cualquier hecho lícito como veremos en el siguiente numeral, pero lo que nos compete analizar es cómo podemos condicionar un contrato tan rígido como el laboral, a la incertidumbre comercial de un contrato civil.

Los efectos entonces de una terminación contractual civil, independientemente de la causa, es la rotura del vínculo comercial existente entre las partes y en consecuencia, el cese de las obligaciones en su momento acordadas⁹¹. Esto debido a lo que hace referencia el autor Ernesto Eduardo Martorell quien dice que:

⁹¹ Es importante tomar en cuenta que se pueden pactar cláusulas que subsistan la terminación del contrato como es el caso de la confidencialidad o no competencia, sin embargo la obligación principal de dar o hacer se ve extinta.

[...] toda obligación tiene un aspecto activo: un poder o facultad de exigir algo, y uno pasivo: un deber de dar, hacer o no hacer, siendo ambos aspectos, "poder" y "deber", el anverso y reverso de una misma moneda, no pudiendo comprenderse el uno sin el otro⁹².

Precisamente es esta incertidumbre que genera la extinción de las obligaciones entre las partes y sus respectivas responsabilidades u obligaciones para con la otra o terceros, tan real como cualquier otra situación, es la que genera esta necesidad a las empresas prestadoras de servicios complementarios, precisamente para que una terminación no genere mayores daños a la misma.

3.1.1 Principio de Legalidad, Libertad contractual de las partes.-

Cuando analizamos el tema de contratación civil, lo fascinante es precisamente la libertad que las partes tienen para pactar lo que les convenga, siempre y cuando estos pactos no sean contrarios a la ley. El mismo Código Civil en su artículo 8 dice: "**Art. 8.-** A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley⁹³." El llamado "Principio de Legalidad" consiste en que las partes, en derecho privado, pueden hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por la ley, mientras que en derecho público, no se puede hacer nada que no esté expresamente autorizado por la ley. Bajo este parámetro y como ya lo mencionamos anteriormente, las partes que suscriben un contrato privado pueden obligarse como ellos consideren conveniente, hecho que va de la mano con otro principio llamado de "Libertad Contractual".

En el contrato de servicios complementarios analizado en el capítulo segundo, aparte de ciertos requisitos que dicho instrumento debe cumplir por disposición legal expresa, las

⁹² Martorell, Ernesto Eduardo: Despido por Fuerza Mayor y por Causas Económicas; Buenos Aires, Argentina; Editorial Universidad S.R.L., 1990. p.81.

⁹³ Código Civil. op. cit. Art. 8.

partes son libres de pactar otro tipo de condiciones a su pura conveniencia como el plazo, el precio e incluso condiciones particulares a determinadas operaciones. Esta potestad que tenemos los privados es precisamente en lo que consiste el principio de libertad contractual. Al respecto, los autores Ghersi y demás, al tratar este importantísimo principio dicen:

Freitas da el sentido de ese elemento tan importante [la libertad], con una simpleza, pero también con una profundidad sin igual: "Es el imperio en sí, o la libertad, que expresa la posibilidad de la elección entre los motivos -la determinación propia- de la independencia de la voluntad".⁹⁴

La importancia de este principio alcanza no solo a los contratos civiles nominados e innominados, sino también a los contratos laborales, que si bien son bastante restringidos en cuanto a lo que las partes pueden pactar con el objeto de proteger los derechos del trabajador que se entiende prevalecen sobre los derechos particulares del empleador, es el principio que nos permite, dentro de ciertos límites, decidir a las partes qué pactar, como por ejemplo, un determinado periodo de vacaciones, remuneración (aun cuando existe un mínimo), horarios, entre otras pequeñas características no previstas en la ley o que sean de carácter obligatorio.

Sin duda alguna este principio, debido a las restricciones legales que puedan existir para cada caso en particular, puede dar rienda suelta a que existan enormes diferencias entre un contrato civil y un contrato de índole laboral que hagan que efectivamente el condicionamiento de la vigencia del uno frente al otro, sea un tema complejo, o hasta cierto punto, necesario para no afectar las relaciones de todas las partes involucradas como consecuencia de eventuales "cadenas contractuales". Justamente, la intención de condicionar la existencia de un contrato laboral a un contrato civil podría brindar a las partes una alternativa para lidiar con todas aquellas

⁹⁴ Ghersi, Carlos A., et al.: Tratado de los Contratos Civiles, Comerciales, Laborales, Administrativos y de Consumo. Tomo I, Parte General. Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina, 2010. p. 95.

condiciones o exigencias que pueden nacer de un contrato civil, y evitar de alguna manera, el pago de ridículas indemnizaciones a favor de empleados como consecuencia de voluntades o hechos ajenos sí mismo.

3.1.2 Obligatoriedad de cumplimiento del contrato, el contrato es ley para las partes.-

Siguiendo con lo dicho, además de la libertad contractual, el principio de legalidad, y el hecho de que un contrato signifique ley para las partes, es fundamental precisamente para que los contratos surtan el efecto deseado. Uno de los requisitos de validez de los negocios jurídicos y en consecuencia de los contratos, es precisamente la capacidad de las partes, debido a que deben estar plenamente conscientes de lo que implica la suscripción de un contrato. Este instrumento les otorga derechos, pero a cambio de éstos, genera también obligaciones. Es importante señalar que esta característica no es exclusiva a los contratos civiles, sino a todo tipo de contrato o negocio jurídico, sea de índole laboral, administrativo o cualquier otro.

El autor De Reina Tartièrre dice:

El contrato constituye fuente de Derecho(...), marco normativo referencial al que han de ajustarse las partes. El contrato crea siempre un estatuto de sujeción, por más que consista en la derogación de otro previo conformado⁹⁵.

Esta sujeción de la que habla el ya citado autor, es precisamente el vínculo fundamental, como ya lo dijimos, para que el contrato surta los efectos deseados. De este vínculo y obligación que adquieren las partes, nace también de la mano la

⁹⁵ De Reina Tartièrre, Gabriel, et. al,... op. cit. p.22.

responsabilidad para con la otra parte, del cumplimiento de las mismas, caso contrario, de generarse un incumplimiento genera el derecho de resarcimiento a favor de la parte cumplida.

Ahora, el vínculo que se genera gracias a un contrato, es finito, en consecuencia, la obligación o "ley" que creada entre las partes, subsistirá mientras subsista la obligación y/o se dé cumplimiento al objeto mismo del contrato. El ya citado autor, profundizando en esta idea dice:

[...] el principio *pacta sunt servanda* alude al carácter vinculante del contrato. El principio significa la vigencia del contrato hasta el cumplimiento de su razón de ser. Al mismo tiempo, expresa que las partes que eligieron el orden interactivo característico de contrato no pueden desistirlo o desvincularse por contrario imperio unilateral. Y, además, pone de manifiesto que el contrato sería un medio cooperativo ineficaz si no fuera obligatorio hasta el cumplimiento del fin que llevó a determinarlo.⁹⁶

Lo que debemos ahora enfrentar es precisamente el alcance que puede tener la libertad de las partes respecto de las formas de terminación del contrato, ya sean previstas y "legales", o intempestivas e "ilegales" y en consecuencia la eventuales indemnizaciones que se generarían.

3.1.3 Formas de terminación y posibles indemnizaciones.-

En base lo señalado en los numerales anteriores y específicamente en cuanto a la libertad contractual, es común y usual que las partes sean quienes determinen las causales de terminación del contrato. Como ya lo mencionamos, entre las causales generalmente estipuladas están, por ejemplo, el cumplimiento del objeto contractual, el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición, por acuerdo

⁹⁶ De Reina Tartière, Gabriel, et. al,... op. cit. p. 24.

mutuo entre las partes, e incluso, en algunas ocasiones, por decisión unilateral de una de ellas con un preaviso de determinado tiempo. Este tipo de causales normalmente llevan consigo la especial característica de que no implican sanción o responsabilidad alguna a las partes por la terminación del contrato, entendiéndose entonces, que toda otra causa de terminación, como incumplimiento de una de las partes, terminación intempestiva (sin previo aviso y cumpliendo el plazo mínimo) u otras, inevitablemente darían lugar a la parte afectada de demandar una penalidad, o resarcimiento por los daños y perjuicios causados.

El autor Arturo Díaz Bravo aborda el tema del incumplimiento contractual en materia mercantil de la siguiente manera:

Al igual que en materia civil, el incumplimiento de las obligaciones mercantiles afecta dos modalidades:

- a) El absoluto, esto es, la completa inactividad del sujeto que reporta el compromiso de hacer o de dar o, por el contrario, la realización de la conducta que se obligó a no desplegar, cuando se trate de obligaciones de no hacer.
- b) El relativo, que se presenta cuando el sujeto no cumple en los términos de lo convenido.

Como consecuencia del incumplimiento, el deudor se constituye en mora, cuyo efecto es, también en materia mercantil, el de responsabilizarlo de los daños y perjuicios, además de seguir obligado al cumplimiento del acto o abstención que configuran su principal compromiso.⁹⁷

Con este antecedente, podemos concluir entonces que la terminación imprevista o contraria a las estipulaciones contractuales, implicaría la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a favor de la parte que cumplió con sus obligaciones contractuales. Aterrizándolo a un contrato de servicios complementarios, que es un

⁹⁷ Díaz Bravo, Arturo; *Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio; Tomo 1: "Teoría General del Contrato Mercantil"*. IURE Editores, México, 2005. p. 87.

contrato netamente mercantil pues versa sobre la prestación de un servicio, si quien termina de manera "ilegal" el contrato es la empresa usuaria, ésta no tiene responsabilidad directa con los trabajadores que prestaban los servicios en sus instalaciones, pero sí con podría tenerlo con la empresa prestadora de los servicios quien tuvo que contratar personal para cubrir esas plazas de trabajo requeridos por la usuaria. En el supuesto contrario, si es la prestadora la que termina el contrato de manera "ilegal", ésta podría verse obligada a indemnizar a la usuaria por cualquier perjuicio que la falta de personal pudiese generar, como por ejemplo, en el caso de un contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia, si como consecuencia de la terminación ilegal del contrato no existe seguridad por un determinado tiempo y se produce un robo. Esto es un claro caso de daño emergente.

3.2 Efectos de la terminación de un contrato laboral por parte del empleador.-

Analizado ya de manera superficial ciertos aspectos de derecho civil y las eventuales consecuencias o efectos de la terminación contractual, es importante hacer el mismo análisis respecto de los contratos laborales, toda vez que nuestro propósito es analizar el impacto que puede generar la terminación de un contrato civil para el cual el contratista, celebró contratos laborales que generan dependencia y otro tipo de obligaciones complejas. En este sentido, dicho análisis lo enfocaremos en un aspecto práctico, pues la teoría respecto a la terminación de las relaciones laborales fue analizada previamente en el capítulo primero del presente estudio. Lo que queremos resaltar son los efectos reales que una terminación contractual, desde el punto de vista laboral, puede generar u ocasionar al empleador.

3.2.1 Obligaciones del empleador.-

Vimos ya que el contrato de trabajo es un acuerdo mediante el cual el empleador contrata al trabajador para que realice una actividad determinada a cambio de una remuneración. En este sentido, la obligación principal del empleador es precisamente pagar de manera puntual dicha remuneración al empleado. Sin embargo, vimos también que la Ley Laboral, al considerar que el empleado está en una situación de desventaja, obliga directamente al empleador independientemente de lo que diga el contrato, al punto de que cualquier estipulación contractual contraria a las disposiciones legales, es inválida. Estas obligaciones adicionales recaen sobre remuneraciones mínimas a pagar, afiliación a la seguridad social, horarios máximos de trabajo, horas suplementarias y extraordinarias, vacaciones anuales, entre otras de índole general. Así mismo, el Código de Trabajo en su artículo 42 especifica las obligaciones generales del empleador las cuales deberá cumplir so pena de sanción independientemente de lo que estipule el contrato de trabajo. Bajo esta premisa podemos concluir entonces que si bien existe libertad contractual en temas laborales, ésta se absolutamente limitada y restringida a comparación de la flexibilidad de un contrato civil.

3.2.2 Indemnizaciones.-

A diferencia del contrato civil donde las indemnizaciones recaen principalmente sobre los daños y perjuicios ocasionados⁹⁸, en el derecho laboral existen indemnizaciones puntuales, o incluso "bonificaciones" que no son más que

⁹⁸ Es importante señalar que un trabajador o empleador perfectamente pueden ocasionar a un daño a su contraparte que puede ser susceptible de una indemnización por daños y perjuicios, pero esta acción necesariamente se la debe seguir por la vía civil y es independiente del ámbito laboral.

indemnizaciones que debe reconocer el empleador al empleado. De igual manera, en el derecho laboral son prácticamente unilaterales a favor del empleado, a excepción de una que es la que debe reconocer el trabajador al empleador por falta de desahucio de acuerdo al artículo 190 del Código de Trabajo⁹⁹ y para el caso de contratos por obra, la especificada en el artículo 195 que sanciona con una rebaja del 1% sobre el precio pactado por cada día de retraso hasta la entrega de la misma¹⁰⁰. Adicionalmente, es importante señalar que en los casos de visto bueno otorgado en contra de un trabajador, donde se entiende ha existido alguna conducta contraria a la relación laboral imputable a éste y que da derecho al empleador de dar por terminado el contrato, el único castigo es la terminación del contrato de trabajo, sin embargo, no le da potestad al empleador de reclamar por la vía laboral, indemnización alguna. Es más, el visto bueno puede ser imputado por el trabajador ante un Juez y éste puede ser revocado.

Volviendo a las indemnizaciones que debe afrontar el empleador dentro del ámbito laboral, la principal es la de "despido intempestivo" por la terminación unilateral, sin justa causa y en consecuencia, ilegal, del contrato de trabajo. Esta indemnización equivale a tres remuneraciones del trabajador (la última que recibió), cuando éste ha prestado servicios por menos de tres años. A partir del tercer año, se pagará un sueldo adicional por cada año adicional de trabajo, considerando la fracción de año como año completo hasta alcanzar un máximo de 25

⁹⁹ Este artículo dice: Art. 190.- Indemnización al empleador por falta de desahucio.- El trabajador que sin causa justificada y sin dejar reemplazo aceptado por el empleador, abandonare intempestivamente el trabajo, es decir sin previo desahucio, pagará al empleador una suma equivalente a quince días de la remuneración.

¹⁰⁰ Código de Trabajo. op,... cit. Art. 195.

remuneraciones ¹⁰¹ . A esta indemnización hay que sumarle la mal llamada "bonificación de desahucio", que tras la publicación de la Ley Orgánica de Justicia Laboral, dicha bonificación debe pagarse cuando el trabajador notifica al empleador con al menos 15 días de anticipación su intención de dar por terminado el contrato, o cuando la terminación se da por acuerdo entre las partes, o como se lo conoce en la práctica, por "renuncia"¹⁰². Esta bonificación es equivalente al 25%¹⁰³ de la última remuneración por cada año efectivamente trabajado. Existe además un caso especial para los discapacitados, pues, una de las obligaciones de los empleadores es al menos mantener una persona con discapacidad por cada 25 empleados. Ahora, por ser discapacitados, tienen incluso un régimen que les brinda protección adicional. Este régimen está regulado en la Ley Orgánica de Discapacidades. En el eventual caso de despido o terminación intempestiva en contra de un empleado que sufra una discapacidad, o de un "sustituto"¹⁰⁴ , adicional a la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio antes detalladas, el empleador deberá pagar una suma equivalente a 18 de la mejor remuneración que recibió el trabajador¹⁰⁵. Otro caso especial es respecto de mujeres embarazadas, mismas que en caso de despido, independientemente de lo que revisaremos en el siguiente numeral

¹⁰¹ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 188.

¹⁰² Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar,... op. cit. Art. 30

¹⁰³ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 185.

¹⁰⁴ De acuerdo con la Ley Orgánica de Discapacidades en su artículo 48, los sustitutos son aquellos parientes hasta un cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o personas que tengan bajo su cuidado a una persona con discapacidad severa, podrán formar parte del porcentaje de discapacitados.

¹⁰⁵ Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial Suplemento No. 796 de 25 de septiembre de 2012. Art. 51.

respecto al despido ineficaz, tienen derecho a recibir el equivalente a un año de remuneración adicional¹⁰⁶.

Esta tremenda carga de indemnizaciones, que es importante indicar que no son los únicos rubros que se toman en consideración para efectuar una liquidación, pues faltan los proporcionales de vacaciones, horas suplementarias y extraordinarias, y décimos, mismos que no han sido analizados por no ser indemnizaciones como tales, sino lo que se le adeuda a todo trabajador como consecuencia de los servicios prestados, generan un altísimo contingente para los empleadores en caso de terminaciones contractuales. Es tan sencillo, que en caso de darse un hecho económico que obligue al empleador a prescindir de una parte importante de su nómina, este hecho podría fácilmente quebrar una empresa. Estos hechos pueden ser, precisamente, la terminación de un contrato civil con justa causa lo que podría generar un excedente de nómina la cual no podría sostenerse si el ingreso que se percibía como consecuencia del contrato civil. Este hecho obliga a dar por terminados los contratos y afrontar fuertes indemnizaciones y liquidaciones si no se cuenta con una causal justa y legal para dar por terminada la relación laboral.

3.2.3 Terminación o despido ineficaz.-

El concepto de "despido ineficaz" es nuevo en el derecho laboral ecuatoriano y fue instaurado justamente por la Ley Orgánica de Justicia Laboral en abril de 2015. La intención de esta figura es proteger a empleados que cuentan con ciertas condiciones especiales para que en caso de despido, éste no surta efecto, o en su

¹⁰⁶

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar,... op. cit. Art. 35.

defecto y a decisión del empleado, la indemnización que se deba pagar sea aún mayor a la ya establecida por ley. Estas condiciones especiales son atribuibles a mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación y maternidad, así como para dirigentes sindicales o en casos de discriminación comprobada. El artículo 195.1 del Código de Trabajo, incorporado por el artículo 30 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral señala que se considerará ineficaz, es decir, que no tendrá efecto legal alguno, el despido sobre una de estas personas¹⁰⁷. El procedimiento establecido básicamente consiste en que si el empleador da por terminado el contrato de manera intempestiva, el trabajador afectado tendrá derecho a iniciar una acción de ineficacia, mismo que es un proceso sumario ante Juez Competente en un plazo de treinta días, quien deberá, mediante sentencia, declarar la ineficacia del despido si se cumplen las condiciones estipuladas en la ley¹⁰⁸. Los efectos de la declaratoria de ineficacia es la obligación de reintegro del empleado, salvo en el caso de discriminación, quién además, tendrá derecho a percibir su remuneración completa por el tiempo que no trabajó y su trabajo estuvo suspenso mientras se sustanciaba el proceso judicial, mismo que además tendrá un recargo del 10%. Si el trabajador, aun habiendo obtenido sentencia favorable decidiere no volver, el empleador le deberá indemnizar, además de todos los demás rubros especificados en la ley por despido intempestivo, con una suma equivalente a un año de trabajo, es decir, 12 remuneraciones.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar,... op. cit. Art. 35.

¹⁰⁸ Código de Trabajo,... op. cit. Art. 195.2

¹⁰⁹ *Ibidem*, Art. 195.3

Esta nueva figura dificulta aún más la terminación contractual sin causa, pues en caso de tratarse de un empleado protegido bajo estos parámetros cuyo contrato debo terminar, no sólo que podría encarecer aún más la liquidación, sino que si decide permanecer en la empresa tras la declaración de ineficacia del despido, el empleador debe prever un flujo suficiente para seguir cubriendo la remuneración de esta persona.

3.3 Efectos del Condicionamiento de la terminación de la relación laboral en base al artículo 169 numeral tercero del Código de Trabajo a la terminación de un contrato civil de prestación de servicios complementarios.-

En base a todo lo que hemos podido revisar hasta el momento, las disposiciones generales del derecho laboral, principios generales del derecho civil, las implicaciones que tiene la celebración de contratos laborales y civiles, y sus distintas aristas, es entonces momento de aterrizarlos a una realidad usual en nuestro país, y ésta se resume básicamente a encontrar un mecanismo legítimo, que permita dar por terminado un contrato de trabajo como consecuencia de la terminación de un contrato civil de prestación de servicios complementarios. Enfocándonos en la hipótesis como tal, el caso consiste principalmente en brindar a las empresas de servicios complementarios una alternativa para no tener que afrontar significativas indemnizaciones por la terminación de contratos laborales cuando dichas terminaciones han sido motivadas a su vez por la terminación de un contrato civil, que como vimos, no se ajusta a las mismas condiciones ni requisitos que los contratos laborales. Esta alternativa, o la cláusula que brindaría viabilidad a

dicha terminación, es precisamente el numeral tercero del artículo 169 del Código de Trabajo, mismo que me permito citar nuevamente a continuación:

Art. 169.- El contrato individual de trabajo termina:

[...]

3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato;

[...] ¹¹⁰

Como ya lo revisamos antes, el artículo 169 del Código de Trabajo enlista todas las causales por las cuales los contratos de trabajo terminan. El numeral tercero, hace alusión específicamente a tres situaciones: la terminación de la obra cuando el contrato celebrado es un contrato de obra y se especifica la misma en dicho instrumento; la conclusión del período de labor que hace referencia por ejemplo a los casos previsto para los contratos eventuales, ocasionales o de temporada; y finalmente, por la conclusión del servicio objeto del contrato. Este último, a mí criterio, hace referencia a los contratos a destajo, pero además, puede perfectamente encajar la hipótesis que hemos planteado, es decir, la terminación condicionada a un contrato que motivó en primer instancia la contratación laboral. Dicho esto, si en el contrato de trabajo claramente se especifica que el objeto del mismo es, por ejemplo, la prestación de servicios de guardianía en la empresa XYZ S.A. en base al contrato de servicios complementarios suscritos entre dicha empresa y la empleadora, el momento que dicho contrato termina y en consecuencia el empleado ya no prestará sus servicios en la empresa XYZ S.A., el contrato de trabajo termina. Ahora, en el supuesto de que el empleador quiera mantener la relación laboral con el trabajador y simplemente tenga la posibilidad de reubicarlo, pues entonces se celebraría un *addendum* en el cual se establezca el nuevo sitio de trabajo y se condicione al

¹¹⁰

Código de Trabajo,... op. cit. Art. 169.

contrato que lo generó. Aplicando esta hipótesis, cada parte asume el riesgo que todo contrato, independientemente de su índole, implica, además que como ya vimos, ningún contrato es infinito. La terminación del contrato civil no necesariamente implica un actuar negligente de la empresa prestadora de servicios complementarios, sino una realidad comercial, que no por ello, se debe ver obligada a indemnizar a uno o varios empleados por una situación ajena a su control, y que incluso, es hasta cierto punto previsible pero incierto respecto a cuándo sucederá la terminación. Siempre y cuando dicha condición esté expresamente estipulada en el contrato, esta es una alternativa válida para dar por terminada la relación laboral.

Para ello debemos tener en cuenta lo que menciona el autor Carlos A. Gherzi, pues es una realidad que no la podemos obviar:

Todo sistema económico necesita generar bienes y servicios masivos y particularizados (pero aún en este supuesto, en grandes cantidades) para lo cual debe utilizar insumos (apropiados de la naturaleza y/o adquiridos a su vez a otras empresas que los producen) y acoplar [...] el trabajo humano, con maquinarias; tecnología; robótica, etc., para lo cual se necesita una organización de todo este proceso, que abarca desde la producción, hasta la colocación de estos bienes y servicios en el mercado.

[...]

En el sistema económico esta organización comienza por la obtención de un capital (dinero; marca; etc.) que representa la parte estática de la empresa que se construye a partir de compra o alquiler de inmuebles; trabajadores; profesionales; insumos; etc. y que luego el derecho le brinda "formas" jurídicas (sociedad, etc.) e instrumentos para su dinamización: los contratos.¹¹¹

Es precisamente mediante los contrato que conjugamos todos estos elementos que permitirán a las empresas operar dentro de este sistema económico, por ello, el permitir alternativas viables, es saludable para la sociedad en su conjunto. Como vimos en este mismo capítulo, las indemnizaciones que debe reconocer un

¹¹¹ Gherzi, Carlos A., et al.: Tratado de los Contratos Civiles, Comerciales, Laborales, Administrativos y de Consumo. Tomo I, Parte General. Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina, 2010. p. 52.

empleador en casos de despido intempestivo pueden ser increíblemente cuantiosas, por lo que fácilmente la terminación de un contrato civil de prestación de servicios complementarios, puede ocasionar la quiebra de una empresa prestadora de estos servicios si no cuenta con cláusulas de salida para poder eliminar este contingente laboral por causas legítimas. El numeral tercero del artículo 169 del Código de Trabajo brinda precisamente esto, una salida para que además de la afectación económica que tendrá la empresa por dejar de recibir los ingresos por la provisión del servicio que cesa como consecuencia de la terminación del contrato civil, no se vea obligada además a tener que asumir un costo laboral por considerarse que se configura el despido intempestivo si se terminan los contratos laborales afectados por esa relación civil.

3.3.1 Antecedentes en el derecho Ecuatoriano.-

En el Capítulo Uno analizamos las formas y efectos de la terminación de los contratos de trabajo pudiendo concluir que si nos basamos únicamente en los tipos de contratos tipificados y descritos, dicho instrumento legal es sumamente inflexible y en la práctica, sería imposible condicionar la terminación de un contrato laboral a la terminación de un contrato civil de servicios complementarios. La única alternativa sería precisamente hacer énfasis en la aplicación del artículo 169 numeral 3ero y plasmarlo en el Contrato de Trabajo y conjugarlo con el artículo 170 citado anteriormente mismo que textualmente señala:

Art. 170.- En los casos previstos en el artículo 169, numeral 3 de este Código, la terminación de la relación laboral operará sin necesidad de desahucio ni otra formalidad; bastará que se produzca la conclusión efectiva de la obra, del período de

labor o servicios objeto del contrato, que así lo hayan estipulado las partes por escrito, y que se otorgue el respectivo finiquito ante la autoridad del trabajo¹¹². (lo subrayado me pertenece)

En este sentido, mientras en el contrato de trabajo las partes expresamente indiquen y señalen que el mismo está condicionado a la vigencia de un contrato civil de prestación de servicios complementarios, únicamente cuando este último termine, pues entonces el empleador podrá dar por terminado el contrato laboral sin necesidad de indemnización por despido intempestivo, debiendo las partes liquidar los valores pendientes de pago y suscribir un acta de finiquito ante autoridad competente.

Sin embargo de lo expuesto, el Doctor Julio César Trujillo, al hablar de la terminación de contratos de trabajo por la conclusión de la obra, periodo de labor o servicio objeto del contrato, refiriéndose a la causal determinada en el artículo 169¹¹³ numeral tercero del Código de Trabajo, cuando aún no se incluía el artículo 170 antes citado, ajusta la misma únicamente a los contratos por obra cierta, destajo, eventuales, de temporada y ocasionales, debido a su naturaleza de temporalidad. Específicamente en lo que se refiere a la conclusión del servicio objeto del contrato, señala lo siguiente:

Asimismo, cuando se contrata los servicios ocasionales de un trabajador para que ejecute labores no habituales en la empresa, sino accidentalmente necesarias, en cuanto las labores para cuya ejecución se lo contrata dejan de ser necesarias, termina el contrato ocasional.

Se entiende que las labores, para cuya ejecución se contratan los servicios ocasionales del trabajador, son emergentes o extraordinarias, cuando son necesarias para la empresa, por no más de treinta días.

¹¹² Código de Trabajo,... op. cit. art. 170

¹¹³ Es importante señalar que el artículo 170 fue introducido al Código de Trabajo como artículo 169-A mediante la Ley 133, publicada en el Registro Oficial Suplemento 187 de 21 de noviembre de 1991.

Nuevamente, es preciso anotar que el contrato es ocasional no porque se lo celebra por treinta días sino por la naturaleza extraordinaria, no habitual de las actividades que la empresa debe atender y siempre que su ejecución no requiera de más de treinta días de trabajo. No cabe, pues, que con el nombre de contratos ocasionales se celebren contratos sucesivos, todos por no más de un mes, pero uno a continuación de otro, con el mismo o con diferentes trabajadores, para atender labores estables o permanentes¹¹⁴.

Si bien coincido con el Doctor Trujillo en cuanto al propósito e interpretación jurídica que hace respecto del contrato ocasional contemplado en el artículo 17 del Código de Trabajo, firmemente considero que incurre en un gravísimo error al limitar la causal prevista en el numeral tercero del artículo 169 del Código de Trabajo exclusivamente a estas figuras. Tanto así, que incluso considero que la intención de los legisladores, no era ésta, pues el Código es claro respecto a la aplicación y terminación de dichas figuras contractuales, sin embargo, tácitamente se crea un nuevo tipo de contrato en el cual se puede condicionar la terminación del mismo a la conclusión de servicio objeto del contrato. En ningún momento el numeral tercero del artículo 169 vincula exclusivamente la causal de terminación a los contratos especificados en los artículos 16 y 17, por ende, mal podríamos concluir que es exclusivo para éstos, simplemente aplicando el principio de legalidad, es decir, que en derecho privado, se puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido por la ley.

Este criterio, de alguna manera, lo compartió la Cuarta Corte Constitucional en el fallo dictado a favor de Petroproducción el 10 de abril de 2012, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 735 publicado el 29 de junio del mismo año en el que la Dra. Delia Josefina Núñez Guadalupe demanda al Cptn. Camilo Delgado

¹¹⁴ Trujillo, Julio César,... op. cit. p. 316.

Montenegro, Vicepresidente de Petroproducción por un supuesto incumplimiento a la Disposición Transitoria Primera del Mandato Constituyente 8, tercer párrafo, en el cual dispone que las personas que hayan sido tercerizadas, tendrán derecho a ser contratadas por las empresas beneficiadas siempre y cuando se cumplan con determinadas condiciones. La demandante adujo que Petrocomercial incumplió dicha disposición y que en consecuencia al no contratarla como personal de planta, se configura el despido intempestivo. Al respecto, y en relación al tema de análisis del presente estudio, la Corte dice:

El despido intempestivo es considerado como el medio por el cual el empleador, de forma unilateral, da por terminada la relación laboral, sin que medie ninguna causal legal para hacerlo. De esta manera, al considerar la existencia de un despido intempestivo, la relación entre empleador y trabajador se convierte en un conflicto jurídico que debe ser conocido y solucionado por medios jurisdiccionales, estableciendo además que es el demandante a quien corresponde "demostrar el despido intempestivo del que afirma fue víctima; puesto que, siendo este un hecho que sucede en determinado tiempo y lugar era de su obligación justificarlo", de lo que se entiende que el despido intempestivo no es una mera declaración proveniente de la presunta afectada; al contrario, debe existir una declaración judicial sobre este hecho. Del expediente se sustrae que no existe tal declaración, de hecho se observa la existencia de un acta de finiquito ante el inspector de trabajo, suscrita por la accionante y CERLABIN S.A., el 14 de marzo del 2008, fecha en la que termina el contrato entre CERLABIN S.A. y PETROPRODUCCION, para el cual fue contratada la actora. El Código de Trabajo, en su artículo 169 dispone que una de las causales para dar por terminado el contrato de trabajo individual es la conclusión del periodo de labor o servicios objeto del contrato, periodo de labor o servicios que, en el presente caso, concluyó el 14 de marzo del 2008, por lo que esta Corte concluye que en relación al segundo presupuesto, PETROPRODUCCION no ha incumplido con el mandato determinado, pues la accionante no fue despedida a partir del 01 de marzo del 2008, por motivo del trámite de expedición del Mandato Constituyente No. 8, ya que su relación laboral culminó según el contrato individual de trabajo por la conclusión del periodo de labor o servicios objeto del contrato.¹¹⁵ (lo subrayado me pertenece)

¹¹⁵ Resolución de la Corte Constitucional 4;"Niega Acción de Cumplimiento por Despido Laboral"; Registro Oficial Suplemento 735 de 29-jun.-2012.

Este fallo deja un claro precedente del uso de la figura establecida en el artículo 169 numeral 3ro y ratifica que ésta es una causal de terminación legítima. Aun cuando, en el fallo, no se detalla si la condición fue estipulada contractualmente.

3.3.2 Del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio.-

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento de Trabajo en el Hogar trajo consigo la creación de una nueva figura de contractual, una que en principio de atrevería a señalar contempla precisamente la posibilidad de terminación de un contrato condicionándolo a la prestación de un servicio en sí. Esta nueva figura se llama "contrato de obra o servicio determinado dentro del giro del negocio" y está ahora prevista en el artículo 16.1 del Código de Trabajo y dice:

Art. 16.1.- Del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio.- En los contratos por obra o servicios determinados dentro del giro del negocio, una vez concluida la labor o actividad para la cual fue contratado el trabajador, terminará la relación de trabajo, siendo procedente el pago de la bonificación por desahucio conforme lo establecido en el artículo 185 del mismo. Para la ejecución de nuevas obras o servicios, el empleador tendrá la obligación de contratar nuevamente a los trabajadores que hayan prestado sus servicios en la ejecución de obras o servicios anteriores bajo este tipo de contrato, hasta por el número de puestos de trabajo que requiera la nueva obra o servicio, siendo facultad del empleador escoger a los trabajadores que él considere. Respecto a los trabajadores que no pudieron ser llamados a la nueva obra o servicio, esto no implica que se termine la obligación de llamarlos para siguientes proyectos en los cuales exista la necesidad del número de plazas de trabajo.

Si conforme lo establecido en el inciso anterior, el trabajador no es llamado para prestar sus servicios, a pesar de que operativamente se lo necesite y existan puestos de trabajo disponibles en la nueva obra, se configurará el despido intempestivo y tendrá derecho a percibir las indemnizaciones previstas en este Código.

En los casos que el trabajador no acuda al llamado efectuado por el empleador, la obligación de contratarlo para la ejecución de nuevas obras quedará sin efecto. A este tipo de contratos se aplicarán las reglas del visto bueno que le correspondan.

El Ministerio rector del trabajo emitirá la normativa secundaria necesaria para regular esta modalidad contractual y será quien defina exclusivamente las actividades en las cuales se aplica.¹¹⁶ (lo subrayado me pertenece)

De una primera lectura de este artículo, parecería que recoge precisamente todo lo que hemos tratado en este estudio, y además, lo regula de tal manera que se brinda cierta eventual estabilidad a los trabajadores respecto de los nuevos llamados a los que se ve obligado a hacer el empleador.

Desde mi punto de vista, y entendiendo la visión de la bancada oficialista de la Asamblea Nacional, creería que la intención original de esta figura es brindar estabilidad a los trabajadores y obreros a que sean llamados para futuras obras o servicios, y no tanto respecto a brindar al empleador una salida u opción de terminación, pues si bien sí lo es, al incluir los legisladores el último inciso mediante la cual brinda al Ministerio de Trabajo la facultad de regular esta figura y a las actividades a las cuales aplicarán, con seguridad puedo especular que limitarán el ámbito de aplicación del mismo a casos muy puntuales y en ninguno de ellos, para casos como el que estamos tratando, aunque espero equivocarme.

3.3.3 La Terminación de la relación contractual y el condicionamiento de un contrato de trabajo en derecho comparado.-

Toda vez que estamos analizando los efectos que tendría el condicionar un contrato laboral a un contrato civil, es importante revisar cómo esta figura ha sido implementada de una u otra manera en otras legislaciones y así concluir si la misma es considerada necesaria o no. Por este motivo, hemos revisado lo referente a la

¹¹⁶

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar,... op. cit. Art. 4.

legislación española y el Estatuto del Trabajador, también hemos revisado la legislación mexicana y finalmente, tomamos en cuenta a la legislación argentina.

3.3.1. España.-

El derecho laboral español, al igual que los otros dos ejemplos que vamos a revisar, parte de los mismos principios que analizamos en el capítulo uno y que sirvieron para inspirar nuestra legislación. A pesar de ello, la realidad de cada país ha obligado a sus legisladores a adaptarlos a sus propias realidades con el objeto de que las leyes sean prácticas y aplicables, sin embargo, existen hechos que suceden en todo el mundo independientemente de las costumbres y realidades de cada país. Uno de estos hechos es el curso que las relaciones laborales necesariamente deben cursar. Al respecto, el autor Montoya Melgar dice:

La relación jurídica de trabajo se encuentra, como cualquier otra, sometida a un curso vital: se inicia mediante la celebración del contrato, se prolonga mediante el intercambio continuado de las prestaciones del trabajador y empresario, puede sufrir vicisitudes modificativas, suspensivas o de otro tipo, y en fin, se extingue¹¹⁷.

Siendo reiterativos, es precisamente la terminación el hecho que genera el presente estudio, y en general, la gran mayoría de disputas judiciales en el ámbito laboral. Entonces, ¿Qué figura ofrece el ordenamiento jurídico español para ocasionar el menos perjuicio económico posible al empleador? Esto es precisamente lo que trataremos en este punto.

En España se prevé como una forma de terminación legal del contrato, el cumplimiento de la condición resolutoria pactada en el mismo. En este sentido, la condición para que este condicionamiento sea válido, valga la redundancia, es que

¹¹⁷ Montoya Melgar, Alfredo,... op. cit. p. 447.

dicha condición sea objetiva y medible por las partes y que en consecuencia, no desencadene un abuso por parte del empleador para poder dar por terminado el contrato a su antojo. El tratadista Montoya Melgar nos dice respecto a este punto:

Dicha condición ha de mencionarse expresamente en el contrato y ha de ser posible y lícita, esto es, ajustada a las leyes y a las buenas costumbres. La imposibilidad o la ilicitud de la condición determinan, en el contrato de trabajo, que se tenga por no puesta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 ET, y en contra de la regla del art. 1.116 CC, según la cual la imposibilidad o la ilicitud de la condición <<anularían la obligación que de ellas dependa>>¹¹⁸.

Es importante tener claro que en España la subcontratación laboral, o tercerización como la conocemos nosotros, es legal dentro de determinado esquema, por lo que el condicionamiento de un contrato de trabajo puede ser condicionado al hecho objetivo y medible de la terminación de un contrato civil que generó la contratación en un principio. Ahora, en el derecho Español aún existe lo que ellos llaman la "denuncia de terminación", que relacionándola a nuestra legislación, sería equivalente a lo que fue el desahucio por parte del empleador, y que en el fondo, es el aviso que debe hacer el empleador al empleado respecto del cumplimiento de la condición y en consecuencia la terminación del contrato. Si no lo hiciere, el contrato se vería prorrogado indefinidamente¹¹⁹. Comparando este mecanismo con el previsto en el artículo 170 de nuestro Código de Trabajo, la forma de terminación en el caso ecuatoriano, es mediante la firma del Acta de Finiquito. El inconveniente surge en el hipotético caso de que el trabajador no firme dicha acta y en consecuencia, no queda ningún documento de respaldo más que el contrato en caso de inicio de un juicio por supuesto despido intempestivo.

¹¹⁸ Montoya Melgar, Alfredo,... op. cit. p. 450.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 450.

De igual manera, es interesante analizar otra de las causales que prevé el derecho español para la terminación de los contratos de trabajo y que es el llamado "despido económico". Esta figura, de acuerdo con el autor Ignacio Albiol Montesinos consiste en lo siguiente:

Quando el empresario base su decisión extintiva en causas económicas se entenderá que las mismas concurren cuando la decisión extintiva empresarial <<contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa>>, o <<con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas>>.¹²⁰

Como lo vimos en su momento, la terminación de un contrato civil de prestación de servicios puede fácilmente implicar una clara afectación a la situación económica de una empresa prestadora de servicios complementarios. Dicho esto, si el empleador puede demostrar que esta terminación civil afecta económicamente a la empresa y que es inviable mantener contratado a determinado personal por los costos que esto implica, pues entonces es justa causa para dar por terminado los contratos laborales y así superar una situación económica negativa, o evitarla. El derecho laboral español, como hemos podido revisar, prevé figuras que protegerían a la empresa como tal y brindan esta salida en caso de situaciones que pueden afectar a la misma, sea por la facilidad de pactar una condición para la terminación del contrato, o incluso por hecho económicos que la afecten. Entienden entonces los legisladores españoles, la importancia de mantener vivas las empresas y su rol en la sociedad.

3.3.2 México.-

En la legislación Mexicana, de acuerdo con el autor Nestor de Buen L. en la hipótesis que nos hemos planteado, podría aplicarse el contrato por Obra

¹²⁰ Albiol Montesinos, Ignacio, *et. al.* Derecho del Trabajo: Tomo II. Contrato Individual. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia: 2004. p. 643.

Determinada. De acuerdo a lo que indica el autor, si bien su nombre nos invita a pensar que se trata de un contrato aplicable exclusivamente a la construcción, señala que:

El concepto de "obra determinada" es ajeno a la idea de modalidad. En realidad se trata de una idea que expresa la temporalidad del objeto de tal manera que al extinguirse éste, cese en sus efectos la relación. [...] En la especie la relación perdurará mientras subsista el objeto posible, elemento esencial del negocio jurídico. Al quedar realizado el objeto, por falta de este elemento esencial dejará de existir el negocio jurídico.

[...]

La modalidad, por el contrario, afecta a un acto perfectamente estructurado y presumiblemente válido que por circunstancias ajenas a su esencia está llamado bien a empezar a producir efectos, bien a extinguirse.

La modalidad juega, normalmente, en función de la voluntad de las partes. La determinación de la obra, en los contratos que estamos examinando, depende también su voluntad, pero al nacer la relación se produce un elemento objetivo cuya permanencia, cualquiera que sea la temporalidad que se le haya atribuido por las partes, domina la vigencia de la relación. [...] ¹²¹

Bajo este análisis y aplicando esta modalidad, en el supuesto caso de que un guardia sea contratado para prestar sus servicios en determinada empresa, el momento que el cliente del empleador rescinde el contrato, el objeto o razón tangible y medible que motivó el contrato de trabajo con el empleado, terminaría.

De acuerdo a la legislación mexicana, los contratos laborales terminan por las siguientes causas:

Art. 53. "Son causas de terminación de las relaciones de trabajo:

I. El mutuo consentimiento de las partes;

II. La muerte del trabajador;

III. La terminación de la obra o vencimiento del término o inversión del capital, de conformidad con los artículos 36, 37 y 38;

IV. La incapacidad física o mental o inhabilidad manifiesta del trabajador, que haga imposible la prestación del trabajo; y,

¹²¹

De Buen L., Nestor,... op. cit. p. 60.

V. Las causas a que se refiere el artículo 434."¹²²

Acogiendo la interpretación del citado tratadista, la legislación mexicana acogería entonces nuestra tesis en base al numeral tercero del artículo 53, entendiendo que obra no se refiere a una obra como tal, sino al objeto que motivó la contratación del trabajador, como un contrato civil de servicios.

3.3.3 Argentina.-

En 1990 el autor Ernesto Martorell ya afrontaba respecto de la legislación argentina, la importancia de buscar una legislación laboral que vele por los derechos tanto de la empresa como de los trabajadores, entendiendo la correlación que debe existir entre la economía y el derecho, pues este último es, como ya lo mencionamos antes, el que regula las relaciones entre empleados y empleadores. Al respecto nos dice:

Ya en 1933, Hugo Sinzheimer admitía que "el derecho del trabajo no tiene sentido aisladamente considerado. Es complementario de la economía", y ello es así, no sólo porque para hablar de dar más o de proteger patrimonialmente a alguien se debe saber previamente con qué recursos se cuenta, sino porque la característica de la rama del ordenamiento que nos ocupa no es, entonces, la de proteger así sin más, sino la de ser un derecho de regulación de relaciones económicas, en cuya estabilidad todos tienen igual interés, y no un manojito de normas que tengan en vista especial y exclusivamente al trabajador¹²³.

Actualmente la legislación argentina, al igual que la española, prevé como causa legítima de terminación del contrato, la falta o disminución de trabajo. Al respecto, el autor Julián Arturo de Diego nos dice:

¹²² De Buen L., Nestor,... op. cit. p. 139.

¹²³ Martorell, Ernesto Eduardo,... op. cit. p. 184.

Concepto de extinción del contrato de trabajo por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor: se denomina así a la falta o disminución de trabajo no imputables al empleador y fehacientemente justificada, y a los hechos imprevisibles o que previstos no han podido evitarse, que motivan el despido del trabajador, respectivamente¹²⁴.

Es importante señalar que la aplicación de esta figura sí implica el pago de una indemnización al trabajador por parte del empleador, además de que cuenta con ciertas reglas de prelación como por ejemplo, que primero se debe despedir a las personas de menor antigüedad o aquellas que tienen menos cargas¹²⁵. Así mismo, la indemnización que causa esta figura es menor que aquella que se genera por un despido intempestivo ordinario, dejando muy claro que estos hechos económicos de fuerza mayor, en los que precisamente puede caer la terminación de un contrato que generaba los medios para la contratación de los trabajadores, afectan a la realidad económica del empleador quien muchas veces el afrontar una indemnización ordinaria de despido, puede significar la quiebra de su negocio. En Argentina entonces, han aplicado un punto medio versus lo que se vive en España y México donde una terminación de esta naturaleza no genera indemnización, y la legislación ecuatoriana que, si a criterio de los jueces no se permite la aplicación del artículo 169 numeral 3ero para condicionar el plazo del contrato, generaría una indemnización completa.

3.4 Conclusiones.-

Tras haber analizado a breves rasgos la naturaleza contractual civil y la flexibilidad que ésta tiene frente al rígido condicionamiento que lleva consigo todo

¹²⁴ De Diego, Julián Arturo,... op. cit. p. 369.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 370.

contrato laboral, queda claro que debe existir una figura que permita entrelazar ambos mundos. Claro está, se debe respetar siempre los derechos de los trabajadores y sus beneficios, pero siempre manteniendo la perspectiva y sobretodo la realidad de mercado bajo la cual se ven obligadas a operar los empresarios. Si éstos no cuentan con una figura como la que interpretamos nosotros respecto del artículo 169 numeral 3ero, o si ésta se ve limitada o es desconocida por el sistema judicial, los empleadores quedan desprotegidos frente a hechos reales que deben afrontar en el ámbito civil y comercial. Como vimos, en otras legislaciones esta realidad es aplicada y tomada en cuenta, llamándola incluso como un "despido o terminación económica", pues son precisamente los hechos económicos los que generan la necesidad de terminar contratos laborales. De igual manera, el condicionamiento a una determinada obra o servicio, pues existen muchas modalidades relativamente temporales y cuyo fin es fácilmente identificado, por lo que una vez que se cumple con la condición resolutoria, no tiene sentido el mantener o continuar con la relación laboral. Debo decir que coincido plenamente con lo que analizamos respecto de la legislación española y mexicana en las cuales la condición debe ser medible, pues si no lo es, los trabajadores están expuestos a abusos respecto de sus derechos y eso tampoco es aceptable.

Conclusión

En este punto de la investigación hemos hecho un breve recuento de qué es el derecho laboral y cómo se lo comprende o refiere como un "Derecho Social" debido a la importancia que éste tiene en la sociedad, independientemente de cada posición en particular, pues este derecho rige tanto para empleados como para empleadores. Me atrevo a decir que la gran mayoría de seres humanos, por no decir todos, en determinado punto de sus vidas, se ven en la necesidad de incurrir en una relación laboral, de allí la importancia que se le da a este conjunto de normas, pues directa o indirectamente, nos afectarán de una u otra manera. Hemos revisado que debido a las condiciones básicas de toda sociedad actual, la relación laboral sufre un desequilibrio natural, siendo el propósito básico e indispensable de las leyes laborales, el minimizarlo o eliminarlo. De allí precisamente nacen los principios laborales ya analizados en el Capítulo 1, como por ejemplo el *indubio pro operario*, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, entre otros, que son redactados a favor de los trabajadores para garantizar, sobre todo, un trabajo digno.

Independientemente de este desequilibrio natural, los legisladores se ven ante la dura tarea, de no solo redactar leyes para equilibrar las relaciones, sino que sean aplicables en el día a día, sin descuidar tampoco las necesidades y la realidad del empleador. Es importante que los legisladores tengan en cuenta una serie de factores al momento de redactar dichas leyes, pues de por sí, los trabajadores son uno de los contingentes y/o pasivos más grandes y delicados de todo empresario. En este sentido, un desequilibrio en contra de los trabajadores, perjudica sus más básicos derechos e incluso puede llegar a atentar contra una vida digna; un desequilibrio en contra de un empleador, puede implicar la quiebra de un negocio y el consecuente desempleo de muchos. Uno de estos desequilibrios, desde mi punto de vista ocasionado por una cultura de irrespeto que existe en el Ecuador más que por un error técnico legal, fue la de la tercerización.

Precisamente la disposición legal de la cuál nace el problema jurídico objeto del presente estudio, es la prohibición de la tercerización. Como vimos ya, en muchos países esta es una figura y una herramienta perfectamente válida, y también lo fue en el Ecuador hasta el 2008, debido a los abusos que se dieron por parte de algunos empresarios, lo cual motivó un importante discurso del entonces flamante Presidente de la República, Ec. Rafael Correa Delgado y su Asamblea Constituyente, para eliminar dicha figura, y así fue. Debo decir que es innegable los abusos que existieron en ciertos casos, sin embargo, esto no hace que la tercerización sea una figura inconveniente si se la sabe manejar y controlar. De alguna manera, los Asambleístas, entonces legisladores, supieron entender parcialmente este punto, y si bien eliminaron la tercerización como tal, crearon una nueva figura, altamente

controlada y recargada de beneficios, que la bautizaron como "Contrato de Servicios Complementarios". Si bien esta figura ya fue analizada en su totalidad en el Capítulo 2 de este estudio, en términos generales, brinda la posibilidad a los empleadores de tercerizar exclusivamente cinco tipos de servicios. Estos servicios que comprenden los de alimentación, seguridad, guardianía, mensajería y limpieza son tercerizados a personas naturales o jurídicas cuyo objeto social y/o actividad única, es la prestación de este tipo de servicios, y con quienes el usuario o beneficiario de los mismos deberá suscribir un contrato civil de prestación de servicios, mientras que el prestador, suscribirá un contrato laboral con los trabajadores que efectivamente los ejecutarán.

Vemos aquí entonces que para la aplicación de esta nueva figura de tercerización, deben necesariamente existir dos contratos distintos, el primero, es un contrato de trabajo entre la empresa o persona que ofrece el servicio y el trabajador que lo ejecutará; el segundo es un contrato civil, con fuertes implicaciones laborales, que celebra la empresa o persona que ofrece el servicio, con la empresa o persona que pretende beneficiarse del mismo. De alguna manera, estas dos figuras, muy distintas en su propia naturaleza, puesto que los contratos laborales son sumamente rígidos y no permiten mayor campo de negociación y, por otro lado, los contratos civiles en los cuales las partes tienen absoluta flexibilidad para negociar sus derechos y obligaciones, deben converger y de alguna manera regular una relación comercial-laboral muy demandada en nuestro mercado. Una vez perfeccionada la figura de la prestación de servicios complementarios, y cumpliendo con todas las aristas y condiciones establecidas en la ley tanto por la Contratista como por la

empresa Usuaria, considero que es al momento de la terminación del contrato civil, donde puede surgir un serio impacto y afectación para quien lleva consigo la carga laboral. Como pudimos analizar en el Capítulo 3, los contratos civiles pueden terminarse de acuerdo a las condiciones pactadas por los contratistas, y vimos también, que esto se debe a que ninguna relación comercial es perpetua y siempre tendrá un final, independientemente de su causa. Por otro lado, la relación laboral es protegida por las leyes como si se tratase de una relación perpetua y siempre con miras a velar por el trabajador procurando brindarle estabilidad, lo que hace sumamente complejo dar por terminada una relación laboral de manera unilateral por parte del empleador, sin que esto conlleve el pago de indemnizaciones.

La complejidad de los efectos que genera la figura del contrato de servicios complementarios creada como consecuencia de la expedición del Mandato 8 y la prohibición de la tercerización es tal que ha obligado a las empresas dedicadas a la prestación de estos servicios, a tener que planificar y aprovisionar fondos en caso de una eventual necesidad de terminar los contratos con sus trabajadores. Así mismo, las empresas usuarias se ven obligadas a exigir la inclusión de cláusulas sumamente rígidas en contra de la Contratista en las que ésta última se obliga a reembolsar el pago de toda obligación o suma de dinero que la usuaria se vea obligada a reconocer a uno de los empleados de la Contratista. La sobreprotección que existe a los trabajadores que prestan este tipo de servicios por la responsabilidad solidaria ya explicada, genera inquietud también en las empresas usuarias y es deber de los contratistas, el transmitir seguridad y confianza a sus clientes para que no vean la contratación de servicios complementarios como un potencial riesgo o contingente

para ellos. Una manera de hacer esto, es precisamente abriendo una nueva posibilidad dentro de nuestro marco legal.

Todo lo expuesto es lo que generó la pregunta o problema con relevancia jurídica que pretendo resolver a lo largo de este estudio. Dicha pregunta es: Tras la creación de la figura de los contratos civiles de prestación de servicios complementarios y las implicaciones laborales que ellos abarcan, ¿puede condicionarse el plazo de un contrato de trabajo a la terminación de un contrato de servicios complementarios en base al numeral tercero del artículo 169 y 170 del Código de Trabajo?

Tras revisar la doctrina, jurisprudencia y leyes vigentes a la fecha, considero que el condicionar la vigencia de un contrato de trabajo a la vigencia de un contrato civil de prestación de servicios complementarios en base al numeral tercero del artículo 169 y 170 del Código de Trabajo es perfectamente válido y se lo debe fomentar. El principal argumento contrario a esta hipótesis, desde mi punto de vista, tiene que ver respecto de la interpretación que algunos tratadistas dan al numeral tercero del artículo 169, pues como vimos y citamos al Dr. Julio César Trujillo en su momento, bajo su criterio la terminación de la obra o servicio objeto del contrato hace referencia directa y exclusiva a la figura del contrato ocasional que está expresamente detallado en el Código de Trabajo y no prevé ni considera la opción de que esto pueda referirse también a cualquier tipo de servicio. Es importante señalar que los contratos ocasionales a los que hace referencia el Dr. Trujillo, no condicionan su duración a la terminación del servicio como tal, pues de acuerdo con el Código de Trabajo, su plazo no puede superar los treinta días en un año, y tampoco pueden

usarse para cubrir plazas de trabajo que sean parte de la actividad habitual del empleador. Para el referido autor, estos contratos son ocasionales por su naturaleza extraordinaria, no por el plazo.

La necesidad de las empresas prestadoras de servicios complementarios van mucho más allá de una contratación ocasional, pues se trata de sus actividades habituales, y su intención no es mantener a sus empleados máximo treinta días, sino el tiempo que éstos sean requeridos por sus clientes en base a los contratos que suscriben. Desde mi punto de vista y tras el análisis que he realizado a lo largo del presente estudio, no considero que tras condicionar el plazo se esté vulnerando los derechos de los trabajadores, tanto así, que el mismo Código de Trabajo prevé figuras similares como son el contrato por Obra, Destajo y Tarea. La aplicabilidad práctica que le estaríamos dando al numeral tercero del artículo 169, recae sobre condicionar servicios que han surgido en el mercado debido a una reforma laboral importante como fue la supresión de la tercerización, y que incluso podría aplicársela también en casos en los que el empleador requiera de una fuerza laboral para proyectos específicos cuyo plazo de duración es incierto. Conforme el tiempo pasa y existen nuevas modalidades de contratación comercial, la contratación laboral debe adaptarse para volver la primera una opción viable para el contratista.

Ahora bien, hemos visto que el mismo Código de Trabajo brinda una alternativa para estos escenarios y que es el ya tantas veces citado numeral tercero del artículo 169, sin embargo, es importante definir cómo éste debe ser aplicado de tal manera que no vulnere los derechos de los trabajadores. Para ello, es indispensable que la condición de duración del contrato sea clara y objetivamente

fijada de tal forma que no quepa interpretación alguna al respecto sobre si se configuró dicha condición o no. El servicio a prestarse debe estar tan claramente definido que permita a las partes identificar fácilmente el momento que éste haya cesado. Para ello, una condición indispensable para que podamos aplicar esta causal de terminación, debe ser que ésta debe estar pactada por escrito, no siendo aplicable entonces en aquellos casos de relaciones laborales por contratos verbales o tácitos. Como Anexo A del presente estudio me he permitido agregar un modelo de contrato donde se condiciona la duración del mismo a la subsistencia de un contrato civil de prestación de servicios complementarios. Como podremos observar, en dicho documento se delimitan claramente cuándo aplicaría esta figura, pues bajo ningún concepto puede prestarse a malas interpretaciones y que en consecuencia, vulneren los derechos del trabajador. Hay que tener en cuenta que los derechos laborales son irrenunciables, en consecuencia, si dicha cláusula o contrato está mal redactado y atenta contra dichos derechos, éstas se considerarán no escritas y no surtirán los efectos deseados, pudiendo causar aún un mayor perjuicio al empleador.

La tesis que he presentado y analizado ha sido aplicada en escasas ocasiones en el Ecuador, pues en principio, y tal como lo pudimos apreciar del Doctor Julio César Trujillo, parecería que la misma atentaría de forma directa contra los principios básicos laborales contemplados en nuestra legislación y en contra de los trabajadores, sin embargo, tras analizar a fondo la misma, vemos que brinda una clara alternativa a las empresas que tienen esta necesidad lo que en consecuencia, fomenta la contratación formal de trabajadores así como también, la conservación de la empresa que es la principal fuente de trabajo de toda economía a nivel mundial.

Recomendaciones finales.-

Con el objeto de volver esta figura aplicable, o mejor dicho, fomentar su aplicación, es necesario que las autoridades locales dejen de satanizar al empresario y el emprendimiento y jamás deben olvidar el importantísimo papel que éstos juegan dentro de una economía, siendo su irrenunciable obligación abrir puertas y nuevas alternativas para que tanto las necesidades de dichos empresarios como los derechos de los trabajadores, sean tomados en cuenta y respetados. Como ya pudimos observar, tenemos apenas un fallo de la Corte Constitucional que fue citado en el Capítulo 3 que reconoce esta figura como justa causal para dar por terminada la relación laboral sin que se configure el despido intempestivo, sin embargo, la misma debe ser fomentada de manera general y debe ser una tesis aceptada tanto por funcionarios del Ministerio de Trabajo, así como por los Jueces de lo Laboral en sus distintas salas.

Así mismo, el Estado debe transmitir un sentimiento de que existe seguridad jurídica y equidad entre los regulados, de tal manera que los empleadores sientan la tranquilidad de poder actuar de buena fe sin que sus derechos vayan a ser minimizados o ignorados. Para ello, es importante que se emitan doctrinas que brinden lineamientos de interpretación para la aplicación de este tipo de figuras. Con la promulgación de la Ley de Justicia Laboral y la creación de la figura del Contrato de Obra o Servicio Determinado, el Ministerio de Relaciones Laborales tiene una excelente oportunidad para reforzar la figura que hemos tratado a lo largo de este estudio y fomentarla para beneficiar a la empresa y la sociedad. Esperemos que una vez que se suscriba el Acuerdo Ministerial que deberá regular dicha figura, no limite

ridículamente la misma, tal como lo ha hecho en otros casos. Es importante que el Estado y los gobernantes entiendan que siempre existirán personas que abusen el derecho, sin embargo, las gestiones se deben enfocar en atacar a aquellos que lo hacen y no en crear reformas que atenten contra la generalidad de las personas eliminando figuras válidas y legítimas, para controlar a unos pocos. Este actuar no denota más que una ineficiente capacidad de control.

Bibliografía

- Acosta Cerón, Ramiro. *Derecho Constitucional Laboral*. Quito: Manía, 2009.
- Albiol Montesinos, Ignacio, *et. al.* *Derecho del Trabajo: Tomo II. Contrato Individual*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia: 2004.
- Arturo de Diego, Julián. *Manual del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Agosto, 2000.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2011.
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.
- Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Expediente 164, septiembre 17 de 2002. Publicada en el Registro Oficial 6, del 23 de enero de 2003.
- De Buen L., Nestor. *Derecho del Trabajo; Tomo II; México*. Editorial Porrúa, 1998.
- De Reina Tartière, Gabriel, *et. al.* *Contratos Civiles y Comerciales*; Buenos Aires, Argentina; Editorial Heliasta, 2010.
- Decreto Ejecutivo 619. Registro Oficial No. 475 del 08 de abril de 2015.

Decreto Legislativo 8. Registro Oficial Suplemento No. 330 de 06 de mayo de 2008.

Díaz Bravo, Arturo; *Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio; Tomo 1: "Teoría General del Contrato Mercantil"*. IURE Editores, México, 2005.

Diccionario de la Legua Española, Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Mateu-Cromo, 2001.

Gherzi, Carlos A., et al.: *Tratado de los Contratos Civiles, Comerciales, Laborales, Administrativos y de Consumo. Tomo I, Parte General*. Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina, 2010.

Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial Suplemento No. 796 de 25 de septiembre de 2012.

Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil. Registro Oficial Suplemento No. 249 de 20 de mayo de 2014.

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Registro Oficial Suplemento No. 483 de 20 de abril de 2015.

Mandato Constituyente No. 8. Eliminación y Prohibición de Tercerización e intermediación laboral. Registro Oficial Suplemento No. 330 de 06 de mayo de 2008.

Martorell, Ernesto Eduardo: *Despido por Fuerza Mayor y por Causas Económicas*; Buenos Aires, Argentina; Editorial Universidad S.R.L., 1990.

Molero Manglano, Carlos, et. al. *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid. Civitas Ediciones S. L., 2004.

Monesterolo Lencioni, Graciela. *Instituciones del Derecho Laboral Individual, Herramientas Didácticas*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2012.

Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2001.

Reglamento a la Supresión de Tercerización e Intermediación Laboral. Registro Oficial Suplemento No. 353 de 05 de junio de 2008.

Resolución de la Corte Constitucional 4; "*Niega Acción de Cumplimiento por Despido Laboral*"; Registro Oficial Suplemento 735 de 29-jun.-2012.

Rodriguez Mancini, Jorge, et. al. Derecho del Empleo. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2013.

Santos Azuela, Héctor. *Elementos de Derecho de Trabajo; México. Editorial Porrúa, S.A., 1994.*

Trujillo, Julio César. Derecho del Trabajo; Quito. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, marzo 2008.

Vásquez López, Jorge. *Derecho Laboral Ecuatoriano.* Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2004.

Anexo A

Modelo de Contrato de Prestación de

Servicios complementarios de Seguridad Privada

Comparecen a la celebración del presente documento, por una parte, la compañía SERVICIOS PETROLEROS UNIVERSALES S.A., debida y legalmente representada por el señor Gonzalo Martínez Endara, en su calidad de Gerente General conforme se desprende del nombramiento que se acompaña como habilitante y a quien para efectos del presente contrato se le podrá llamar como “EL CLIENTE”; y, por otra parte comparece la compañía SEGURIDAD XYZ CIA. LTDA., debidamente representada por el señor Juan Pérez Paz, en su calidad de Gerente General conforme se desprende del nombramiento que se acompaña como habilitante y a quien para efectos del presente contrato se le podrá llamar como: “El Contratista”. Individualizada la comparecencia de las partes, mismas que mutuamente reconocen su capacidad legal, éstas proceden a celebrar el presente Contrato de Prestación de Servicios Complementarios de Seguridad Privada.

PRIMERA.- ANTECEDENTES:

1.1 El CLIENTE es una compañía legalmente constituida al amparo de la legislación ecuatoriana, domiciliada actualmente en la ciudad de Quito, en la Av. 12 de Octubre E10-72 y Av. Colón; cuya actividad económica principal son la prestación de servicios petroleros, y por lo tanto requiere contratar los servicios complementarios de seguridad privada.

1.2 Por su parte el Contratista es una persona jurídica que presta servicios complementarios de Seguridad Privada y que por lo tanto tiene los conocimientos y la experiencia necesaria para brindar el servicio requerido por el CLIENTE.

Además, la compañía SEGURIDAD XYZ CIA. LTDA. ha sido calificada en su momento por el Ministerio de Relaciones Laborales, como prestadora de actividades complementarias de Seguridad Privada, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo del CLIENTE, y la cual cumple con todas las disposiciones legales generales y especiales requeridas por las autoridades competentes, y en especial cumple las normativas constantes en el Mandato Constituyente Número Ocho y su Reglamento.

De igual manera, el Contratista declara que cuenta con la experiencia necesaria así como con su propio personal, infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera, requeridas para la prestación de los servicios complementarios objeto del presente contrato.

SEGUNDA.- OBJETO DEL CONTRATO:

En base a los antecedentes expuestos, el Contratista se obliga y compromete a atender y/o proveer al CLIENTE el servicio complementario consistente en SEGURIDAD PRIVADA de conformidad con los términos y condiciones que se detallan en el presente contrato.

TERCERA.- DESCRIPCIÓN Y ALCANCE DEL SERVICIO:

El CLIENTE requiere VEINTICINCO (25) puestos de guardias capacitados que brinden servicios privados de seguridad en las instalaciones de la empresa las 24h00 del día los 365 días del año.

El servicio se prestará mediante tres turnos diarios de 8 horas cada uno.

Para el efecto se aclara que la remuneración que la Contratista pagará al personal que efectivamente preste el servicio, será de USD \$ 800.00 mensuales más beneficios de ley.

CUARTA.- PRECIO, FORMA DE PAGO Y FACTURACIÓN:

4.1 El precio que de común acuerdo pactan los comparecientes por los servicios de objeto de este contrato asciende a la suma de VEINTICINCO MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CERO CENTAVOS DE DÓLAR (USD \$25,000.00) más IVA, mensuales.

4.2 El Contratista se compromete y obliga a presentar las respectivas facturas, dentro de los diez primeros días del mes, las que deberán contener todos los requisitos de fondo y forma según lo establecido la legislación pertinente. El CLIENTE no cancelará las facturas que no cumplan con los requisitos señalados por ley.

QUINTA.- PLAZO:

5.1 El presente contrato tendrá una duración de CINCO AÑOS contados a partir de la fecha de su suscripción. Al vencimiento del plazo el contrato quedará automáticamente renovado, salvo que las partes hayan acordado por escrito y con al menos 60 días de anticipación a su vencimiento, su intención de darlo por terminado.

5.2 El CLIENTE podrá dar por terminado el plazo del presente Contrato unilateralmente, en cualquier momento antes de su vencimiento, sin causa alguna, sin necesidad de declaración judicial y sin responsabilidad de su parte y sin que deba pagar suma alguna al Contratista, por concepto de indemnización de daños y perjuicios y/o lucro cesante y/o daño emergente y/o cualquier otro concepto, previa notificación en tal sentido al Contratista con 30 días de anticipación a la fecha de terminación efectiva.

En este caso, los comparecientes deberán suscribir un acta de terminación anticipada del contrato, en la misma que las partes liquidarán las cuentas pendientes de pago bajo este contrato.

5.3 De igual manera, las partes podrán dar por terminado el presente contrato en caso de que se suscite cualquiera de las siguientes causas:

1. Por mutuo acuerdo;
2. En caso de que cualquiera de ellas incurra en causal de disolución o sea declarada en quiebra;
3. En caso de que el equilibrio económico del contrato se pierda y no sea posible alcanzarlo nuevamente; y,
4. En eventos de fuerza mayor o actos de la administración pública que impidan el desarrollo normal del servicio.

SEXTA.- OBLIGACIONES DE LAS PARTES:

6.1 DEL CLIENTE:

- a. Autorizar el ingreso al personal de la Contratista a sus instalaciones y dotar de un espacio idóneo para la prestación del servicio;
- b. Pagar las facturas en un plazo no mayor a diez días desde la fecha de la recepción; y,
- c. Cumplir a cabalidad con las obligaciones señaladas en el Mandato Constituyente 8 y su Reglamento.

6.2 DEL CONTRATISTA:

- a.- Garantizar que el personal asignado esté debidamente capacitado para la prestación del servicio objeto del presente contrato;
- b.- Designar a un colaborador quien será el responsable de atender los requerimientos del CLIENTE;
- c.- Sustituir de forma inmediata dentro de un plazo máximo de 5 días, a recursos designados para el desarrollo del servicio, ya sea por solicitud del CLIENTE, por renuncia o reasignación de funciones;
- d.- Cumplir con las obligaciones tributarias propias y laborales con sus dependientes que por ley se requieran para el correcto desarrollo del contrato.

e.- Contar con todos los medios y recursos de cualquier naturaleza, para garantizar, ante una posible contingencia o problema, la continuidad del servicio y la labor contratada.

SÉPTIMA.- NATURALEZA:

Este contrato por su naturaleza es de índole estrictamente civil mercantil, por lo que las partes declaran que no existe relación de carácter laboral entre el CLIENTE y el CONTRATISTA, así como tampoco en sentido contrario.

El CONTRATISTA asumirá todas las obligaciones laborales para con su personal.

El CONTRATISTA defenderá, mantendrá libre de daños e indemnizará al CLIENTE, de y contra cualquier riesgo, pérdida, daño y cualquier reclamo, demanda, acción, juicio o causa llevada a cabo en su contra, de cualquier naturaleza que ésta fuera, por parte de los trabajadores o empleados del CONTRATISTA.

El CONTRATISTA se obliga a rembolsar al CLIENTE cualquier valor que por cualquier concepto, éste hubiere debido pagar a los trabajadores o empleados del CONTRATISTA en virtud de este contrato; por así ordenarlo alguna Ley o algún acto o resolución administrativa que causare estado o alguna sentencia judicial de última instancia y/o con los efectos de cosa juzgada.

Las partes de mutuo acuerdo convienen en que el CLIENTE se reserva el derecho de requerir al CONTRATISTA los documentos que acrediten el cumplimiento de las obligaciones laborales y/o planillas de pago del IESS y, si así el caso lo amerita, exigir al Contratista la cancelación inmediata de lo adeudado por obligaciones patronales. En caso de mora en el cumplimiento de las obligaciones patronales o de seguridad social del CONTRATISTA con sus dependientes, el CLIENTE no cancelará la factura correspondiente hasta que el CONTRATISTA subsane y cumpla íntegramente con sus obligaciones. En cualquier caso, si el CLIENTE llegare a ser obligado a cumplir con tales obligaciones, sin perjuicio del origen de tal obligación, ejercerá el derecho de repetición en contra del CONTRATISTA sin que aquello entrañe ni intermediación ni tercerización, aun cuando se lo haya establecido en este contrato, y así expresamente lo acepta el CONTRATISTA.

OCTAVA.- SUBCONTRATACION Y CESION:

El CONTRATISTA no podrá subcontratar ni ceder ni directa ni indirectamente, ni total o parcialmente, el presente contrato, sin previa autorización escrita por parte del CLIENTE.

NOVENA.- PENALIZACIONES Y NIVELES DE SERVICIO:

Las partes establecen que el CONTRATISTA reconocerá una penalidad equivalente al 0.05% del valor del contrato por cada ausencia y/o atraso de cualquiera de los guardias a sus puestos de trabajo. Si dichas sanciones se repiten más de 3 veces en un periodo de 6 meses, el CLIENTE podrá dar por termina el presente contrato de manera inmediata y sin que deba reconocer al CONTRATISTA indemnización alguna.

DÉCIMA.- INFORMACION CONFIDENCIAL:

EL CONTRATISTA y el personal a su cargo, se comprometen a guardar la confidencialidad y el sigilo obligatorio, sobre la información a que tuvieron acceso, durante y después de la ejecución de este contrato.

El CLIENTE tendrá derecho a los reclamos civiles, penales o indemnizaciones en contra del CONTRATISTA, en caso de divulgación de información o cualquier otro daño irreparable que se cause en razón o naturaleza de actos u omisiones deliberados que conduzcan a cualquier tipo de perjuicios, los cuales deberán ser claramente sustentados en forma documentada.

Ninguna de las personas involucradas en la ejecución de este contrato podrá transmitir, copiar, enviar, duplicar o llevarse consigo los documentos o la información en general a la que por cualquier motivo tengan acceso.

DECIMA PRIMERA: VARIOS:

- 11.1 El presente Acuerdo es un acuerdo de naturaleza mercantil – civil y ha sido realizado de manera conjunta por las partes, y sus términos y condiciones han sido negociados y acordados por ambas partes.
- 11.2 Las partes se comprometen a ejecutar de buena fe el presente Acuerdo, bajo la exigencia de la más estricta lealtad, y a realizar sus mejores esfuerzos en orden al efectivo cumplimiento de las estipulaciones aquí convenidas.
- 11.3 Si cualquier parte, ante el incumplimiento de cualquier obligación de la otra parte, no exige o demanda el estricto y perfecto cumplimiento e las obligaciones de la otra parte, no podrá interpretarse esta omisión como una modificación del Acuerdo o un relevo del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, pudiendo en cualquier momento dicha parte exigir o demandar el estricto y perfecto cumplimiento de todas las obligaciones de la otra parte.
- 11.4 Si cualquier estipulación de este Acuerdo es considerada inválida, ilegal o nula, por cualquier motivo, dicha consideración no afectará a las demás estipulaciones del Acuerdo, debiendo considerarse tal estipulación como inexistente.

11.5 No se podrá interpretar que en virtud de este Acuerdo, o de la relación comercial en él originada, una de las partes constituye para la otra un representante o mandatario ni que exista sociedad entre las partes ni solidaridad activa o pasiva entre ellos. En virtud de ello, cada parte será responsable por el cumplimiento de todas sus obligaciones laborales frente a sus propios trabajadores, pues por este Acuerdo no se establece vínculo laboral alguno, sea directo o por solidaridad.

11.6 Cualquier enmienda o cambio a este Acuerdo será válido sólo si es efectuada por escrito y firmada por las partes, o por sus respectivos representantes o apoderados.

11.7 Todas las declaraciones, garantías, pactos e indemnizaciones, sea quien sea quien las haga, contenidas en este Acuerdo, sobrevivirán a la expiración o terminación, por cualquier razón, de este Acuerdo.

DECIMA SEGUNDA.- CONTROVERSIAS:

Las partes convienen que cualquier conflicto, desacuerdo y diferencia de criterio que pudiera surgir entre las mismas en relación a la interpretación, aplicación y ejecución de este convenio, será discutida y resuelta en forma directa, amistosa y de buena fe, evitando hasta donde sea posible recurrir a litigios judiciales.

En caso de que cualquier conflicto, desacuerdo y diferencia persistieren por más de quince días, las partes renuncia expresamente domicilio y las someterán a la resolución en derecho de un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, que se sujetará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación y en el reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y a las siguientes normas:

- a. Los árbitros serán seleccionados conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación.
- b. Las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria, se obligan a acatar el laudo que expida el Tribunal Arbitral y se comprometen a no interponer ningún tipo de recurso en contra del laudo arbitral.
- c. Para la ejecución de las medidas cautelares, el Tribunal Arbitral está facultado para solicitar de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento, sin que sea necesario recurrir a juez ordinario alguno.
- d. El Tribunal Arbitral estará integrado por tres árbitros.
- e. El procedimiento arbitral será confidencial.
- f. El arbitraje será en derecho.

g. El lugar de arbitraje serán las instalaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

DÉCIMA TERCERA.- ACEPTACION:

Las partes se ratifican en todas y cada una de las estipulaciones y declaraciones contenidas por las cláusulas precedentes, en fe de lo cual, suscriben el presente Acuerdo en dos ejemplares de un mismo tenor y valor, en Quito a los 29 días del mes de octubre de 2015.

EL CLIENTE

EL CONTRATISTA

Nombre: Gonzalo Martínez Endara

Cargo: Gerente General

Nombre: Juan Pérez Paz

Cargo: Gerente General

Anexo B

Modelo de Contrato de Trabajo con Condicionamiento de Plazo a la Vigencia de un Contrato de Servicios Complementarios

En la ciudad de Quito, a los 05 días del mes de noviembre de 2015, comparecen a la celebración del presente contrato de trabajo, por una parte la compañía SEGURIDAD XYZ CIA. LTDA., debidamente representada por el señor Juan Pérez Paz, en su calidad de Gerente General y como tal representante legal, parte a la que en adelante se le podrá denominar simplemente como el "EMPLEADOR"; y, por otra parte, y por sus propios y personales derechos, el señor PEDRO FRANCISCO CARRIÓN BENITEZ, portador de la cédula de ciudadanía No. 173716938-0, de nacionalidad ecuatoriana con domicilio en la ciudad de Quito, a quien en adelante se le podrá denominar el "EMPLEADO". Las partes libre y voluntariamente acuerdan celebrar el presente contrato de trabajo de conformidad con las cláusulas que se señalan a continuación:

PRIMERA.- ANTECEDENTES:

1.1.- El EMPLEADOR es una compañía debida y legalmente constituida en la República del Ecuador cuyo objeto social es la prestación de servicios complementarios de Seguridad Privada.

1.2.- Con fecha 29 de octubre de 2015, el EMPLEADOR suscribió un Contrato de Prestación de Servicios Complementarios de Seguridad Privada con la compañía SERVICIOS PETROLEROS UNIVERSALES S.A. (El CLIENTE) en el cual se compromete a proveer de 25 guardias privados, y cuyo plazo de duración es de cinco años desde la fecha de su suscripción, en adelante el "CONTRATO DE SERVICIOS".

1.3.- Por su parte, el EMPLEADO declara ser mayor de edad y estar debidamente capacitado para prestar servicios de guardia privado, toda vez que ha participado en varios cursos a nivel nacional, así como también declara conocer la naturaleza del trabajo y sus riesgos inherentes.

SEGUNDA.- OBJETO:

EL EMPLEADOR, para el desarrollo de las tareas propias de su actividad requiere de un GUARDIA PRIVADO, por lo cual contrata los servicios del EMPLEADO quien podrá desempeñar su trabajo de conformidad con la Ley, las disposiciones generales, órdenes e instrucciones que imparta el EMPLEADOR.

Por su parte, el EMPLEADO se compromete a prestar sus servicios personales al EMPLEADOR, en calidad de GUARDIA PRIVADO para la compañía SERVICIOS PETROLEROS UNIVERSALES S.A., en las instalaciones de dicha compañía ubicadas en la Av. 12 de Octubre E10-72 y Colón, o en cualquier lugar dentro del territorio de la República del Ecuador, de acuerdo al artículo 44 literal 22 del Código de Trabajo.

TERCERA.- HORARIO:

El EMPLEADO se obliga a laborar por jornadas de trabajo de ocho horas diarias sin contar con el receso que el EMPLEADOR brindará para el Almuerzo, de acuerdo a lo establecido en las disposiciones legales, en un horario de 08h00 a 12h00 y de 12h30 a 16h30.

Además, el EMPLEADO se obliga a trabajar horas extraordinarias o suplementarias, inclusive en días de descanso obligatorio, siempre que sea necesario para la buena marcha de la empresa y previa petición escrita del empleador, quien a su vez reconocerá todos los recargos de ley que correspondan.

CUARTA.- REMUNERACIÓN:

Las partes convienen en que, por los servicios que el EMPLEADO prestará a el EMPLEADOR, de conformidad con lo estipulado en este contrato, el EMPLEADOR le reconocerá un sueldo mensual de USD \$ 800.00 (OCHOCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CERO CENTAVOS DE DÓLAR), el mismo que le será pagado por periodos vencidos, previa deducción de todas las obligaciones legales, como aportes al IESS, impuesto a la renta si hubiera lugar, entre otros. EL EMPLEADOR reconocerá a el EMPLEADO, además todos los beneficios contemplados por la Ley ecuatoriana.

El EMPLEADO tendrá derecho a 15 días continuos de vacaciones por cada año completo de trabajo de conformidad con las disposiciones legales vigentes. La época de vacaciones deberá ser aprobada por el EMPLEADOR.

QUINTA.- OBLIGACIONES DEL EMPLEADO:

Son obligaciones especiales del EMPLEADO, además de las que legalmente incumben a todo trabajador:

- A)** Todas aquellas inherentes a sus funciones de acuerdo a los instructivos específicos y términos de referencia que le sean dados por el EMPLEADOR y que son aceptados por el EMPLEADO.
- B)** Guardar estricta confidencialidad sobre los secretos profesionales del EMPLEADOR y del CLIENTE.
- C)** Comunicar al EMPLEADOR todo lo que llegue a su conocimiento y tenga interés con la empresa o con la marcha de la misma.
- D)** Reportar adecuadamente sus actividades al Jefe inmediato superior.
- E)** Cumplir responsablemente con todas las obligaciones inherente a su cargo.
- F)** Ejecutar las labores encomendadas con la intensidad, esmero y cuidado apropiados, así como con absoluta responsabilidad, dedicación y honorabilidad, respetando las normas, procedimientos, reglamentos y disposiciones vigentes en todo tiempo; brindando el mejor trato y cuidando los bienes, artículos, documentos y útiles del EMPLEADOR o de los clientes que le fueren entregados para la ejecución de sus labores. El EMPLEADO,

además declara someterse a las prescripciones de los artículos 45 y 46 del Código del Trabajo.

G) Durante la vigencia del presente contrato, el EMPLEADO se obliga a laborar exclusivamente para el EMPLEADOR, sin que pueda realizar otras funciones ni por cuenta propia ni por cuenta de terceros, debiendo además guardar absoluta reserva y discreción sobre las informaciones y datos del EMPLEADOR y de los clientes que llegare a su conocimiento en razón del trabajo que realiza, precisándose que el incumplimiento de esta obligación, en atención a la naturaleza de la actividad que el Empleador realiza, dará derecho al EMPLEADOR para solicitar el visto bueno por falta de probidad, sin perjuicio de que se configuraren otras causales adicionales.

SEXTA.- PLAZO:

El tiempo de duración del presente contrato es indefinido; sin embargo los primeros noventa días serán considerados como período de prueba y en este lapso, por decisión de cualquiera de las partes, el contrato podrá concluir en cualquier momento sin lugar a pre-aviso ni habrá lugar al pago de indemnización alguna. Vencido este plazo de noventa días, automáticamente se entenderá que el contrato continúa en vigencia por tiempo indefinido.

SÉPTIMA.- CAMBIOS DE OCUPACIÓN O LUGAR DE TRABAJO:

El EMPLEADO da expresamente su consentimiento para los cambios de ocupación o de lugar de trabajo que dispusiere el EMPLEADOR, siempre y cuando tales cambios no impliquen disminución de remuneración o de categoría. Estas modificaciones no se entenderán como terminación anticipada del contrato y constarán en *addendums* suscritos por ambas partes, los mismos que pasaran a formar parte integrante de este contrato para todos los efectos legales.

OCTAVA.- CONFIDENCIALIDAD:

El EMPLEADO en la ejecución del presente contrato, se obliga a guardar absoluta reserva y discreción sobre la información y datos reservados que le proporcione el EMPLEADOR, el CLIENTE, o sus empresas relacionadas, sedes, matrices, subsidiarias y filiales, o que llegaren a su conocimiento en razón de este contrato, por lo tanto, queda absolutamente prohibido al EMPLEADO lo siguiente:

A) Dar información, divulgar o comentar con terceras personas sobre aspectos inherentes al EMPLEADOR y/o el CLIENTE.

B) Hacer uso de la información, tecnología, productos, servicios, representaciones y relaciones comerciales del EMPLEADOR y/o el CLIENTE.

C) Ceder o transmitir información o documentación del EMPLEADOR y/o del CLIENTE a otras empresas y/o personas.

D) Usar y revelar a terceras personas información confidencial o invención relacionada con las actividades laborales desarrolladas en virtud del presente contrato de trabajo, ni

durante la vigencia del contrato ni con posterioridad a ella, hasta por un plazo de CINCO AÑOS contados desde la fecha de terminación efectiva del presente contrato.

E) El EMPLEADO está consciente de que será justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del EMPLEADOR previo visto bueno si él revelare los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado con perjuicio del EMPLEADOR y/o el CLIENTE.

NOVENA.- CAUSALES DE TERMINACIÓN:

Son causales expresas de terminación del presente contrato de trabajo, a más de las establecidas en la Ley, las siguientes:

- Si el EMPLEADO ejerciere por cuenta propia o por terceras personas, actividades comerciales relacionadas directa o indirectamente con las que realiza el EMPLEADOR.
- Si el EMPLEADO violare en cualquier forma el compromiso de secreto y reserva comercial del EMPLEADOR; o divulgare los informes y hechos reservados que lleguen a su conocimiento.
- Si el EMPLEADO incumpliere con cualquiera de las obligaciones que asume en virtud del presente contrato de trabajo.

Las PARTES y en especial El EMPLEADO expresamente reconocen y declaran estar de acuerdo en que la subsistencia del presente contrato de trabajo está condicionada a la vigencia del CONTRATO DE SERVICIOS suscrito entre el EMPLEADOR y el CLIENTE por lo que si dicho contrato terminara y en consecuencia concluye el servicio objeto del presente contrato, será causal suficiente para dar por terminada la relación laboral de manera automática de conformidad con el numeral tercero del artículo 169 y el artículo 170 del Código de Trabajo vigente, sin que por ello se configure el despido intempestivo.

DÉCIMA.- JURISDICCIÓN Y CONTROVERSIAS:

En caso de controversias entre las partes, éstas renuncian domicilio y someten a los jueces competentes de la ciudad de Quito y al trámite oral.

DÉCIMA PRIMERA.- ACEPTACIÓN:

Para constancia de lo aquí estipulado, las partes firman este contrato de trabajo por triplicado de igual contenido y valor, en la fecha arriba indicada.

EL EMPLEADOR

EL EMPLEADO

Juan Pérez Paz
Gerente General

Pedro Francisco Carrión Benitez
C.C. 173716938-0