

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**Medidas Laborales Tomadas durante la Pandemia del
COVID19 ¿Violación de Derechos y Principios
Laborales?**

Jurisprudencia

Sebastián Eduardo Salgado Ramírez

Trabajo de fin de carrera presentado como
requisito para la obtención del título de
Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

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

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Sebastián Eduardo Salgado Ramírez

Código: 00202731

Cédula de identidad: 1724061955

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

Medidas Laborales Tomadas Durante La Pandemia Del COVID19 ¿Violación De Derechos y Principios Laborales?¹

Labor Measures Taken During the COVID19 Pandemic: A Violation of Rights and Labour Principles?

Sebastián Eduardo Salgado Ramírez

sebas.salgado98@gmail.com²

RESUMEN

La pandemia del COVID19 generó caos y conmocionó a todos los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo. En el caso ecuatoriano, más específicamente en el derecho laboral se evidencio un sistema poco flexible y nada preparado para afrontar una crisis de esta magnitud. Este artículo analiza las medidas tomadas durante la declaratoria de emergencia sanitaria. La legalidad de los Acuerdos Ministeriales laborales y su alcance. Cuestiona ¿Existió o no una regresión de derechos del trabajador y violación a principios fundamentales del derecho laboral? Analiza las soluciones planteadas por el legislador para la preservación de empleos y la creación de una nueva figura contractual dentro en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. Y concluye en las medidas que una nueva normalidad significará para el derecho laboral ecuatoriano.

ABSTRACT

The COVID19 pandemic generated chaos and shocked all legal systems around the world. In the Ecuadorian case, more specifically in labor law, a system that was not very flexible and unprepared to face a crisis of this magnitude was evidenced. This article analyzes the measures taken during the declaration of the sanitary emergency. The legality of the Ministerial Labor Agreements and their scope. It questions whether or not there was a regression of workers' rights and a violation of fundamental principles of labor law. It analyzes the solutions proposed by the legislator for the preservation of jobs and the creation of a new contractual figure within the Humanitarian Support Law. In addition, concludes on the measures that a new normality will mean for the Ecuadorian labor law.

PALABRAS CLAVE

Derecho Laboral, pandemia, preservación de empleo, fuerza mayor, derechos laborales.

KEYWORDS

Labor Law, pandemic, employment preservation, force majeure, employment rights.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jorge Vasquez.

² © 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 dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO TEÓRICO. - 3. MARCO NORMATIVO - 3.1. NORMATIVA LABORAL NACIONAL. 4. ESTADO DEL ARTE- 5. IMPACTO SOCIAL DE LA PANDEMIA 5.1 DESOCUPACIÓN ORIGINADA, DESEMPLEO Y CONSECUENCIAS 6. DESARROLLO: PRINCIPALES MEDIDAS TOMADAS EN MATERIA LABORAL 6.1. ACUERDOS MINISTERIALES EN MATERIA LABORAL- 7. LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO- 7.1 ACUERDOS PARA PRESERVACION DE EMPLEO. - 7.2. CONTRATO ESPECIAL EMERGENTE. - 7.3. RÉGIMEN DE VACACIONES EN LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO. - 8. VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS LABORALES. - 9. LA APLICACIÓN DE LA FUERZA MAYOR EN LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO COMO MEDIDA PARA LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL -10. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Entre el final del año 2019 y el principio del año 2020 se escuchó hablar por primera vez de un nuevo virus surgido en Wuhan, China. Del cual no se tenía realmente mucha información y del cual jamás imaginamos que cambiaría nuestras vidas para siempre.

No fue hasta que llegó el mes de marzo que todo empezó a salirse de control, los medios alertaban del alto nivel de contagio que existía en el Ecuador y la gente entró en pánico por lo que esto podía significar. Lo que obligó al Presidente de la República a dictar el Decreto Ejecutivo 1017 el cual implicará un estado de excepción nacional. Se decretó un confinamiento total a través de la restricción de derechos como la libre movilidad y el derecho de asociación. A primera vista se creyó que el toque de queda y el confinamiento total sería algo de unas pocas semanas, sin embargo, el virus del COVID 19 resultó en la saturación del Sistema de Salud Pública dándole a las autoridades como única opción un confinamiento que duraría meses.

Se suspendió la jornada laboral de trabajo de todos los empleados del país, a excepción de ciertas plazas indispensables como fuerzas armadas, equipo médico, entre otros. Teniendo en cuenta que el sector más golpeado fue el de la salud, más sectores de la estructura estatal fueron gravemente sacudidos. Con varios sectores de la economía congelados se era de esperar graves consecuencias económicas y como siempre sucede en las crisis, lo más afectados resultan ser siempre los que se encuentran en una condición de más alta de vulnerabilidad.

Suspensión que fue extremadamente dañina para la economía y a su vez para el derecho laboral ecuatoriano. Se pudo identificar una grave regresión de violación de derechos laborales y una grave regresión de principios fundamentales del derecho laboral. Cabe recordar que las medidas tomadas durante la pandemia que tuvieron como consecuencia una reducción de ingresos de los trabajadores tiene un efecto domino en varios derechos humanos como lo son el derecho a la alimentación, educación, vestimenta. Pues dependen de un sustento económico que fue modificado a raíz de medidas de preservación de empleo.

La Organización Internacional del Trabajo (2020) indica que mediante estimaciones preliminares se perdieron alrededor 24,7³ millones de tasas de empleo en todo el mundo. Sin duda, el desempleo está relacionado directamente con la productividad de cada país y las decisiones que los gobiernos debieron tomar para preservar las plazas de trabajo de sus ciudadanos.

Por tan drásticas predicciones de varios organismos internacionales el Ecuador se encontró en la dura tarea de tomar decisiones y medidas para frenar el impacto de tan dura crisis. El presente artículo se dedicará a revisar y analizar el alcance y la legalidad de las principales modificaciones y alternativas jurídicas que el Estado otorgó a los empleadores para la preservación de empleos. Analizará la legalidad de medidas como la aplicación de la fuerza mayor para la terminación de la relación laboral desde un punto de desarrollo técnico normativo. Y tratará de responder a la pregunta de conflicto en este tema ¿Existió una violación y regresión de principios y derechos laborales?

2. Marco Teórico

El año 2020 fue un año decisivo para la historia de la humanidad y del Ecuador. Indudablemente el campo más golpeado por el virus COVID 19 es el de la salud, contagiando a millones y tomándose miles de vidas, sin embargo, el derecho laboral se vio sofocado por la aplastante situación económica estuvo obligado a adaptarse a las nuevas necesidades de los trabajadores. El análisis se referirá a aquellos trabajadores privados u obreros que están sujetos al Código de Trabajo únicamente.

En el Ecuador se tomó distintas medidas laborales para superar la pandemia y evitar la pérdida de empleo y el quiebre de empresas, medidas duras que posiblemente violentaron derechos laborales adquiridos⁴. Poniendo en jaque a un ordenamiento laboral saturado e ineficiente.

³ ¿En qué medida va a afectar el COVID-19 al mundo del trabajo?, Observatorio General, Organización Internacional del Trabajo (2020), Recuperado de: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739398/lang--es/index.htm

⁴ Altamirano, A., O Azuara y S. González (2020), ¿Cómo impactará el COVID-19 en el empleo?, Políticas sociales en respuesta al coronavirus, Banco Interamericano de Desarrollo, Recuperado de: https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/C%C3%B3mo_impactar%C3%A1_la_CO

A partir del 16 de agosto Marzo de 2020 el Ecuador entro en un confinamiento total para tratar de frenar el contagio masivo que se daba entre sus habitantes, medida que, aunque, medicamente indispensable, destrozó la economía y miles de puestos de trabajo se perdieron.

Lo que dio nacimiento a varias posturas críticas frente a las medidas tomadas frente a la pandemia y denoto un sistema de derecho laboral anticuado y decadente. Cabezas Albán⁵ en su investigación El Covid-19 y el derecho del trabajo: Sintomatología de un modelo en emergencia, critica fuertemente las imprecisiones y vacíos de ley existentes en la nueva legislación realizada frente a la pandemia y destaca la imprecisión que la misma lleva en casos prácticos. A la vez critica la carencia de oportunidades para mantener relaciones laborales en el Ecuador y califica de quimérico el ideal de llevar una única relación laboral posible. Analiza también la calificación del COVID como fuerza mayor y su utilización para la finalización del contrato laboral. Dejando en claro las falencias existentes teóricas y el pobre desarrollo de la figura del uso de la fuerza mayor con el que cuenta la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

Por otro lado Monesterolo Lencioni⁶ analiza en profundidad las decisiones y medidas laborales tomadas durante la declaratoria de emergencia sanitaria y su repercusión sobre los derechos laborales irrenunciables de los trabajadores. Realizando una crítica a los derechos violentados y partiendo de la premisa si es que el estado de necesidad e imprevisto que signifique la pandemia del Covid19 justifica la aparente violación de derechos laborales. Parte de los principios sobre los cuales está basado el Derecho Laboral Ecuatoriano y encuentra violaciones y regresiones a principios laborales.

Dentro de un análisis técnico sobre la materia del uso de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad Héctor Patiño⁷ analiza las causales exonerativas de la

VID-19_al_empleo_Posibles_escenarios_para_Am%C3%A9rica_Latina_y_el_Caribe.pdf. Ultimo acceso 12/11/2021

⁵ Cabezas Albán, V. (2020). El Covid-19 y el Derecho del Trabajo: Sintomatología de un modelo en emergencia. *Iuris Dictio*, (26), 17.

⁶ Monesterolo Lencioni, G. (2020). Impacto del Covid-19 en las relaciones laborales en Ecuador. *Revista Facultad De Jurisprudencia*, (8), 79-118. <https://doi.org/10.26807/rfj.vi8.314>

⁷ Patiño, Héctor (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado*, (20),371-398. ISSN: 0123-4366. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537594013> . Ultimo acceso 10/11/2021

responsabilidad contractual para lo cual se analizará si el uso de la fuerza mayor a través de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario tuvo un correcto desarrollo normativo y legislativo.

Y en un análisis técnico Esteves⁸ nos indica las consecuencias en la pérdida de trabajo a causa de la pandemia del COVID 19 y explicando la necesidad de toma de medidas urgentes que Ecuador y la región necesitó durante los meses de Marzo a Junio del 2020. En el cual indica medidores matemáticos y cuadros de estadística laboral por el cual justifica la toma de medidas urgentes en cuanto al derecho laboral y su relación directa con la economía

3. Marco Normativo

3.1. Normativa Laboral Nacional

a. Código del Trabajo

Es necesario empezar por los artículos 2 y 4 del Código del Trabajo. En los cuales se menciona principios fundamentales como es el trabajo como un derecho y la irrenunciabilidad de derechos laborales.

Es pertinente también mencionar la normativa laboral en nuestro país y ponerle especial atención al artículo 169, que enumera las causas por las que el contrato termina, siendo la más pertinente para este trabajo, el numeral 6 que habla del caso fortuito.

El artículo 47.1 del Código del Trabajo incluye la reducción o modificación de la jornada laboral la cual deberá ser analizada en contraste con las medidas tomadas mediante acuerdos ministeriales y con la reducción de jornada laboral emergente adoptada en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. Los alcances del artículo 73 del Código del trabajo también han sido modificados temporalmente por lo que es necesario analizarlo y determinar si su modificación implica una regresión de derechos laborales.

b. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19.

⁸ Esteves, Ana. 2020. El Impacto Del COVID-19 En El Mercado De Trabajo De Ecuador. Mundos Plurales - Revista Latinoamericana De Políticas Y Acción Pública 7 (2), 35 - 41.

El 22 de junio de 2020 se publicó en el Registro Oficial 229 la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, expedida por el impacto de la pandemia COVID en el país, en la cual se topa temas y alternativas laborales que serán analizadas en el presente trabajo.

Desde el artículo 16 hasta el artículo 18 de la Ley de Apoyo Humanitaria tratan los acuerdos de preservación de la fuente de trabajo suspensión de la jornada laboral emergente. Legislación que fue elaborada durante un tiempo de crisis y que es merecedora de un análisis a profundidad en cuanto a la legalidad y pertinencia de dichos artículos.

El artículo 19 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario regula un nuevo contrato laboral, el contrato especial emergente. Que deberá ser analizado y puesto en una balanza para medir sus pros y contras.

El artículo 21 de la misma ley regula e interfiere con el cronograma de vacaciones del trabajador, artículo que es merecedor de un análisis al ser una posible regresión en los derechos irrenunciables del trabajador.

Mediante la Disposición Reformativa Segunda de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario se califica excluyentemente a los profesionales de la salud al COVID19 como una enfermedad laboral, que podrá acogerse a los beneficios de ley implantados en el código del trabajo respectivo a las enfermedades laborales.

c. Acuerdos Ministeriales expedidos por el Ministerio del Trabajo.

Durante la declaratoria de emergencia sanitaria el Ministerio de Trabajo expidió varios acuerdos ministeriales referentes a temas laborales como reducción o suspensión de la jornada laboral, aplicación del teletrabajo emergente, calificación de grupos vulnerables,

El Acuerdo Ministerial MDT-2020-077 implicó las directrices para reducción, suspensión o modificación de la jornada laboral emergente a causa de la crisis sanitaria. Mismo que posteriormente sería derogado por el Acuerdo Ministerial MDT-2020-080

El Acuerdo Ministerial MDT-2020-181 expidió las directrices para la aplicación del teletrabajo emergente durante la crisis sanitaria a causa del COVID19. Y posteriormente en el Acuerdo Ministerial MDR- 2020-076 Se dispuso que las autoridades tanto del sector público como del sector privado puedan hacer un control y monitoreo a una realidad adaptada al teletrabajo.

La Resolución MDT-2020-022 no califica al COVID19 como enfermedad de trabajo mediante la cual se explica que debido a las situación de contagio comunitario por la que cruzaba el país no se consideraría al COVID19 como una enfermedad laboral.

El Acuerdo Ministerial Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2020 por el Ministerio de Salud Pública el 12 de marzo del 2020 declaró el Estado de Emergencia Sanitaria lo que significó la declaración de casos de una enfermedad grave, repentina, inusual o inesperada. La cual implica consecuencias a nivel internacional.⁹

Y Finalmente el Acuerdo Ministerial MDT-2020-089 28 en el cual se explicó el cómo expedir el procedimiento emergente de atención de denuncias presentadas durante la declaratoria de estado de excepción por calamidad pública Título I del objeto y su ámbito de aplicación.

d. Decreto Ejecutivo

El 17 de marzo del 2020 se firmó el ex Presidente Lenin Moreno firmó Decreto Ejecutivo 1017 el cuál declaró el estado de excepción en todo el territorio nacional, en el decreto se limitó los derechos libre movilidad y libertad de asociación. También significó la suspensión total de la jornada laboral a excepción de los sectores y servicios estratégicos. Entre otros efectos del Decreto ejecutivo 1017 los principales fueron la suspensión de términos y plazos, toque de queda indefinido y la cuarentena comunitaria obligatoria.

4. Estado del Arte

Pérez Botija¹⁰ define al derecho del trabajo como el conjunto de principios y normas que regulan la relación entre Empleador y Empleado siendo al mismo tiempo regulados por el Estado siendo el que garantiza la tutela del trabajo y garantías del empleado.

Mario de la Cueva¹¹ en su postulado El Nuevo Derecho Del Trabajo se refiere al derecho laboral como el nuevo derecho del milenio siendo este el que rompe los esquemas

⁹ Ministerio de Salud Pública (2020), ¿Qué es una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional? Recuperado de: <https://www.salud.gob.ec/que-es-una-emergencia-de-salud-publica-de-importancia-internacional/> . Ultimo acceso 02/11/2021

¹⁰ Pérez Botija Eugenio. Curso de Derecho del Trabajo. 2da edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1950

¹¹ De la Cueva, M. (1977). EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO (Cuarta). México: Porrúa S.A.

tradicionales del derecho civil que plantea un acuerdo entre las partes, siendo en realidad una relación laboral donde la voluntad de una de las partes prepondera sobre la del otro.

Julio Grisolia¹² establece la importancia de los principios sobre el cual está basado el derecho laboral ecuatoriano y define conceptos relevantes como la irrenunciabilidad de derechos, el in dubio pro operario, el principio de continuidad laboral.

Por lo que en Ecuador se pudo observar una manera lineal de manejar el derecho del laboral hasta que en el 2020 el país se vio azotado por la pandemia de COVID-19 por lo que Víctor Cabezas Albán¹³ dice en su postulado que, el sistema laboral en Ecuador está construido sobre la base de asunciones quiméricas desconectadas de la realidad que obligó al estado a cambiar la manera en que se manejó el derecho laboral en el país.

Gabriela Monesterolo¹⁴ analiza la violación de principios y derechos irrenunciables del derecho laboral que aparentemente fueron ultrajados durante la toma de medidas para frenar el impacto de la pandemia causada por el COVID 19.

Varias organizaciones internacionales como es el Banco Interamericano de Desarrollo ¹⁵ publicaron sus predicciones de como la pandemia de COVID 19 afectaría al empleo durante la pandemia y las posibles medidas que los países latinoamericanos podrían tomar para hacerle frente.

Por otro la Ana Esteves¹⁶ enumera las diferentes medidas tomadas por el gobierno ecuatoriano durante el periodo de pandemia, tomando en cuenta un análisis económico de las necesidades por las que cruzaba la población ecuatoriana y como esta afectaría al derecho laboral tradicional que se manejaba en el Ecuador.

¹² Grisolia, J. (1999). DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Depalma.

¹³ Cabezas Albán, V. (2020). El Covid-19 y el Derecho del Trabajo: Sintomatología de un modelo en emergencia. Iuris Dictio, 26(26), 17.

¹⁴ Organización Internacional del Trabajo (2020) ¿En qué medida va a afectar el COVID-19 al mundo del trabajo? Recuperado de: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739398/lang-es/index.htm .Ultimo acceso 28/10/2021

¹⁵ Altamirano, A., O Azuara y S. González (2020), ¿Cómo impactará el COVID-19 en el empleo?, Políticas sociales en respuesta al coronavirus, Banco Interamericano de Desarrollo, https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/C%C3%B3mo_impactar%C3%A1_la_COVID-19_al_empleo_Posibles_escenarios_para_Am%C3%A9rica_Latina_y_el_Caribe.pdf . Ultimo acceso 03/11/2021

¹⁶ Esteves, Ana. 2020. El Impacto Del COVID-19 En El Mercado De Trabajo De Ecuador. Mundos Plurales - Revista Latinoamericana De Políticas Y Acción Pública 7 (2), 35 - 41.

Desde una vista más crítica María Fernanda Becerra-Sarmiento, Edwin Guillermo Valencia-González y Renato Esteban Revelo-Oña¹⁷ analizan el desempleo en el país durante el tiempo de pandemia y llegando a la conclusión que dos de cada diez ecuatorianos cuentan con un trabajo estable y, que las medidas tomadas para mejorar la crisis económica provocada por la pandemia únicamente empeoró la crítica situación.

5. Impacto Social de la pandemia

5.1.Desocupación Originada, Desempleo y Consecuencias.

La crisis causada por la Emergencia Sanitaria no solamente dejó un alto número de contagios y fallecidos. Si no que causó también fuertes estragos en el mercado laboral. Según cifras del diario El País¹⁸ la pandemia habría dejado un total de 5.3 millones de personas en condiciones laborales precarias, es decir en informalidad o sin ganar lo suficiente para suplir la canasta básica de alimentos.

Según cifras del Instituto Nacional de Estadística y Censos¹⁹ la suspensión laboral a producto de la pandemia destruyó alrededor de 507.000 plazas de trabajo en todo el territorio nacional. Lo cual afectó a varias familias ecuatorianas, especialmente de estratos bajos.

Las consecuencias que ha significado la pandemia del COVID19 han sido devastadoras y no afecta únicamente al derecho del trabajo, sino que funciona en un efecto domino afectando a otros derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias. Derechos como la alimentación, la vestimenta a la educación han sido vulnerados puesto que estos dependen de un ingreso mensual

6. Desarrollo: Principales Medidas tomadas en materia laboral

6.1.Acuerdos Ministeriales

¹⁷ Becerra-Sarmiento, M., Valencia-González, E., & Revelo-Oña, R. (2021). Análisis del desempleo durante la pandemia COVID-19 y el impacto en diferentes sectores económicos del Ecuador.

¹⁸ El País (2020). La pandemia deja al 83 % de los trabajadores en Ecuador en el desempleo o con condiciones precarias. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2020-08-26/el-83-de-trabajadores-en-ecuador-esta-desempleado-o-con-condiciones-precarias-por-la-pandemia.html> . Ultimo acceso 15/11/2021

¹⁹ Instituto Nacional de Estadística y Censos (2021), Plan para el Fortalecimiento de Estadísticas del Trabajo, pagina 12- 15

En el año 2020 el Ecuador se vio obligado a tomar medidas para preservar miles de puestos de empleo y trabajo frente la crisis sanitaria que trajo el COVID 19. Por lo que varios cambios en el aspecto laboral fueron tomados. El 99% de las plazas de trabajo producidas en el Ecuador vienen de las micro, pequeñas y medianas empresas que a la vez generan el 68 % del empleo nacional²⁰. La pandemia generó escasez de puestos de trabajo, falta de demanda de productos, complicaciones de transporte entre otros problemas que desembocaron en el cierre temporal y/o permanente de varios sectores productivos, provocando a la vez la desvinculación de varias plazas de trabajo. Según el Observatorio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del 7 de abril de 2020²¹, los sectores más golpeados por la pandemia son los de Hotelería y Turismo, establecimientos de Comida y las industrias manufactureras.

a. Reducción de la Jornada Laboral.

El 15 de marzo de 2020 se dictó el Acuerdo Ministerial MDT 2020-077 en el cual se impartió la reducción emergente de jornada laboral incluyendo la reducción salarial. Medida que le permitiría al empleador aliviar los pesados costos de nómina que se manejaba en ese entonces (producto de la falta de liquidez). En el Acuerdo se explicó que las partes podrán pactar el tiempo de duración del acuerdo o que el mismo finalice con el fin de la declaratoria de emergencia. En su tercer artículo establece:

“A fin de garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores y precautelar la economía del país durante la emergencia sanitaria, será potestad del empleador del sector

Ron R. (2017) Las PYMES ecuatorianas: su impacto en el empleo como contribución del PIB PYMES al PIB total. Revista Espacios. Vol. 38, pág. 15

El tejido empresarial está compuesto por aproximadamente un millón de unidades productivas que generan más de tres millones de plazas de empleo. Dentro de este tejido, las micro, pequeñas y medianas empresas representan el 99%, generando el 68% del empleo.

Monesterolo Lencioni, G. (2020). *Impacto del Covid-19 en las relaciones laborales en Ecuador*. Revista Facultad De Jurisprudencia, pg. 84.

²¹ La OIT estima que 1250 millones de trabajadores, esto es, el 38 por ciento de la población activa mundial, están empleados en sectores que hoy afrontan una grave caída de la producción y un alto riesgo de desplazamiento de la fuerza de trabajo. Entre los sectores clave figuran el comercio al por menor, los servicios de alojamiento y de servicio de comidas y las industrias manufactureras.

Organización Internacional del Trabajo (Observatorio) (2020). La Covid-19 y el mundo del trabajo, 5ta edición (30-V-20). Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_740981.pdf . Ultimo acceso 17/11/2021

privado adoptar indistintamente la reducción, modificación o suspensión emergente de la jornada laboral.”

Dicho artículo entra en conflicto con el artículo 47.1 del Código del Trabajo que indica una reducción de la jornada laboral deberá ser mediante acuerdo con el trabajador.

“En casos excepcionales, previo acuerdo entre empleador y trabajador o trabajadores, y por un período no mayor a seis meses renovables por seis meses más por una sola ocasión, la jornada de trabajo referida en el artículo 47 podrá ser disminuida[...].”

Y a la vez con el artículo 4 del mismo Acuerdo Ministerial ya que este indica que se acordará con el trabajador la reducción de jornada laboral dejando de lado la potestad del empleador antes mencionada.

b. Suspensión de la Jornada Laboral

El acuerdo ministerial MDT-2020-080 también incluyó la suspensión total de la jornada laboral para aquellas empresas cuyas actividades no le permitían realizar teletrabajo, ni una reducción de la jornada laboral. Teniendo en cuenta que uno de los objetivos de nuestro Código del Trabajo es dotar de estabilidad a los empleados que se someten al él. Y, al aliviar la carga salarial en el difícil momento que vivía el empleador la medida de la suspensión de la jornada laboral cumple, sin embargo, el Acuerdo Ministerial también contempla la recuperación de horas suspendidas, que al fin y al cabo resulta quimérico pensar que, empresas que estuvieron cerradas por varios meses podrán recuperar en “*horas extras*” lo perdido durante meses de inactividad económica.

c. Teletrabajo.

El teletrabajo fue la manera más común y segura de mantener relaciones laborales durante la pandemia. Pero el teletrabajo ya estaba regulado desde el año 2016 cuando fue expedido el Acuerdo Ministerial MDT-2016-190, aunque el uso de este era prácticamente inexistente, no fue hasta marzo del 2020 con la suspensión total de jornadas laborales que el Ministerio del Trabajo se vio obligado a regular el Teletrabajo Emergente, por lo cual expidió el Acuerdo ministerial MDT 2020-181.

El teletrabajo sin duda es una de las herramientas más usadas durante la pandemia, sin embargo, debería seguir siendo usado en la nueva realidad o post pandemia. En un observatorio de la OIT²² acerca del teletrabajo se indicó que el Teletrabajo debería ser una de las principales formas de trabajo por sus varios beneficios.

Es importante mencionar que el teletrabajo también puede tener puntos negativos tales como la sobrecarga de trabajo, la disponibilidad total de tiempo de un trabajador, y el aislamiento que implica el trabajo remoto. Desde junio de 2020, cuando el Acuerdo Ministerial MDT 2020-076 referente al Teletrabajo se regulo en el Ecuador el Teletrabajo Emergente, en el cual se delimita el tiempo de duración del mismo, las condiciones en el que se debe llevar. Posteriormente con la publicación de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario se configura el contrato de Teletrabajo.

7. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario

El 22 de junio de 2020 se publicó en el Registro Oficial No. 229 la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para mitigar las consecuencias económicas y sociales que trajo el virus del COVID 19. Dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario se consideró varios temas laborales como (i) Acuerdos modificatorios a la jornada laboral (ii) Reducción emergente de la jornada de trabajo (iii) Y la aparición del nuevo contrato de trabajo a plazo fijo. Temas que analizaremos a continuación:

7.1. Acuerdos para la preservación de empleo.

En el artículo 16 hasta el artículo 18 de la LAH se encuentran presentes los acuerdos para la preservación de empleo, o, en otras palabras, acuerdos modificatorios. En los mencionados artículos se mantiene que los acuerdos pueden ser propuestos por cualquiera de

²² Los empleadores pueden beneficiarse de un aumento de la productividad, menores gastos generales, y del acceso a una fuerza de trabajo más amplia, diversa, motivada y capacitada. Para los gobiernos, el teletrabajo podría ser una estrategia para hacer frente a los problemas medioambientales y de congestión urbana, y para promover oportunidades de trabajo incluyentes para todos
Organización Internacional del Trabajo. ¿Cuáles son los beneficios y los riesgos del teletrabajo en las tecnologías de la comunicación y los servicios financieros?, 10 de noviembre de 2016
Recuperado de: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_534817/lang--es/index.htm
Ultimo acceso 13/11/2021

las partes, haciéndose acreedores a la crítica, pues resultan casi nulas las situaciones posibles en las que un empleado pueda solicitar una reducción de jornada laboral (puesto que ya existen artículos en el Código del Trabajo y en la Constitución, que contemplan la necesidad de reducción en la jornada laboral). Claro está que el propósito principal de la ley es darle la facilidad al empleador de mantener sus empleados sin tener que recurrir a la terminación de la relación laboral.

Los acuerdos tendrán que ser siempre directos y bilaterales, mismo que no podrán afectar el tiempo acordado en el actual acuerdo, así se haya suscrito otro con anterioridad. Estos tampoco podrán disminuir el Salario Básico Unificado (o su proporcional) ni el Salario Mínimo Sectorial.

Por cómo es de imaginarse, en la práctica la aplicación de la ley es completamente distinto a lo tipificado en la ley, difícilmente los empleados aceptarían la reducción de su jornada laboral. Por lo que la ley prevé que si fuera imposible llegar a dichos acuerdos se procederá a realizar la liquidación de la empresa. Para proceder con tal liquidación o con la firma de los convenios el representante legal de la misma deberá proceder las respectivas justificaciones económicas que motiven el cierre de la empresa por imposibilidad económica o la reducción de jornada laboral de sus empleados, tratando de evitar que los convenios sirvan para enriquecer a los empleadores.

Si analizamos la Constitución de la República también podremos encontrar en el literal 11, artículo 326 la negociación y reducción de la jornada laboral, siempre y cuando está no violente derechos de los trabajadores adquiridos, el mismo versa: “[...] 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.”²³

A la vez debemos recordar la irrenunciabilidad de los derechos laborales y el derecho a reclamarlos ante un juez de lo laboral consagrados en el artículo 326 de la Constitución ²⁴. Sin embargo, mediante el mencionado acuerdo el empleador solamente deberá registrarlos en la plataforma de control del Ministerio del Trabajo y se transgrede dos de los principales puntos del contrato, la jornada laboral y la remuneración mensual. Lo que naturalmente nos

²³ Artículo, 326, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018

²⁴ Artículo, 326, Constitución de la República del Ecuador.

lleva a preguntarnos ¿Realmente el empleado firma bajo su propia voluntad un acuerdo que reduce su jornada laboral y consecuentemente sus ingresos? ¿Acaso existe algún tipo de presión para la firma de dicho convenio? ¿Está el empleado renunciando a derechos irrenunciables al firmar un acuerdo que modifica indefinidamente dos de las principales cláusulas del contrato laboral?

Aparentemente nos estaríamos afrontando a un posible negocio jurídico con un latente vicio en la voluntad de una de las partes. Pues, como es fácil de imaginar, los empleados que decidan firmar el convenio de reducción de la jornada laboral estarían bajo la presión de perder su único ingreso, aunque este sea reducido y se convierte en la única opción de no quedar desempleados durante una de las crisis económicas más graves que ha enfrentado el país.

La situación es realmente preocupante, especialmente si recordamos que la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en el numeral 4 de su artículo 18²⁵ “[...] 4. En los casos en que la suscripción del acuerdo sea imprescindible para la subsistencia de la empresa y no se logre un consenso entre empleadores y trabajadores, el empleador podrá iniciar de inmediato el proceso de liquidación” la cual autoriza al empleador a proceder con la liquidación si es que la firma del convenio fuese imprescindible para el funcionamiento de la empresa. Caramente este será un convenio que el empleado firmé bajo el uso de la fuerza.

A la vez el numeral tercero del artículo 18 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitaria menciona la obligatoriedad de los acuerdos en el caso de ser suscritos por la mayoría de los empleados, incluso de aquellos que no han suscrito el contrato:

“[...]3. En caso de que se alcancen acuerdos con la mayoría de los trabajadores y el empleador, serán obligatorios incluso para aquellos trabajadores que no los suscriban y oponibles a terceros. En el caso de negociación del contrato colectivo vigente, el acuerdo se suscribirá entre los representantes legítimos de los trabajadores y el empleador. Es decir, es una imposición sin precedentes que implica una regresión total de derechos y principios laborales.”

En el caso de incumplimiento del convenio modificadorio al contrato laboral la ley tiene previsto utilizar al Código del Trabajo como ley supletoria de la misma, siendo que el artículo 17 de la misma explica dice:

²⁵ Artículo 18, numeral 4 de la Ley de Apoyo Humanitario.

“Art. 17.- De la sanción al incumplimiento del acuerdo entre las partes. - Cualquiera de las partes de la relación laboral que incumpla con el acuerdo será sancionada de conformidad con lo dispuesto en el Código del Trabajo y demás normativa vigente.”

Sin embargo, no nos explica que se considerará como un incumplimiento del convenio modificatorio. Al ser convenios que se mantienen dentro del mundo privado y todos tener una estructura distinta no sabemos hasta qué punto puedan llegar los acuerdos y desde que momento se considera como incumplimiento.

Claro está que el incumplimiento más común será la falta de pago de salarios al empleado, sin embargo, al ser un acuerdo bilateral y directo, no está claro que sanción corresponderá si es que el incumplimiento viene por parte del empleado. ¿Sería este incumplimiento causal suficiente para proceder con un procedimiento de Visto Bueno? ¿El reclamar su salario completo (en un principio irrenunciable) es un incumplimiento del convenio modificatorio? ¿Cómo se sancionaría esta conducta?

7.2. Contrato especial emergente

La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario incluye en sus artículos un nuevo modelo de relación laboral siendo este el Contrato Especial Emergente. Tipificado en el artículo 19²⁶ el cual versa:

“Contrato especial emergente.- Es aquel contrato individual de trabajo por tiempo definido que se celebra para la sostenibilidad de la producción y fuentes de ingresos en situaciones emergentes o para nuevas inversiones o líneas de negocio, productos o servicios, ampliaciones o extensiones del negocio, modificación del giro del negocio, incremento en la oferta de bienes y servicios por parte de personas naturales o jurídicas, nuevas o existentes o en el caso de necesidades de mayor demanda de producción o servicios en las actividades del empleador. El contrato se celebrará por el plazo máximo de un (1) año y podrá ser renovado por una sola vez por el mismo plazo. La jornada laboral ordinaria objeto de este contrato podrá ser parcial o completa, con un mínimo de veinte (20) y un máximo de cuarenta (40) horas semanales, distribuidas en un máximo de seis (6) días a la semana sin sobrepasar las ocho (8) horas diarias, y su remuneración y beneficios de ley serán proporcionales, de acuerdo con la jornada pactada. El descanso semanal será al menos de veinticuatro horas

²⁶ Artículo 19, Ley de Apoyo Humanitario

consecutivas. Las horas que excedan de la jornada pactada se pagarán con sujeción a lo determinado en el artículo 55 del Código del Trabajo. Al terminar el plazo del contrato o si la terminación se da por decisión unilateral del empleador o trabajador antes del plazo indicado, el trabajador tendrá derecho al pago de remuneraciones pendientes, bonificación por desahucio y demás beneficios de ley calculados de conformidad al Código del Trabajo. Si finalizado el plazo acordado se continúa con la relación laboral, el contrato se considerará como indefinido, con los efectos legales del mismo.”

Dicho contrato permite al empleador contratar empleados en términos más cómodos y con un menor compromiso como lo propone el contrato a plazo fijo estipulado en el Código del Trabajo. Éste está diseñado para la sostenibilidad tanto de la relación laboral como del negocio en situaciones imprevistas para el empleador, nuevos emprendimientos, servicios o productos ofertados por el empleado. El contrato ofrece pactar una jornada laboral completa o parcial, presencial o de teletrabajo en el cual se pagará la totalidad o el equivalente a la jornada respectivamente, al igual que los beneficios de ley que correspondan. Es válido por el plazo máximo de un año y podrá ser renovado por una vez.

Es una nueva oportunidad para reinventar el derecho laboral en el Ecuador y reactivar la economía nacional. Pues resulta casi quimérico pensar que todas las empresas (grandes o pequeñas) estarán en la condición de garantizar un puesto de trabajo de por vida al empleado. Pues el derecho debe adaptarse a la realidad y este debe ser cambiante, como lo son las relaciones interpersonales, económicas y laborales.

7.3. Régimen de Vacaciones en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

Otra de las medidas para la conservación de empleo tomadas en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario fue la decisión por parte del empleador del goce de vacaciones del empleado. Originalmente el Código del Trabajo plantea la obligación de plasmar en el contrato laboral el periodo de vacaciones:

“Art. 73.- Fijación del período vacacional. - En el contrato se hará constar el período en que el trabajador comenzará a gozar de vacaciones. No habiendo contrato escrito o tal señalamiento, el empleador hará conocer al trabajador, con tres meses de anticipación, el período en que le concederá la vacación.”²⁷

²⁷ Artículo 73, Código del Trabajo, Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre 2005.

La modificación que realiza la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario es darle la potestad unilateral de decisión del periodo de vacaciones al empleador, quitándole el tiempo de notificación establecido en el Código del Trabajo. En su artículo 21 la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario contempla:

“Los empleadores, durante los dos años siguientes a la publicación de esta Ley en el Registro Oficial, podrán notificar de forma unilateral al trabajador con el cronograma de sus vacaciones o a su vez, establecer la compensación de aquellos días de inasistencia al trabajo como vacaciones ya devengadas”²⁸

Es imperativo tomar en cuenta que dicha modificación a la realidad contractual y a la aplicación del artículo 73 del Código del Trabajo viola el principio de no regresividad, habiendo una regresión en la condición más favorable para el empleado siendo que el empleador podrá escoger durante los próximos 2 años el cronograma de vacaciones y más grave aún la interrupción de los 15 días consecutivos de vacaciones, puesto que el empleador podrá establecer la compensación de los días de inasistencia al trabajo como vacaciones devengadas. Cabe recordar que el Código del Trabajo establece como derecho irrenunciable del trabajador 15 días ininterrumpidos de labor.

8. Violación De Principios Laborales.

El derecho laboral ecuatoriano se basa en ciertos principios fundamentales que responden a la sociedad a la conciencia social sobre la organización jurídica de una sociedad. Julio Grisolia dice:

“Los principios generales del derecho del trabajo son las reglas inmutables e ideas esenciales que forman las bases en las que se sustenta todo el ordenamiento jurídico-laboral. Su finalidad es proteger la dignidad del trabajador y proyectar su eficacia, tanto al iniciarse el vínculo laboral, durante su desarrollo, como al momento de su extinción”²⁹. (Grisolia, 1999)

El cual menciona una lista taxativa de principios fundamentales presentes en el derecho laboral ecuatoriano entre los cuales están principalmente:

²⁸Artículo 21 Ley Orgánica de Apoyo Humanitario

²⁹ Grisolia, J. (1999). DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Depalma.

En cuanto al Principio Protectorio claramente existió una vulneración al mismo al momento de aplicarse distintos Acuerdos Ministeriales (mencionados previamente) los cuales primaron sobre el Código del Trabajo y el contrato laboral pre existente, vulnerando claramente e la condición más beneficiosa del empleado. Puesto que las condiciones anteriores a la aplicación de alguno de los Acuerdos Ministeriales o la firma de algún convenio modificatorio significaron la aplicación de una norma menos favorable y como tal una condición menos favorable para el empleado.

Del Principio Protectorio Grisolia dice “Al regir el principio protectorio con sus tres reglas (in dubio pro operario, regla de la norma más favorable y regla de la condición más beneficiosa), una norma de jerarquía inferior puede prevalecer sobre otra de jerarquía superior si resulta más favorable al trabajador[...]”.³⁰

Ciertamente los Acuerdos Ministeriales y la normativa que resultaron en una condición menos beneficiosa para el empleado fueron tomadas como una medida de respiro al empleador durante la grave crisis económica causada por la declaratoria de emergencia sanitaria, sin embargo, se demuestra una clara situación de desigualdad y cabe recordar que en las crisis y momentos de inestabilidad los más golpeados siempre serán los más vulnerables.

También podemos observar la violación del Principio de Irrenunciabilidad en cuanto a la firma de convenios “bilaterales” sustentados en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario que significaron la reducción de la jornada laboral, por ende, la remuneración mensual. El derecho laboral afirma que un trabajador renuncia a un derecho lo hace por falta de poder en la negociación, ignorancia o por fuerza.³¹ (Grisolia, 1999). Pues manifiestamente existe una expresa renuncia a una condición contractual pactada con anterioridad, es decir la jornada laboral y la consecuente remuneración.

Lo que significa un desmejoro en la condición del empleado. Ciertamente es, que la pandemia del COVID19 trajo consigo un desmedro económico gigantesco para el país. Sin embargo, el quebrantamiento de principios fundamentales del Derecho Laboral y la regresión de derechos del trabajador jamás será la solución propicia para amortiguar las consecuencias

³⁰ Grisolia, J. (1999). DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Depalma.

³¹ Id,44.

de una legislación obsoleta y poco flexible ante situaciones de crisis. Debiendo ser lo correcto, la protección y estabilidad del empleado especialmente en momentos de crisis.

No cabe la menor duda que este principio ha sido vulnerado, puesto que los trabajadores, ya sea por ignorancia sobre las consecuencias que un convenio modificatorio de jornada laboral trae o por la presión de mantener un ingreso económico constante firmaron bajo un consentimiento viciado, lo que acarrearía una nulidad.

El Principio de Integridad y Oportunidad es aquel que garantiza que el pago justo sea entregado a los empleados completo y a tiempo. Según Monesterolo ³² este principio se vio fuertemente transgredido al aplicarse una calendarización y reducción de pagos. A pesar que estas medidas fueron tomadas de una manera desesperada y en busca de evitar un hecho más dañoso como hubiese sido la terminación del contrato por imposibilidad de cumplir o la liquidación de la empresa en su totalidad, existió un retroceso en la aplicación del principio.

9. La aplicación de la fuerza mayor como medida para la terminación de la relación laboral.

La Ley de Apoyo Humanitario emitió una disposición interpretativa errónea acerca del Artículo 169, numeral 6 del Código de Trabajo. El cual se refiere puntualmente a las causas de terminación del contrato:

“[...] Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;”

Dando a entender que la fuerza mayor o el caso fortuito son motivos suficientes para la terminación del contrato laboral. Evidenciando que el Código del Trabajo parte desde la primicia que el empleador está completamente inhabilitado de seguir realizando las funciones para las cuales contrató al empleado.

Sin embargo, el legislador comete el lamentable error de darle un carácter interpretativo al mencionado fragmento cuando es una norma taxativa de aplicación. Al darle

³² Monesterolo Lencioni, G. (2020). Impacto del Covid-19 en las relaciones laborales en Ecuador. Revista Facultad De Jurisprudencia, pg. 109.

un carácter interpretativo lo único que el legislador consigue es abrir un abanico de posibilidades ante el juez para la resolución y/ o aplicación de la norma en este sentido:

“En estos casos, la imposibilidad de realizar el trabajo por caso fortuito o fuerza mayor estará ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, sea persona natural o jurídica. Esto quiere decir, que habrá imposibilidad cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo tanto por los medios físicos habituales como por medios alternativos que permitan su ejecución, ni aún por medios telemáticos.”

Dada la lectura del extracto se entiende como medio suficiente la imposibilidad de realizar el trabajo ya sea por medios físicos o alternativos, haciendo de lado muchísimo años de desarrollo jurisprudencial y doctrinario realizado alrededor del tema de la fuerza mayor.

Sin tener en cuenta que al ser un contrato de trabajo individual las situaciones podrían claramente cambiar en cada uno de los empleados y el realizar el trabajo por medios físicos habituales o telemáticos se vuelve una premisa confusa que no va en armonía con el desarrollo doctrinario de la fuerza mayor.

Bien sabido es que la figura de la fuerza mayor como eximente de cumplimiento contractual se remonta incluso a la Antigua Roma, (Arias, 1974) conocida como *Vis Maior* es aquella situación en la que era imposible la prestación del contrato y a la vez imprevisible para el deudor.³³

En la doctrina moderna se la define como el “acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”³⁴. Ciertamente la pandemia del COVID 19 y la declaratoria de emergencia sanitaria dictada por el Comité de Operaciones de Emergencia son imprevisibles e irresistibles, sin embargo, debería realizarse un minucioso examen de aplicación, pues partiendo de la premisa que el fin es de preservar la fuente económica y evitar un cierre total de la empresa en la Disposición Interpretativa antes mencionada que le da la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario al numeral 6 del Artículo 169 del Código del Trabajo.

³³ Arias, J. (1974). Derecho Romano I. Editorial Revista Derecho Romano.

³⁴ Patiño, Héctor (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Revista de Derecho Privado, (20),371-398. ISSN: 0123-4366. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537594013>. Ultimo Acceso

La cual cambia completamente el sentido del artículo y le da un nuevo estadio de aplicación y entendimiento. Pues, ya no solamente serían necesarios los elementos que constituyen a la fuerza mayor, elementos que han sido desarrollados por muchos años y pensamiento doctrinario, sino, que incluye que la aplicación de la fuerza mayor también tendrá que incluir el cese total y permanente de la actividad económica.

Y a su vez, el legislador cae en una suerte de contradicción, pues al existir un cese total y definitivo de la actividad económica no se podrá realizar el trabajo de manera física habitual o telemáticamente como plantea la ley.

Cierto es que no existe aún jurisprudencia desarrollada acerca del tema puntual de la fuerza mayor aplicada en la pandemia del COVID19 como eximente de responsabilidad, sin embargo, podemos encontrar en la jurisprudencia nacional fallos en los que se toca el tema de la fuerza mayor como medio para terminar la relación laboral. En el 2016 posterior al terremoto sucedido en Manabí, el cual dejó como saldo varias infraestructuras de fábricas completamente destruidas. Los empleadores decidieron dar por terminado por fuerza mayor el contrato laboral de los empleados que laboraban en dichas edificaciones por imposibilidad total de cumplimiento del contrato. Por lo que muchos de ellos decidieron demandar el despido intempestivo a lo que la Corte Nacional de Justicia³⁵ respondió haciendo énfasis en la necesidad de realizar un examen individual a cada uno de los casos, pues se alegó que la empresa demandada no había cerrado completamente sus funciones, sin embargo, esto no significa que no se pueda aplicar la figura de la fuerza mayor por lo que le fue negado el despido intempestivo al demandante, pues el orden en el que sucedió la situación implicó todos los elementos para que la fuerza mayor se configuró, sin esto significar un cese total y permanente de la actividad económica del empleador.

10. Conclusiones

La pandemia del COVID19 definitivamente tuvo impactos gigantescos en muchos ámbitos de nuestras vidas y las cambió para siempre. Es lamentable los miles de víctimas que dejó atrás y las pérdidas irreparables que este virus significó. Como toda gran crisis

³⁵ Juicio 13354-2016-00395, Corte Nacional de Justicia (2016). Santana Parrales vs Compañía Industrias Ales C.A., Sala de Casación Laboral.

significó múltiples problemas de tamaño impensables, que a la vez se obligó a dar soluciones y alternativas de la misma magnitud.

En cuanto al derecho laboral ecuatoriano le otorgó un distinto punto de vista tanto a los empleadores, al estado y a los empleados. En el tiempo pre pandemia funcionaba un sistema de derecho laboral rígido y poco flexible, pensado en otra realidad económica a la que vivía y vive actualmente el país.

Pudimos observar la eliminación de la tercerización dentro de las posibilidades de contratación, desde el 2015 con la eliminación del contrato a plazo fijo, la única opción de contratación laboral era la que ofrece permanencia absoluta después de 3 escasos meses de prueba.

Se recomienda al legislador ecuatoriano que tras el fuerte golpe que recibió la economía nacional y después de que haya quedado demostrado que un sistema laboral rígido y sobre proteccionista fue perjudicial al momento de afrontar una crisis, cambie la manera en la que el derecho laboral funciona en el país. Aplicando regímenes menos estrictos con el empleador y permitiéndole más libertades al momento de contratar y al prescindir de sus empleados. Solamente esto permitirá una verdadera reactivación económica y la generación de plazas de trabajo destruidas por la crisis económica que el virus del COVID 19 significó.

En respuesta a la pregunta de investigación, es decir, si se violentó y existió una regresión de derechos y principios del derecho laboral con la aplicación de las medidas emergentes para la preservación de empleos durante la crisis causada por la pandemia del COVID19, se concluyó que en efecto hubo una clara regresión de derechos irrenunciables del trabajador.

Las trasgresiones a los derechos y principios de los empleados se pudieron observar desde el primer Acuerdo Ministerial analizado en el presente trabajo (MDT-2020-077), el cual implicó la reducción de la jornada laboral, desmejorando la situación económica de los empleados. Teniendo en cuenta que la Constitución de la República indica la irrenunciabilidad de derechos laborales, la reducción de la jornada laboral que consecuentemente implica la reducción de la ganancia neta del empleado afecta directamente a derechos fundamentales del mismo como alimentación, vestimenta, entre otros

En la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario también pudimos observar desmejoramiento de las condiciones económicas y laborales de los empleados, como lo

significó la firma de convenios modificatorios de la jornada laboral, que muy probablemente son nulos por un vicio en la voluntad de una de las partes, es decir, la presión que recibieron los empleados para la firma de dichos convenios.

Y de una manera inaudita se incluye la obligatoriedad y aplicación de convenios supuestamente bilaterales, que se convierten en generales cuando la mayoría de empleados firmen el acuerdo con el empleador incluso para aquellos que no celebraron el convenio. Por lo que no podemos hablar de un convenio, sino de una imposición.

Principios laborales que históricamente han sido conquistados desde la primera revolución industrial fueron hechos de lado. El Principio Protectorio se vio afectado a la aplicación de ciertos Acuerdos Ministeriales analizados que implicaron una condición menos favorable para el empleado. El Principio de Irrenunciabilidad también se vio afectado con la evidente presión de firma de convenios modificatorios de la jornada laboral. Y el Principio de Integridad y Oportunidad implica el recibir el pago de manera oportuna y completa como lo establece el contrato laboral, el cual fue ignorado con la calendarización de pagos y reducción de jornada mencionada.

Se analizó la aplicación de la fuerza mayor como eximente para la terminación de la relación laboral, haciendo énfasis en la errónea aplicación de la figura jurídica por parte del legislador. Concluyendo que la figura planteada a través de la disposición interpretativa que plantea la Ley de Apoyo Humanitaria es vaga e imprecisa.

A la vez se aplaude y era de esperarse la creación una nueva figura de contratación laboral en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, pues es impensable que la única relación laboral contemplada por el Código del Trabajo sea la permanente. El obligar a los empleadores a tener que garantizar un puesto de por vida a sus empleados limita mucho la apertura de plazas nuevas de trabajo e invita al empleador a pensar dos veces antes de realizar una nueva contratación.

Finalmente se debe tener en cuenta que la creación de todas estas figuras que cambiaron para siempre el Derecho Laboral Ecuatoriano y que los efectos de la pandemia generaron un precedente dentro del mismo, el norte de las mismas siempre fue la preservación del empleo y evitar un daño mayor. Se pudo evidenciar la debilidad del sistema laboral ecuatoriano y la necesidad de generar leyes laborales que vayan en sintonía con la realidad económica del país. Dejando únicamente la frase del célebre poeta y filósofo Jorge

Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y Borrás: “Quien no conoce su historia está condenado a repetirla” como reflexión acerca de las consecuencias que la pandemia del COVID19 significó.