

Universidad San Francisco de Quito USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La disminución de las utilidades de los trabajadores en el sector de hidrocarburos.

Bernardo Javier Jijón Nermalceff

Director, Dr. José Irigoyen Arboleda

Trabajo de Titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado.

Quito, 13 de Julio de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

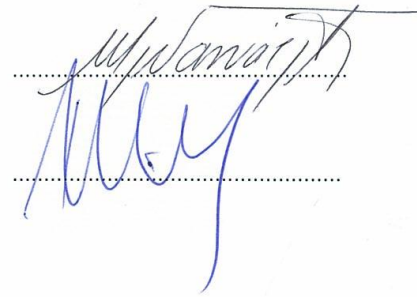
“La disminución de las utilidades de los trabajadores en el sector de hidrocarburos”

Bernardo Javier Jijón Nemaiceff

Dr. José Irigoyen
Director del Trabajo de Titulación



Dr. Jorge Vásquez
Lector del Trabajo de Titulación



Mgr. María José Narváez
Lectora del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, julio del 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACIÓN DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO DEL TRABAJO: **La disminución de las utilidades de los trabajadores en el sector de hidrocarburos.**

ESTUDIANTE: **Bernardo Javier Jijón Nermalceff**

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

a) Importancia del problema presentado.

El problema que describe el estudiante en la coyuntura actual es fundamental ya que se discute un mecanismo esencial del gobierno en virtud del cual, en nombre de la legalidad, se practica cualquier tipo de normas asumiendo que la reforma normativa no tiene límite. Este trabajo discute la situación referida y, en esa medida, discrepa en lo jurídico, con una práctica gubernamental y del positivismo, pocas veces rebatido; de manera tal, que resulta muy interesante.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis que formula el estudiante por la cual existen límites en cuanto a lo que se puede abarcar en la Ley, que se encuentra restringida en su reforma por la progresividad y los principios constitucionales, supone una hipótesis de importancia determinante, ya que acota la actividad del gobierno, incluso si es que cuenta con apoyo total y da forma al Estado como un Estado social de derechos que es lo que supuestamente intentó conformar el régimen político, pero que se ha desvanecido por continuas reformas legales que obvian el cumplimiento del sistema construido por los propios gobernantes.

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

Los documentos utilizados para el desarrollo del trabajo si bien tienen relación, y en algunos casos como en materia jurisprudencial, son absolutamente pertinentes. Pese a aquello, hace falta una mayor utilización de fuentes, más aun considerando que muchos de los temas relacionados con el trabajo han merecido de un gran estudio, por lo que en este aspecto, el trabajo deja una deuda.

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

Los argumentos para sostener la hipótesis son sólidos y bastante claros. El desarrollo sigue un hilo argumental preciso, aunque no puede dejar de señalarse que existen pasajes del trabajo donde se cae en imprecisiones o en argumentos no necesariamente jurídicos; sino que se sustentan con el parecer del autor, lo que puede dar una percepción de subjetividad exagerada a la obra, lo que de todas formas, se disipa cuando se considera los argumentos jurídicos vertidos, que son suficientes para sustentar las ideas que el trabajo expone.

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

El estudiante ha evidenciado una entrega y dedicación sobresaliente en su trabajo. Ha realizado cuanta tarea le fue conferida, lo que ha provocado que durante el trabajo, su conocimiento sobre el tema y el desarrollo de la hipótesis mejore ostensiblemente. El estudiante ha prestado la máxima dedicación posible sin ninguna duda.

FIRMA DIRECTOR:

A handwritten signature in blue ink, consisting of several stylized, overlapping strokes, positioned to the right of the text 'FIRMA DIRECTOR:'.

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 los 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 el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma Estudiante: _____

Nombres y Apellidos: Bernardo Javier Jijón Nermalceff

Código: 00106766

Cédula de identidad: 1717468946

Lugar y fecha: Quito, 13 de julio de 2017

RESUMEN

En el Ecuador la Constitución y la normativa laboral regulan el régimen de participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa. De manera general, la norma establece que se debe repartir el 15% de las utilidades a los trabajadores en las empresas. En el año 2015, en la Ley de Hidrocarburos se reformó este régimen para los trabajadores de este sector económico. La reforma consiste en la reducción del 15% al 3% de las utilidades empresariales, además del establecimiento de un monto máximo a recibir por este concepto. En la legislación ecuatoriana se reconocen ciertos derechos y principios que son fundamentales dentro del Derecho del Trabajo como la intangibilidad, progresividad, la adquisición de los derechos y el principio de irrenunciabilidad de los Derechos del Trabajo. En síntesis, estos principios reconocen que los derechos de los trabajadores no pueden ser modificados ni disminuidos. El presente trabajo tiene como objetivo principal en análisis de la ilegitimidad de la decisión de disminuir los derechos de los trabajadores en el sector de hidrocarburos.

Palabras claves. Utilidades, remuneración, sueldo, salario, progresividad, adquiridos, intangibles, contrato de trabajo, relación laboral, trabajador, empleador, empresa.

ABSTRACT

In Ecuador, the Constitution and labor law regulate the participation of workers in a company's profit. In most cases, the norm establishes that 15% of a business profit should be distributed among the workers of the company. In 2015, the Hydrocarbons Law reformed the regime for workers in this economic sector. The reform consists in the reduction of 15% to 3% of business profits, in addition to setting a maximum amount to receive for this concept. Ecuadorian law recognizes certain rights and principles that are fundamental within labor law, such as intangibility, progressiveness and the acquisition of rights. In sum, these principles recognize that the rights of workers cannot be modified and diminished. The main objective of this paper is to analyze the illegitimacy of the decision to reduce workers' rights in the hydrocarbons sector.

Key Words. Utilities, remuneration, salary, progressiveness, acquired, intangible, labor contract, labor relation, worker, employer, company.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	10
Capítulo I	
1.1. El Derecho del Trabajo: Su Concepto y Naturaleza.....	13
1.2. Sujetos de la Relación Laboral y su vinculación.....	16
1.3. Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo.....	24
1.3.1 Principios del Derecho del Trabajo en la Normativa Internacional.....	30
1.4. Derechos Adquiridos, progresivos e intangibles en el Derecho del Trabajo...34	
1.4.1. Los derechos Adquiridos.	34
1.4.2. Los derechos Intangibles.	36
1.4.3. Los derechos Intangibles.....	38
Capítulo II La Remuneración.....	41
2.1 Conceptos de la Remuneración.....	46
2.2. Formas de Remuneración.....	48
2.5. El sueldo, salario y remuneración en el derecho ecuatoriano	50
Capítulo III Las Utilidades.....	52
3.1. Clasificaciones de las Utilidades.....	58
3.1. Las utilidades de los trabajadores.....	60
3.2. Historia de las Utilidades.....	60
3.2.1. Desarrollo del Régimen de las Utilidades en la Norma Constitucional.....	63
3.3.2. Justificación de las Utilidades.....	63
3.3. Las utilidades de los trabajadores en el Ecuador.....	71
4. Conclusión.	81

5. Referencias.....86

Introducción

El Derecho Laboral ecuatoriano se caracteriza por ser una disciplina enfocada principalmente en la protección del trabajador y en la consagración de sus derechos desde una perspectiva social. En la filosofía jurídico laboral ecuatoriana, se concibe al trabajador como la parte vulnerable de la relación laboral que debe ser resguardado por la Ley para evitar situaciones de desprotección o desigualdad entre el empleador y el trabajador. El Estado ecuatoriano, en razón de la doctrina social, tradicionalmente se ha caracterizado por ser un organismo altamente proteccionista. El resultado de esta tradición es la existencia de normativa que está dirigida exclusivamente a la protección del trabajador por sobre el empleador.

El ordenamiento jurídico nacional es de tipo proteccionista de derechos y además de seguir los lineamientos corriente neo constitucional. La primera característica se refiere a que la legislación nacional tiene como objeto principal la defensa de los derechos y principios reconocidos en la constitución y las leyes. Por otro lado, la doctrina neo constitucionalista, reconoce los siguientes principios fundamentales que tienen influencia en la vida jurídica ecuatoriana. Estos principios son, la aplicación directa de la constitución y la existencia de una Constitución no modificable por medio de la Ley. En la constitución nacional se reconocen varios derechos y principios que rigen las relaciones laborales. Estos derechos son fundamentalmente la progresividad y la intangibilidad de los derechos laborales.

El principio de progresividad del derecho del trabajo establece que los derechos de los trabajadores no se pueden disminuir ni deteriorar, es decir, los trabajadores tienen una esfera mínima de protección y reconocimiento de derechos que no puede ser alterada. Además, la protección de los derechos laborales siempre debe ser progresiva, los derechos laborales deben siempre ampliarse y mejorar otorgando así condiciones más beneficiosas para los titulares de los derechos. La intangibilidad significa que los derechos de los trabajadores no pueden ser alterados ni modificados. Los derechos del trabajo son intangibles en el sentido que estos no pueden sufrir ningún cambio que represente

disminución o deterioro de los mismos. Estos derechos serán explicados a profundidad más adelante.

Además de estos principios reconocidos en la Constitución y en las leyes nacionales, en el Ecuador también se reconocen otros derechos como el de la no discriminación la aplicación de la norma más favorable al trabajador y el principio indubio pro operario. Estos derechos son fundamentales en las relaciones laborales. En el Ecuador en el artículo 328 de la Constitución se determina expresamente el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa de la empresa donde laboral. Este derecho hace que el trabajador se beneficie de la actividad económica que genera dicha compañía.

La retribución que recibe un trabajador por la realización de una prestación, es un medio para la subsistir de una manera digna. La remuneración, representa para las personas la principal fuente de recursos para la manutención de sí mismo y sus familias. Como se estableció anteriormente, la legislación ecuatoriana se ha caracterizado por beneficiar al trabajador por sobre el empleador, y por desarrollar normativa que beneficie y proteja al trabajador bajo una perspectiva de debilidad y sometimiento. En el régimen de repartición de utilidades, el Código de Trabajo y la Constitución reconocen un valor porcentual que debe ser dividido entre todos los trabajadores por partes iguales sin importar su puesto o condición.

En el año 2015, se disminuyó el porcentaje del 15% a los trabajadores del sector de hidrocarburos. Entonces, en la Ley de Hidrocarburos se puso un limitante del 3% para los trabajadores del sector de petrolero, además de un tope máximo a recibir por concepto de utilidades para todos los trabajadores del sector privado. Adicionalmente a esta disminución, se organizó una redistribución del 12% restante, infringiendo derechos reconocidos en la Constitución y la Ley, el Estado arbitrariamente resolvió disminuir las utilidades de los trabajadores en los sectores de hidrocarburos sin sustento técnico ni legal alguno.

En la primera parte de este trabajo, se examinarán las nociones fundamentales del Derecho del Trabajo. Además, se realizará un análisis sobre la relación laboral y los sujetos

que la componen. Por último, el primer capítulo se complementa con el estudio de los derechos progresivos, intangibles y adquiridos, derechos que son fundamentales para el Derecho del Trabajo y para el régimen de las utilidades que constituye objeto del presente trabajo. Posteriormente, en el segundo capítulo de este trabajo se desarrolla el concepto de la remuneración, haciendo referencia a los preceptos doctrinarios sobre el mismo. También se examinarán los artículos de Código del Trabajo que tratan sobre la remuneración. Finalmente, en el tercer capítulo se trata el tema de las utilidades. En este segmento del trabajo de titulación se analizan las utilidades desde una perspectiva doctrinaria y desde el punto de vista de la legislación local. El objetivo primordial de este trabajo es analizar el régimen jurídico de las utilidades de los trabajadores en el Ecuador, para así determinar cuál es la verdadera afectación que existe con la limitación de disminución de este derecho. El argumento central de este trabajo de titulación es determinar que la disminución de las utilidades de los trabajadores representa una violación a los principios y derechos reconocidos en el Derecho del Trabajo. En esta investigación se analizan los principios fundamentales del Derecho del Trabajo como lo son el principio de los derechos adquiridos, de intangibilidad, de progresividad, el principio in dubio pro operario e igual trabajo igual remuneración para determinar que existe una violación de estos derechos y principios en lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos del año 2010, donde se dispone la disminución de las utilidades de los trabajadores de la industria hidrocarburífera del 15% al 3%.

CAPÍTULO I

1.1 EL DERECHO DEL TRABAJO: SU CONCEPTO Y NATURALEZA

El concepto de trabajo y los principios del Derecho del Trabajo se estructuran en base a preceptos amplios que abarcan varios principios de las Ciencias Sociales. El estudio del Derecho del Trabajo ha tenido como resultado el desarrollo de varias líneas doctrinales en las que se reconocen múltiples tendencias donde se recogen principios legales, económicos, sociales, políticos, entre otros. El autor Pérez Botija define al Derecho del Trabajo como “el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado a los efectos de la protección y la tutela del trabajo”¹.

Esta definición sintetiza eficientemente, lo que comprende el Derecho del Trabajo. Además, la importancia de este concepto para efectos del siguiente estudio no solo radica en la amplitud y alcance del mismo, sino que también se fundamenta en la similitud de este enunciado con lo estipulado en el Código de Trabajo ecuatoriano. El Código nacional en su artículo primero, inciso número uno establece lo siguiente:

Artículo. 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 trabajo².

Tal como se expresó anteriormente, el concepto de trabajo y del Derecho de Trabajo, jamás se lo puede analizar estrictamente en el ámbito jurídico, sino se lo debe entender como un estatuto económico y social fundamental para el desarrollo de las economías y las sociedades modernas. Es necesario que la relación entre trabajadores y empleadores se adapte a las nuevas tendencias económicas, donde el ordenamiento jurídico es un conjunto

¹ Pérez Botija Eugenio. *Curso de Derecho del Trabajo*. 2da edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1950

Eugenio Perez Botija hace la siguiente reflexión en cuanto a lo primero, es solo cierto en apariencia, pues en vigor háblese de trabajo tutelado y protegido, lo cual de por sí ya especifica una categoría determinada de actividad laboral. En cuanto a lo segundo, al contraponer empresario y trabajador, fácilmente se sobreentiende la referencia a los factores de producción: de una parte, la persona a ante que organiza y dirige el trabajo; y de otra quienes ejecutan.

² Código del Trabajo. Artículo 1. Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre del 2005.

de normas y principios necesarios de regulación y control que salvaguarda los intereses de las partes en cuestión.

Es importante delimitar cuál es la naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo y cuáles son los elementos que la componen. En principio, el elemento central que se debe analizar es si el Derecho del Trabajo se encuentra bajo la tutela del Derecho Público o Derecho Privado. El argumento rector para aquellos que sostienen que el Derecho de Trabajo se encuentra bajo los esquemas del Derecho Público es que tanto la economía, las actividades industriales y las relaciones entre los agentes del mercado, está siempre bajo las regulaciones y la supervisión de las autoridades administrativas y judiciales. Ya que estas autoridades son únicas responsables del mantenimiento y el respeto de las relaciones económico - laborales, que se desarrollan desde esta perspectiva, bajo la premisa de que el trabajador es una persona que se encuentra en una relativa inferioridad de condiciones, y que por tal motivo tiene que gozar de un sistema tuitivo que lo proteja. La otra posición sostiene que, a pesar de la existencia de la reglamentación laboral, “el trabajo se desarrolla en base a las relaciones privadas contractuales entre los trabajadores y empresarios de distintos segmentos industriales, y son estos en virtud de su autonomía y voluntad, quienes determinan las condiciones bajo las cuales se establecen las relaciones laborales”³, sin necesidad de una regulación que los proteja.

Un punto medio sostiene que en el Derecho del Trabajo debe abarcar todos los intereses que se protegen en las normas públicas y privadas. Esta posición conocida como la mixta o la dualista, impulsada por entre otros por Catán o Hernainz, sostiene que las normas laborales tutelan la existencia de relaciones entre sujetos privados, y que estas relaciones se percibe la injerencia de los órganos de la Administración Pública, en cuanto al cumplimiento de unos mínimos, pero que deja la puerta a la negociación por encima de

³ Pérez Botija Eugenio. *Curso de Derecho del Trabajo*. 2da edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1950
Los conceptos de Derecho público y Derecho privado no son conceptos de Derecho positivo a priori, las relaciones de trabajo son de Derecho Público y de Derecho Privado, en una situación de mezcla indisoluble done por un lado los gobiernos someten a las actividades industriales a las limitaciones administrativas. De otro lado, los propios empresarios poniéndose de acuerdo con los trabajadores para regular conjuntamente las relaciones de trabajo.

aquellos. Los vínculos entre estos elementos regulados por el Derecho Público y el Derecho Privado, dan el origen al Derecho de Trabajo.

Una vez delimitada la amplitud conceptual y la naturaleza flexible del Derecho de Trabajo, en este estudio se analizará cuáles son los principios jurídicos que sostienen al Derecho de Trabajo, en particular en el ordenamiento jurídico nacional. El Derecho del Trabajo, como se dijo anteriormente, supera la relación jurídica contractual que existe entre el empleado y el trabajador, ya que esta rama del Derecho se vincula estrechamente con las condiciones políticas, sociales y económicas de un Estado y una población.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, y en consideración de las distintas posturas presentadas, en este trabajo de investigación se parte desde la noción que el Derecho de Trabajo es una rama del Derecho que regula las relaciones entre los trabajadores y empleadores y todo lo que tiene que ver con la relación laboral. Lo que determina la tesis dualista, es que el conjunto que componen el Derecho del Trabajo, son de carácter público y privado, pero siempre dirigido a la reglamentación de la relación laboral y todos sus componentes. La posición mixta establece que el Derecho del Trabajo tutela y regula las relaciones entre privados, y que estas relaciones entre privados deben estar supervisadas por las autoridades administrativas que son las responsables de regular y sancionar en caso de que fuere necesario. Aludiendo una vez más a la postura mixta de la naturaleza del Derecho del Trabajo, el Derecho Público tiene como objeto principal el establecimiento de unos parámetros para la verificación del cumplimiento de lo establecido en el derecho positivo que regula la materia. Las autoridades estatales, son responsables del control, supervisión y solución en caso de que existieren conflictos en las relaciones entre los privados. El Derecho Privado, en el Derecho del Trabajo regula las relaciones contractuales y los derechos y obligaciones que nacen a partir del contrato de trabajo.

Es importante reconocer que en la disciplina del Derecho del Trabajo existen distintas ramas de las Ciencias Sociales que aportan a su estudio y desarrollo. Ciencias como la economía y la sociología han tenido una importante influencia en el desarrollo de la norma laboral. Pero en razón del enfoque y la temática de este trabajo de investigación, la postura

que trataremos en esta investigación es la propuesta por los autores Catán o Hernainz que establecen que el Derecho del Trabajo es de naturaleza pública y privada ya que se involucra los dos puntos principales de la esfera jurídica que son el aspecto público y el aspecto privado.

1.2. SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL Y SU VINCULACIÓN

En términos generales, la relación laboral es esencialmente plural, ya que en la misma existen varios sujetos que cumplen funciones individuales y colectivas en razón del tipo de relación que se mantenga. En virtud de la naturaleza dualista del Derecho del Trabajo, es decir, que se encuentra regulado bajo las normas y principios tanto del Derecho Privado como del Derecho Público, los sujetos de la relación laboral en estricto sentido son el empleado el empleador.

La legislación ecuatoriana, en particular el Código de Trabajo, como regla general reconoce que los sujetos de la relación laboral son el trabajador y el empleador. A continuación, se exponen los artículos del Código que tratan sobre el trabajador y el empleador.

El Código del Trabajo en su artículo noveno establece la defunción del trabajador de la siguiente manera;

Art 9.. Concepto de trabajador. - La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.⁴

Por otro lado, el Código en el artículo decimo del Código al definir la noción de empleador dispone lo siguiente:

Art. 10.- Concepto de empleador. - La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador.

⁴ Código de Trabajo. Artículo 9. Registro Oficial 167 de 16 de diciembre de 2005.

El concepto de trabajador contenido en la codificación ecuatoriana, presupone un principio fundamental que se debe cumplir para que un individuo sea considerado como trabajador; que es la obligación de prestar un servicio o ejecución de una obra. En varios textos doctrinarios la noción de trabajador se introduce como un término abstracto genérico bajo el cual se pueden encontrar una serie de infra categorías que definen la clase de trabajador a la que corresponde un determinado individuo.

Eugenio Pérez reconoce que en la doctrina existe una discusión amplia sobre el concepto general del trabajador. El autor en su libro *Cursos del Derecho del Trabajo* sostiene que la categoría de trabajador es parte del dogma jurídico del derecho positivo en el cual existe una categoría jurídica reconocida como *status professionis* a la que denomina trabajador. Este concepto tiene que ver con la actividad de trabajo que realiza un individuo. No se relaciona únicamente con la profesión que ostenta una persona, o la formación académica que ha recibido, sino con la ocupación que realiza habitualmente. *Estatus professionis*, es la actividad que realiza habitualmente una persona que pertenece a la población económicamente activa, que forma parte del mercado laboral y que está protegido por el Derecho del Trabajo⁵. El concepto de *estatus professionis* se lo debe contrastar con las especificaciones y las categorías concretas que pueden existir dentro del concepto general de trabajador, por ejemplo, el concepto de obrero, empleado, aprendiz entre otras. El artículo del Código antes referido, trae consigo estas nociones recogidas por la doctrina. Es decir, en el Código en el artículo noveno se reconoce una categoría general de trabajador en virtud del cumplimiento de obligación o la prestación de un servicio. Este elemento obligacional y de prestación, se lo puede entender como el *estatus professionis* al

⁵Pérez Botija Eugenio. *Curso de Derecho del Trabajo*. 2da edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1950.

Para, García Oviedo. *El estatuto del trabajador español*. (revista del trabajo febrero, 1988). (*..Es el que dentro del Derecho del Trabajo cabe distinguir dos clases de normas, unas de carácter común o general, que se aplican indistintamente a todos los trabajadores que legalmente tengan la condición de tales; nace hace su categoría, su oficio o profesión. Al lado de estas normas genéricas hay normas especiales que constituyen el estatuto concreto de determinados grupos de empleados u obreros...*)

cual hacen referencia los tratadista, pero el Código en su parte final del inciso a consideración, trae consigo la diferenciación de las categorías de trabajador.

La distinción de la clase de trabajadores, en varios casos, determina cuál es la naturaleza, alcance y beneficios que obtiene un trabajador de la relación laboral con su empleador. Es necesario especificar que estas categorías se enfocan únicamente en la calidad y las características del sujeto, mas no en las condiciones de la relación. Los trabajadores, se los puede clasificar en base a sus condiciones personales que pueden ser sociales, de educación y de condición social.

El artículo décimo del Código de Trabajo define al empleador de la siguiente manera:

Artículo Décimo. Concepto de empleador. - La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador.⁶

De este artículo se puede hacer el mismo análisis que al artículo que le precede. El empleador, es la persona o entidad por cuenta de la cual se ejecuta la obra o se presta el servicio. Aunque la noción de empleador se puede aplicar indistintamente a personas naturales como jurídicas, la presente investigación se concentrará en las a las empresas como sujeto de la relación laboral. El régimen de las utilidades, tiene un importante componente económico, ya que estas son el resultado de la actividad económica y la actividad empresarial. Considerando lo que establece el artículo decimo del Código del Trabajo, esta norma no hace ninguna distinción entre empresario y empleador. En esta investigación, se considerará que la empresa es uno de los sujetos que integra la relación del laboral. En este sentido la empresa y su actividad, es el antecedente imprescindible a parir del cual nacen los beneficios, que son el supuesto material para que se genere el reparto de utilidades.

En términos generales el concepto de compañía tiene tres acepciones que debemos considerar. La primera acepción, es la compañía como contrato de sociedad. Este criterio

⁶ Código de Trabajo. Artículo 10. Registro Oficial 167. 16 de diciembre de 2005.

hace referencia a la compañía como un negocio jurídico en el cual las partes destinan un capital cierto, para la realización de una actividad económica particular. La segunda acepción de compañía, es la de persona jurídica. Este concepto establece que la compañía es una ficción legal bajo lo cual se crea un incapaz relativo, es administrado y dirigido por las personas físicas que se responsabilizan por esta. Por último, la tercera acepción de compañía, es la de empresa. Una empresa es una agente del mercado que realiza una actividad económica, y que produce beneficios para sus propietarios y trabajadores. Cuando se hace referencia a persona jurídica, se alude a la naturaleza jurídica de la compañía. Cuando se introduce el concepto de empresa, se considera la entidad económica que produce bienes y servicios y que requiere de personas para su administración y proceso productivo. A lo largo de esta investigación se utilizará mayoritariamente la tercera acepción de compañía. Tal como se ha expuesto anteriormente, en el Código del Trabajo, el sujeto que forma parte de la relación laboral es el empleador o el empresario. El empresario es la persona física que representa, administra y dirige la empresa.

Para el autor Henri de Man⁷, a la empresa se la debe considerar como una estructura económica completa, que representa un sujeto jurídico titular directo de la relación laboral. Dentro del esquema jurídico económico laboral, existen distintas acepciones conceptuales de empresas a los cuales es necesario hacer referencia:⁸

- a) Empresa como explotación integrada por unos medios instrumentales
- b) Negocios o circulo de actividades
- c) Actividad profesional o trabajo autónomo.

⁷ Pérez Botija Eugenio. *Curso de Derecho del Trabajo*. 2da edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1950

⁸Casanova, L. *Studi sulla teoría dellazienda*. Roma, 1938 (...La doctrina del derecho laboral reconoce una teoría patrimonialista y una teoría contractualista de la empresa. Además de una teoría laboralista de la empresa en cuanto se concibe en todo centro donde se trabaja. Estos conceptos son necesarios para determinar la relación laboral existente entre la empresa y el trabajador, así como para delimitar el verdadero carácter del patrono en la relación laboral. El patrono dentro del concepto de empresa comprende las categorías de productores que diferencian del trabajador, empresarios, propietarios y contratistas de las explotaciones. Por último, los Administradores, gerentes y consejeros delegados deben tener considerarse bajo la categorización de patrono. ..)

Dentro del Derecho del Trabajo, las actividades económicas y la estructura empresarial importan a la hora de analizar la relación entre el empleado y el empleador en términos de la relación económica y derechos y obligaciones entre las partes contratantes⁹. Es necesario aclarar, que cuando la teoría empresarial se refiere a la actividad profesional o trabajo autónomo, se debe entender por las profesiones independientes deslindadas de los grandes segmentos industriales. Específicamente a las profesiones liberales no masivas donde la actividad económica es de carácter individual y no existe dependencia en la prestación de servicios. En todo caso habrá que entender que cuando el Código del Trabajo en su artículo 10 habla de empresa o empleador, está haciendo alusión a unos de los participantes de la relación de trabajo. La jurisprudencia para delimitar el concepto de empresa expresa lo siguiente; “Dentro del concepto del empleador o empresa también se incluye a las empresas jurídicamente establecidas, así como el trabajo profesional independiente y el autoempleo, es decir a los emprendedores formales e informales”¹⁰.

Una vez analizadas las dos partes principales de la relación laboral, ahora es necesario analizar el vínculo que existe entre las partes, con esto nos referimos a la relación jurídica necesaria para que se consolide la relación de trabajo. El artículo octavo del Código de Trabajo trae una definición del contrato de trabajo, expresando sus elementos y consecuencias jurídicas:

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 costumbre¹¹.

En el Ecuador, el nexo principal de la relación entre el empleador y el empleado es el contrato de trabajo. Convenio mediante el cual, el trabajador se obliga a prestar sus servicios lícitos y personales bajo relación de dependencia. A pesar de que en la legislación nacional solo existe un concepto formal del contrato de trabajo, la Constitución en al

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia Sala de lo Laboral y Social. Sentencia No. 0133-17-SIN-CC Caso No. 993-06-IN, 11 de septimere de 2001

¹¹ Código de Trabajo. Artículo 8. Registro Oficial 167. 16 de diciembre de 2005.

artículo 325 también reconoce otras formas de trabajo que están protegidas por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo, el trabajo autónomo.

Artículo 325. El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.¹²

Dentro de la definición del contrato de trabajo, el Código presenta la noción de dependencia como parte constitutiva del contrato de trabajo y, por ende, de la relación laboral. La dependencia, tal como la define el autor Rubén Bravo, se debe entender de la siguiente forma:

Consiste en el que el trabajador se compromete a prestar sus servicios siguiendo las órdenes, direcciones o instrucciones de la persona que lo contrató o de los que lo representan. La dependencia o subordinación es siempre de naturaleza económica, disciplinaria, administrativa y en ocasiones técnicas. Este es un elemento esencial para determinar si el contrato es laboral o no¹³.

La relación laboral que se genera a partir del contrato de trabajo tipificado en el artículo octavo del Código, se la puede entender como la relación laboral por excelencia, ya que, a partir de este vínculo jurídico, nacen, entre las partes, todos los derechos y obligaciones laborales que reconoce la legislación ecuatoriana; sin perjuicio de que existan y se tutelen otras formas de vínculo jurídico laboral, como el trabajo autónomo.

Por último, la Constitución en el artículo 327 establece que la relación entre el empleado y el empleador debe ser directa y bilateral. La bilateralidad laboral debe ser analizada estrictamente desde el plano contractual obligacional. Las relaciones bilaterales en el Derecho Laboral tienen dos dimensiones, la primera la de manifestación de voluntad y la segunda la de las obligaciones. Dentro de la relación laboral deben existir manifestaciones de voluntad de las partes donde se acuerde la relación laboral. La relación

¹² Constitución del Ecuador. Artículo 325. Registro Oficial No 499 de 11 de octubre del 2008.

¹³ Bravo Rubén. *Temas laborales y judiciales*. Tesis de Maestría. Universidad Católica de Cuenca. Cuenca 2010.

bilateral, en términos de obligaciones, es aquella que genera obligaciones para los dos partes. En el caso del Derecho de Trabajo las fuentes de derechos y obligaciones por excelencia son el contrato y la ley, sin perjuicio de fuentes secundarias que puedan regular y proteger la relación contractual. A su vez, cuando la Constitución establece que la relación entre las partes debe ser directa, esta, inequívocamente excluye las relaciones tercerizadas y de intermediación como posibles medios de relaciones laborales.

Artículo 327. La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.

Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.¹⁴

Las relaciones bilaterales y directas a las cuales refiere este artículo de la Constitución tienen que ver con la prohibición de la tercerización e intermediación. Las relaciones directas son aquellas que subsisten sin la intervención de otro agente, es decir se desarrollan por sí solas sin limitaciones. Las relaciones bilaterales son aquellas que generan derechos y obligaciones para ambas partes por igual. La relación laboral, debe ser directa en tal sentido que, existe sin necesidad de que concurren o intervengan otras personas distintas a la del trabajador y empleador. Así también tienen que ser bilaterales de tal forma que, de esta, nazcan los derechos y obligaciones que reconoce la Ley.

El trabajador dependiente es aquel que se encuentra subordinado al empleador, por lo que el trabajador debe cumplir estrictamente las ordenes y ajustarse a las reglas que establece expresamente el empleador y la institución para la cual trabaja. La jurisprudencia nacional para definir la dependencia establece lo siguiente:

La dependencia o subordinación, que constituye el elemento más importante de la relación laboral, y tiene que ver con el respeto que se debe tanto a las personas

¹⁴ Código de Trabajo. Artículo 327. Registro Oficial 167. 16 de diciembre de 2005.

jerárquicamente superiores como a los horarios y más reglamentos que se imponga para la armonía que debe existir en todo vínculo contractual¹⁵.

Explicando lo establecido por la Corte, la dependencia que equivale a subordinación es un elemento fundamental para la relación laboral, que significa el respeto a las decisiones y ordenes de las autoridades, así como a los horarios y los reglamentos que se impongan en la institución donde se trabaja.

A diferencia del trabajador dependiente, el trabajador autónomo realiza sus actividades de una forma independiente sin el sometimiento a las reglas o las condiciones que establezca el empleador. Es decir, el trabajador autónomo puede desempeñar sus actividades sin la obligación de cumplir la normativa de la institución, regirse por un horario de trabajo, o en razón de las direcciones establecidas por el empleador.

El concepto de trabajador autónomo que generalmente reconocen los estudiosos del Derecho del Trabajo es el siguiente:

Los llamados trabajadores autónomos, esto es, los que realizan una actividad profesional por su cuenta, y riesgo, con mayor o menor independencia técnico-jurídica-económica frente a quienes utilizan sus servicios o adquieren sus obras, quedan igualmente al margen del contrato y del Derecho laboral, pese a que en ocasiones gozan de ciertas medidas de especial protección¹⁶.

Tanto los textos normativos como la doctrina citada, hacen una distinción entre la autonomía y la dependencia en la relación laboral. A pesar de que no existan argumentos explícitos que establezcan que el único elemento diferenciador entre una y otra sea el contrato de trabajo, a partir de un ejercicio reflexivo se puede aseverar que la relación

¹⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de lo Laboral y Social. Sentencia No.XVII SIN-CC, Gaceta Judicial XCIX, 20 de abril de 1999.

¹⁶ Américo Plá Rodríguez. *Los principios del derecho del trabajo*. 2da edición.

Buenos Aires: Editorial Depalma, 1978

contractual en estricto sentido es un elemento decisivo al momento de reconocer el tipo de relación que existe entre los dos agentes del nexo laboral. La importancia de esta distinción radica en los efectos que se generan a partir de estas relaciones laborales. La ley laboral concibe que el contrato de trabajo, es la principal fuente de derechos y obligaciones entre las partes, por lo que las consecuencias de la relación contractual laboral traen consigo efectos plenos, donde las obligaciones contraídas por las partes se encuentran reguladas en su totalidad por el Derecho de Trabajo. Por otro lado, la autonomía en la relación laboral, a pesar de que está protegida por la legislación nacional, y que la doctrina establece que existe un vínculo entre las partes que mantienen relaciones de esta naturaleza, la autonomía genera una relación amplia y singular donde no se reconocen todos los derechos contenidos en el catálogo de los derechos del trabajador.

1.3 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE TRABAJO

En la constitución del año 2008, se reconocen los principios bajo los cuales se regula y se protege el trabajo en toda sus formas y clases. En el artículo 226 de la Constitución se hace mención a una serie de principios relacionados al trabajo que tienen que ver con aspectos económicos y sociales. En este artículo se introduce de forma general cuales son los principios que se aplican a las relaciones laborales. Los principios Constitucionales más importantes para esta tesis son los recogidos en el numeral segundo del artículo 326.

Art. 326. El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

Para el autor Guerrón Ayala, históricamente en el Ecuador, el principio rector del Derecho del Trabajo, ha sido el principio de la protección del trabajador. Para el autor, el Derecho del Trabajo debe representar una discriminación positiva, para lograr un equilibrio material; en oposición a lo que ocurre en el derecho común, en donde la característica es la igualdad ante la ley. Lo que intenta explicar el autor, es la relación de desigualdad material que existe en la relación de trabajo que debe ser solucionada por mecanismos formales

como la Ley y los principios para mejorar las condiciones bajo las cuales se establecen las condiciones del trabajo.

Queda evidenciado que el principio protector se constituye en la columna vertebral de toda la legislación laboral y su propósito fundamental es “compensar la desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador¹⁷

Por otro lado, el artículo 35 de la Constitución del año 1998 reconoció al derecho del trabajo de la siguiente forma;

Art. 35.- El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia¹⁸.

En esta norma, se reconoce al trabajo como una condición y obligación social, que es fundamental para alcanzar la vida digna y para la satisfacción de las necesidades de los individuos y los grupos sociales. El mismo artículo de esta Constitución en sus numerales tercero y cuarto reconoce expresamente lo irrenunciabilidad y la intangibilidad de los derechos laborales. Reconocimiento similar al que se hace en la Constitución del 2008 donde se establece que estos dos principios son los fundamentales del Derecho Laboral ecuatoriano.

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

3. El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento.

4. Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración. Las acciones para reclamarlos prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contado desde la terminación de la relación laboral¹⁹.

¹⁷ Guerrón Ayala Santiago. *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador*. Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Quito, 2012.

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No 1 de 11 de agosto de 1998.

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 326. Registro Oficial No 499 de 11 de octubre 2008.

Otro principio que se incluye en dos constituciones nacionales y en el Código de Trabajo es el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. El concepto de irrenunciable dictamina que ni el propio trabajador puede renunciar a los derechos que se le reconocen en la Constitución y las leyes. Este elemento, sin duda, representa una limitación evidente al principio de autonomía de voluntad que rige el Derecho Civil, en especial las relaciones contractuales de las partes. Por irrenunciabilidad se debe entender a aquella limitación de la autonomía de la voluntad, de orden público, tendiente a evitar que un trabajador se desprenda de uno o más de sus derechos, en especial los nacidos de la protección mínima legal²⁰.

Una vez analizados los principios legales que se reconocen en el ordenamiento nacional que son pertinentes para la presente investigación, es importante puntualizar cuáles son los principios que recoge la doctrina. Los principios de Derecho de Trabajo no solo se limitan a los citados anteriormente. Tanto las leyes nacionales e internacionales, y las demás fuentes de Derecho reconocidas por nuestra legislación, reconocen varios principios que buscan la protección de la relación laboral, el garantizar el trabajo y el proteger las relaciones que involucran a un trabajador en un sentido más amplio. Los principios analizados en este trabajo, insisto, se refieren puntualmente a la relación contractual obligacional entre el trabajador y el empleador puntualmente, sin perjuicio de la existencia de otros principios que puedan proteger dicha situación.

La doctrina española reconoce ampliamente que los cuatro principios fundamentales de Derecho Laboral son, la irrenunciabilidad de derechos, el principio indubio pro operario, el principio de la intangibilidad de los derechos laborales y por último el principio del rendimiento. Este último presenta una novedad, ya que en la legislación nacional no se recoge este precepto. El principio de rendimiento se debe entender como la obligación formal y material de realizar una actividad de la manera más eficiente y productiva posible, para el beneficio general de la sociedad. “El hombre no solo tiene el deber formal de

²⁰ Cfr. Pérez Pablo y Muntadas Rovira. *Sobre la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa*. 2da edición. Tomo I. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 1950.

trabajar, sino que además de su actividad ha de ser eficaz y productiva en beneficio del medio social en el que viva”²¹.

Esta noción de productividad y de desempeño, reconoce el componente económico y social del trabajo como actividad económica y productiva, elemento esencial para el progreso y la consagración del individuo en la sociedad. Además, cuando los autores se refieren a la productividad como un principio rector del Derecho del Trabajo, hacen alusión directamente a la institución empresarial como agente indispensable de la relación laboral y de la relación económica que mantienen un trabajador y un empleador. Por último, hay que considerar que el Derecho Laboral consagra a la remuneración, entendida como la retribución económica que recibe la persona que presta un servicio o ejecuta a una actividad a nombre de otra. La remuneración, concepto económico y jurídico, representa un pilar fundamental de trabajo en sentido amplio y de la actividad productiva que es regulada por las leyes laborales.

En el material doctrinario citado anteriormente se reconocen los siguientes principios que se deben conceptualizar. El principio de rendimiento, que no está reconocido en la legislación nacional, tiene que ver con la capacidad productiva y los resultados de un trabajador. El principio de rendimiento tiene dos dimensiones, la cualitativa y cuantitativa. El elemento cualitativo es la evaluación de los resultados derivados de las actividades desempeñadas. La evaluación tiene que ver con nivel de instrucción del trabajador, complejidad de las actividades realizadas y nivel de responsabilidad que se tiene dentro de la organización. La dimensión cuantitativa tiene que ver con medición numérica de lo producido por el trabajador, ya sea en generación de bienes y servicios producidos por un parámetro de tiempo, o ingresos generados producto de la actividad comercial. Es necesario insistir que el principio de rendimiento no se reconoce en la Ley del Ecuador.

²¹ Pérez Botija Eugenio. *Curso de Derecho del Trabajo*. 2da edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1950

El Derecho Laboral del Ecuador se fundamenta en la doctrina socialista que tiene como objetivo eliminar la desigualdad y proteger a las personas vulnerables. El principio de rendimiento, en razón de la explicación que se presentó en el párrafo anterior, tiene que ver con las capacidades y la habilidades que tiene un trabajador. Dentro de las capacidades que tienen las personas, los factores determinantes por lo general es la formación académica o la capacidad intelectual y de ejecución. El principio de rendimiento por los elementos que le componen, es un principio destinado a diferenciar a los trabajadores, y retribuirlos en virtud de sus capacidades que lo destacan del resto. Si se busca adaptar al principio de rendimiento, a una de las tendencias de pensamiento económico político, se podría decir que el rendimiento es acorde a las teorías del capitalismo, donde prima la eficiencia productiva, la capacidad de acción y las condiciones de mejoramiento.

En un sistema como el ecuatoriano, donde se busca proteger a los individuos desventajados, se intenta desarrollar principios y normas donde se equiparen las condiciones y se eliminen las diferencias. El Derecho del Trabajo en el Ecuador, presupone que el trabajador es un individuo sin poder de negociación que debe ser protegido por la norma, y que el ordenamiento debe considerar las necesidades y las debilidades de los trabajadores. El principio *indubio pro operario*, reconocido en el ordenamiento jurídico nacional, establece que, las autoridades administrativas y judiciales siempre deberán considerar la situación y aplicar la norma más favorable para el trabajador. Un principio muy similar al *indubio pro operario*, es el principio de la aplicación de la norma más favorable. Es decir, estos principios reconocen similarmente la necesidad de que las autoridades apliquen las normas y resuelvan de la manera más favorable para el trabajador. El artículo séptimo del Código del Trabajo describe al principio *in dubio pro operario* de la siguiente manera;

Art. 7.- Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.²²

El autor Guerrón define a estos dos principios de la siguiente manera;

²² Código de Trabajo. Artículo 7. Registro Oficial 167. 16 de diciembre de 2005.

a) La regla in dubio pro operario. Criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.

b) La regla de la norma más favorable. Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas²³.

El principio de irrenunciabilidad dispone que el trabajador no puede disponer ni desprenderse, por voluntad propia, de los derechos que le protegen como trabajador. Es decir, los derechos no pueden ser enajenados ni abdicados por más de que exista la voluntad del trabajador para hacerlo. Este principio se encuentra recogido por el artículo 326 de la Constitución en el numeral segundo.

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.²⁴

En conclusión, en esta parte de la investigación se trató sobre los principios constitucionales y doctrinarios que son parte de los del Derecho del Trabajo. Los principios como el de la irrenunciabilidad, intangibilidad y la aplicación más favorable se encuentran reconocidos expresamente en el ordenamiento jurídico nacional. Estos principios deben estar siempre presentes en la aplicación, interpretación y el desarrollo de la normativa jurídica nacional. Así como en la regulación de las relaciones del trabajo, estos principios no solo deben estar reconocidos por la norma, sino deben existir mecanismo de aplicación directa para implementarlos en las regulaciones de las relaciones laborales. Estos principios forman parte del marco jurídico que protege a los trabajadores.

Los principios recogidos en este segmento del trabajo son fundamentales para el desarrollo de la normativa laboral, y son necesarios para la aplicación y la regulación de las relaciones de trabajo. Los principios del Derecho del Trabajo sostienen que las condiciones de las relaciones laborales deben mejorar progresivamente, y el catálogo de derechos que

²³ Guerrón Ayala Santiago. *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador*. Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Quito, 2012.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 326. Registro Oficial No 499 de 11 de octubre 2008

protege al trabajador debe desarrollarse y favorecer el trabajador en toda circunstancia. En este trabajo se intenta sintetizar cuales son los principios reconocidos en la Constitución que protegen el Derecho del Trabajo. Para efectos de esta de esta investigación, y en razón de la tesis propuesta, los conceptos analizados son directamente aplicables al régimen del derecho a las utilidades de los trabajadores y los principios que protegen a la remuneración. En el Ecuador, se reconoce a los trabajadores el derecho a recibir utilidades a partir de la Constitución política del año 1945. Posteriormente en este trabajo se expondrá cual fue el desarrollo histórico del régimen de las utilidades dentro del marco constitucional nacional.

A partir del año 1945, el régimen de las utilidades en el Ecuador se ha desarrollado de una forma positiva mediante la cual, se incrementó progresivamente el porcentaje correspondiente a los trabajadores, y los principios que garantizan el goce y ejercicio de este derecho. En la evolución cronológica del régimen de las utilidades en el país, se reflejan en todo momento los principios de los derechos adquiridos, la intangibilidad de los derechos laborales y los derechos progresivos. Estos principios que desarrollaran más adelante en el texto, establecen que las normas del trabajo, no pueden ser alteradas ni modificadas de tal forma que puedan perjudicar y agravar la condición del trabajador. Adicionalmente, la adquisición de derechos significa que una vez reconocido la existencia de un derecho a favor del trabajador, este no puede ser eliminado ni alterado ya que forma parte de su marco de protección por lo que el trabajador puede gozar y ejercerlo sin condición alguna. El artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos, significa una violación directa a los principios del Derecho del Trabajo consagrados en la Constitución. Una reducción de esa naturaleza representa una ilegalidad, ya que contraviene los normas y principios consagrados en el ordenamiento jurídico nacional.

1.3.1. PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

El desarrollo de las normas internacionales del Derecho del Trabajo tiene un orden cronológico que sirve para explicar el desarrollo de la legislación internacional en lo referente al Derecho del Trabajo y los principios que se reconocen en el mismo. La

Declaración de Derechos Sociales del Tratado de Versalles de 1917, expresa un principio es que fundamental para el Desarrollo del Derecho del Trabajo. En este tratado se reconoce lo siguiente. “El principio rector del derecho internacional del trabajo consiste en que el trabajo no debe ser considerado mercancía o artículo de comercio”. Este enunciado es fundamental para el Derecho del Trabajo, ya que por primera vez se reconoce al trabajo como un derecho social fundamental que es indispensable para la dignidad y la prosperidad humana. Adicionalmente en este cuerpo normativo se establece que debe existir un salario que asegure un nivel conveniente de vida, adopción de las medidas que faciliten el desarrollo personal, familiar y profesional del trabajador, supresión del trabajo infantil y trabajos forzoso y la igualdad salarial.

La Carta de las Naciones Unidas, es el segundo Tratado Internacional donde se desarrollan importantes principios del Derecho del Trabajo. La Carta del año de 1945 es un hecho histórico postguerra donde se reafirman la consideración de los derechos humanos y del trabajo. Posteriormente se presenta la Declaración Universal Sobre los Derechos del Humanos. En la Declaración se establecen importantes principios para el desarrollo del Derecho del Trabajo. En el artículo 24 de la Declaración se reconoce lo siguiente.

Artículo 24. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, condiciones equitativas y satisfactorias de su trabajo y a la protección contra el desempleo; toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como toda su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso de ser necesario por cualquier otro medio de protección social²⁵.

Este artículo de la declaración hace referencia a varios principios que se reconocen la Constitución y en la doctrina. Primeramente, se reconoce condiciones mínimas satisfactorias y equitativas. Las condiciones mínimas tienen que ver con el principio de intangibilidad, en el cual se garantiza unos parámetros mínimos de reconocimiento de los derechos que no pueden ser disminuidos. Además, se reconoce un remuneración equitativa y satisfactoria. La remuneración equitativa y satisfactoria tiene que ver con los principios de derechos progresivos. El principio de los derechos progresivos establece que debe existir

²⁵ Declaración Universal sobre los Derechos del Humanos. Naciones Unidas. 1948.

un mejoramiento progresivo de las condiciones del trabajador, además de un incremento permanente para garantizar su bien estar.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1968 también se reconocen ciertos principios fundamentales del Derecho del Trabajo. El artículo 7 del PIDESC establece lo siguiente;

Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho a toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativa y satisfactoria que el aseguren en especial.

a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores.

b) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a los trabajadores condiciones mínimas sin las cuales no se puede desempeñar el trabajo digno.²⁶

Por último, dentro de los principios constitutivo de la Organización Internacional del Trabajo, en la Tratado de Constitutivo de 1998 se establecen lo siguiente en reconocimiento a los principios fundamentales del Derecho del Trabajo. En el documento constitutivo de la organización se establece que los Estados están obligados a optar medidas que promuevan los derechos laborales, fomenten el crecimiento en el trabajo, fortalecer las condiciones para garantizar el trabajo digno, y aportar medidas tendientes a garantizar la aplicación adecuada de los derechos del trabajo. El tratado constitutivo de la Organización Internacional del Trabajo, reconoce inequívocamente los principios de intangibilidad de los derechos, en el sentido de que reconoce la existencia de parámetros mínimos que debe reconocer la legislación interna de cada país. Reconoce el principio de progresividad de los Derecho del Trabajo ya que establece que deben implementar normas que garanticen el mejoramiento de las condiciones de protección de los trabajadores. Por último, el documento hace referencia expresa a la intangibilidad de los derechos, principio reconocido unánimemente en la normativa internacional del Derecho del Trabajo²⁷.

²⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. "Protocolo San Salvador".

²⁷ Organización Internacional del Trabajo. Tratado Constitutivo Convenio de Protección de los derechos del Trabajo. 04 Junio 1998.

La doctrina y la normativa internacional deja en evidencia la existencia de ciertos principios fundamentales que son inherentes al Derecho del Trabajo. Estos principios son fundamentalmente el principio de progresividad, el principio de los derechos adquiridos y el principio de intangibilidad. Estos principios se aplican directamente a todos los aspectos del Derecho Laboral, en especial a la remuneración. La remuneración, es un derecho consagrado nacional e internacionalmente que está expresamente protegido por los principios que se expusieron anteriormente y que se detallan a continuación. Las utilidades de los trabajadores, en virtud de que son un complemento y forman parte de la remuneración deben ser protegidas por los mismos principios por lo que cualquier estipulación en contrario representa una alteración y una vulneración a los derechos consagrados.

Adicionalmente la Organización Internacional del Trabajo reconoce otro principio fundamental para el Derecho del Trabajo que es el de igual trabajo igual remuneración. Este principio también conocido como igualdad en la remuneración por un trabajo de igual valor incluye los siguientes aspectos. Los trabajos iguales o similares se remuneren por igual. Que los trabajos que no son iguales, pero tienen igual valor se deben remunerar por igual. La noción de igual valor se aplica cuando el trabajo se desempeña en condiciones diferentes, con personas con calificaciones diferentes, con niveles de esfuerzo diferente o lugares y empresas diferentes.²⁸ Al igual los instrumentos de los DESC la OIT en el principio de igual trabajo igual remuneración prohíbe la distinción o discriminación dentro de trabajadores de distintas industrias para establecer distintos niveles de remuneración o para asignar distintos rangos de remuneración de acuerdo a la industria a la calidad del trabajador.

En la normativa Internacional citada, se destacan tres principios fundamentales que son de suma importancia para el Derecho del Trabajo. Al igual que en el ordenamiento jurídico nacional, la legislación de la OIT y los tratados DESC establecen que los derechos de los trabajadores, son intangibles, son esencialmente progresivos e irrenunciables. Además, la normativa internacional antes citada también reconoce el principio de igual trabajo igual

²⁸ Organización Internacional del Trabajo. Guía Introductoria para la Igualdad Salarial.

remuneración. La reducción de las utilidades a los trabajadores de la industria petrolera representa una violación manifiesta a lo reconocido en este principio. El mismo dispone que cuando los trabajos no son iguales, pero tienen el mismo valor debe haber igual remuneración. El trabajo en la industria petrolera puede diferir de otras en condiciones de trabajo, en calificación de los trabajadores, en nivel de esfuerzos y en los lugares donde operan las empresas de este segmento económico. Pero las labores desempeñadas por los trabajadores de la industria deben ser valorados de igual forma que en otras actividades. Considerando que los derechos y obligaciones de los trabajadores contenidas en el Código de Trabajo son de obligatorio cumplimiento para el trabajador privado en general hacen que equiparan las circunstancias bajo las cuales los empleados deben realizar sus actividades.

Los trabajadores de la industria petrolera no laboran bajo condiciones y circunstancias especiales que pueda justificar una reducción a sus utilidades. Por otro lado, dentro de las industrias de explotación de materias primas similares a la hidrocarburíferas, no se realizan ninguna disminución ni limitación a los derechos de los trabajadores. Sería incorrecto afirmar que existen diferentes categorías de trabajadores dentro del sector privado, si ese fuere el caso debería existir un sistema que regule cada actividad individualmente. Las actividades que se desarrollan en las distintas industrias en la economía privada, varían de acuerdo a la naturaleza de la actividad y las funciones asignadas cada individuo. El hecho de que la industria petrolera genere grandes beneficios económicos para las compañías que realizan actividades relacionadas, y que los resultados de estos ingresos representen extraordinarios beneficios para los trabajadores no constituye una diferencia cierta en la calidad del trabajo realizado por los trabajadores.

1.4 LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, LOS DERECHOS PROGRESIVOS Y LOS DERECHOS INTANGIBLES EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

1.4.1. Los Derechos Progresivos.

El principio de progresividad se encuentra reconocido en nuestra Constitución en el artículo 11, numeral octavo, donde se establece lo siguiente.

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos²⁹.

El principio de progresividad, ampliamente tratado en materia de derechos humanos se refiere expresamente a la prohibición de regresividad de los mismos, es decir, se debe considerar que los derechos tienen un grado mínimo de satisfacción cuyo objetivo final es mejorar o ampliar su campo de protección y satisfacción. La progresividad de los derechos se la debe entender como un incremento y mejoramiento constante y permanente, donde la protección y reconocimiento legal alcanza nuevas esferas en el tiempo. El autor Cabanellas Torres en su Tratado sobre Derecho Laboral expone la siguiente noción sobre la progresividad de los derechos laborales.

La progresividad implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto y mediano plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes.³⁰

La importancia de este principio radica en la necesidad de una autoridad de regulación como el Estado, que debe adoptar medidas concretas enfocadas en el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores y en el aumento creciente de la esfera de protección del trabajador. La progresividad del Derecho Laboral, también tiene que ver con el sentido social y de desigualdad que se supone que existe en la relación entre al patrono y el empleado.

El Derecho Laboral siempre ha tenido como principal fuente de desarrollo las doctrinas sociales y la política anti capitalista, que tiene como objeto principal sobreponer los intereses del trabajador sobre los intereses de empleador. Por último, la noción de

²⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No 499 de 20 de octubre 2008

³⁰ Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación Iberoamericana*. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988

progresividad también tiene que ver con los conocidos logros laborales. Principio más bien político que jurídico, que implica un avance en los sistemas de protección de la clase trabajadora donde la situación debe siempre tener la tendencia a la mejora y no al deterioro. Un ejemplo de progresividad de los derechos del trabajador es la globalización de la seguridad social o el incremento permanente de los salarios mínimos de subsistencia, elementos que registran mayor cobertura en el caso del primero e incrementos constantes en el caso del segundo.

La principal fuente de progresividad es la Ley y la política pública, pero en el caso del Derecho Laboral sin duda la Ley es la responsable de establecer la reglamentación mínima a seguir, donde se determinan las pautas generales sobre derecho y obligaciones de la relación laboral. Por otro lado, pueden ser las relaciones contractuales las que establezcan condicionamientos de mejora progresiva en caso de que se cumplan supuestos económicos y laborales como, por ejemplo, el incremento en el beneficio económico de la empresa, o el rendimiento satisfactorio del trabajador en el desempeño de sus labores.

1.4.2. Los derechos adquiridos.

Los principales autores que tratan sobre el concepto de los derechos adquiridos, explican su condición en base a otro principio fundamental del Derecho, que es el principio de irretroactividad de la Ley. En otras palabras, los derechos adquiridos una vez que sean ejercidos en virtud de la vigencia de una Ley que otorgue la titularidad de los mismos, no pueden ser modificados por la existencia de una Ley posterior que modifique tal situación o reconocimiento. En estricto sentido, los derechos adquiridos deben ser considerados, como atribuciones obtenidas en el tiempo que no pueden ser excluidas en caso de que las situaciones se alteren. El autor Julio Cesar Trujillo con lo que respecta a los derechos adquiridos considera lo siguiente;

El efecto retroactivo es la aplicación al pasado, el efecto inmediato es la aplicación al presente. Si la ley pretende aplicar a hechos consumados es retroactiva, si pretende aplicar a situaciones en curso, es necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no pueden ser afectadas sin que haya retroactividad, y las partes posteriores, para las que la ley nueva, si debe aplicarse, no

tienen sino un efecto inmediato, en fin, a hechos futuros es claro que la ley nunca puede ser retroactiva³¹

Para el autor Alonso García, los derechos adquiridos son entendidos como condiciones jurídicas de carácter irrevocable que se encuentran ya en el patrimonio de un sujeto. En particular, en materia laboral, las dos principales fuentes de adquisición de derechos por parte de un individuo son la Ley y el contrato sin perjuicio de otras posibles fuentes como la negociación colectiva, o resoluciones judiciales y administrativas. Pero volviendo al punto esencial, la adquisición de derechos en un sistema positivo se reduce a elementos de carácter formal que se alejan de posibles abstracciones. Es por este motivo, que los derechos adquiridos, se pueden evidenciar de maneras más claras, distanciándose de las posibles meras expectativas, que se pueden traducir en simples aspiraciones infundadas que no generan ningún tipo de derecho u obligación. Adicionalmente el autor Alonso García establece lo siguiente con relación a los derechos adquiridos.

De tal modo que para conformar los derechos adquiridos son necesarios ciertos elementos, como lo son: el que exista una ley, pero sobre todo un hecho, que transforme un acto, la facultad que otorga la ley; hecho que debe haber ocurrido bajo el amparo de la ley anterior, y conforme con los límites y derechos que ella otorgue; pudiendo producir consecuencias jurídicas que ofrezcan una utilidad particular para un determinado sujeto, porque éstas ya habían entrado dentro de su patrimonio.³²

El texto que precede, sirve como fuente para explicar esta argumentación sobre la teoría de los derechos progresivos, y su calidad de patrimonio inalienable e irrenunciable del adquirente. Es necesario analizar al Derecho del Trabajo como un conjunto de normas y principios interdependientes, donde es necesario que se satisfaga y garantice ejercicio simultáneamente para que se considere que los derechos son plenamente protegidos y ejercibles.

³¹ Cfr. Julio Cesar Trujillo. *Derecho del Trabajo*. 2da Edición. Quito: EDIPUCE, 1986, pp12-32.

³² Alonso García Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*, 9na edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2009

El principio de los derechos adquiridos es el argumento mediante el cual los trabajadores adquieren e incrementan su patrimonio de derechos. Los derechos adquiridos representan un eje fundamental del Derecho del Trabajo, ya que a través de este principio, a los trabajadores se les incrementa el marco de protección, y pueden ser beneficiarios de más derechos con mayores alcances. El principio de los derechos adquiridos es de suma importancia para esta tesis ya que es uno de los argumentos principales para justificar la ilegalidad de modificación del régimen de utilidades introducida por la Ley de Hidrocarburos. La reducción del 15% al 3% del monto de repartición de las utilidades, representa un retroceso en la normativa y los derechos laborales. Los Derechos del Trabajo deben incrementarse y mejorar paulatinamente para así garantizar el beneficio de sus titulares y permitir que estos obtengan mayores beneficios y unas mayores protecciones de las normas y de los principios que regulan las relaciones laborales.

1.4.3 Los derechos intangibles.

La intangibilidad de los derechos tiene que ver con la susceptibilidad de alteración o modificación en virtud de cambios externos. En principio, las teorías del Derecho Laboral, universalmente reconocen el principio de intangibilidad de los derechos laborales. El concepto se refiere a que los derechos laborales no pueden ser alterados ni modificados, por lo que no puede existir ningún deterioro de los mismos. La situación de los derechos laborales sólo puede ser modificada en el caso de que estos puedan incrementar su ámbito de protección o mejorar sus condiciones de ejercicio. La autora Aida García Berni, conceptualiza de esta forma a la naturaleza intangible de los derechos laborales:

El principio que garantiza la intangibilidad de los derechos laborales, nace en virtud de la necesidad de proteger las conquistas que los trabajadores han logrado a través de los tiempos. Esas conquistas han repercutido muchas veces en reformas legales.³³

³³ Cfr. García Máynez Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 29 edición. Tomo v. México: Editorial Porrúa, 2005.

Las teorías sobre los derechos intangibles relacionan mucho este concepto al principio de los derechos adquiridos, en el sentido que los derechos que se encuentran en el acervo patrimonial de un individuo no pueden ser alterados ni modificados. Este solo se puede modificar en medida que las condiciones mejoren o el ámbito de protección se incremente.

La Corte Constitucional ecuatoriana se ha pronunciado de la siguiente manera con respecto de los derechos intangibles y los derechos adquiridos de los trabajadores resolviendo los siguiente:

Uno de los principios constitucionales que amparan a los trabajadores, es la irrenunciabilidad e intangibilidad de sus derechos y cualquier estipulación que lo contraríe resulta nula. Este derecho fundamental del trabajador se cristaliza en virtud de que es obligación del empleador cumplir con la Ley y en este sentido, cumplir con el pago de utilidades en las fechas determinadas y dada la terminación laboral pagar al trabajador su derecho adquirido por el tiempo del vínculo contractual; es decir, no debe esperar que se plantee una acción laboral para cumplir con dichas obligaciones³⁴.

En esta reflexión realizada por la Corte Constitucional en su fallo, se pueden destacar tres asuntos fundamentales, el primero, la naturaleza de los derechos del trabajador y el reconocimiento constitucional de los principios de intangibilidad y de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo. El segundo asunto destacable de este fallo es el pronunciamiento sobre la existencia de derechos fundamentales del trabajador que no deben ser vulnerados. El tercero, es la relación legal y contractual que existe dentro la relación laboral.

Los derechos adquiridos, intangibles y progresivos son pilares fundamentales del Derecho del Trabajo. Su aplicación debe ser directa a todos los estatutos del Código Laboral, en particular debe proteger los derechos de los individuos que forman parte de la relación laboral. Los derechos adquiridos, intangibles y progresivos son de aplicación directa y se deben considerar en todos los ámbitos que regulan el Derecho del Trabajo. En resumen, estos principios establecen que los derechos de los trabajadores deben incrementarse a partir de la adquisición de los mismos, no pueden modificarse ni alterarse, y deben evolucionar y ampliarse progresivamente. En virtud de los argumentos presentados en este apartado, y en razón de la tesis propuesta, se puede afirmar que los dispuesto en el

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia No. 024-15-SIN-CC Caso No. 0036-11-IN, 01 de julio de 2015.

artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos constituye una clara contradicción los principios y derechos del trabajo tratados en este trabajo.

El artículo 94 del La Ley de Hidrocarburos establece lo siguiente;

Artículo 94.- Participación Laboral. - En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que lo destinarán a proyectos de inversión social y de desarrollo territorial en las áreas en donde se lleven a cabo actividades hidrocarburíferas. Dichos proyectos deberán ser armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo.³⁵

Este artículo representa una contradicción directa a los derechos adquiridos que modifica el porcentaje de las utilidades que deben recibir los trabajadores de las empresas vinculadas a las actividades petroleras. En esta investigación se realiza una breve reseña histórica sobre el porcentaje de las utilidades de los trabajadores en la Constitucionales políticas. A partir del año 45, el porcentaje que recibían los trabajadores se iba incrementando en las nuevas Constituciones hasta llegar al 15% actual. Con el transcurso del tiempo y las transformaciones de la norma, a los trabajadores se les fue incrementado el porcentaje participación en las utilidades por lo que se convirtió en condiciones jurídicas irrevocables que forman parte del patrimonio de cada trabajador.

Por otro lado, la disposición de este artículo, representa una alteración y modificación de los derechos de los trabajadores, por lo que constituye una vulneración al principio de intangibilidad. Una reducción de esta naturaleza representa un claro perjuicio para el trabajador y su situación actual. La intangibilidad de los derechos significa que estos no pueden ser alterados ni modificados, especialmente cuando el cambio represente un perjuicio para el trabajador. Esta modificación que se introduce en la Ley de Hidrocarburos significa una disminución en los potenciales ingresos de los trabajadores por lo que involucre un detrimento de sus condiciones. Además de afectar el objeto de la misma remuneración que es la subsistencia digna del ser humano. Por último, insistiendo en el desarrollo histórico de las utilidades en las condiciones del Ecuador, se puede concluir que

³⁵ Ley de Hidrocarburos. Artículo 95. Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978

este desarrollo fue de carácter progresivo, por lo cual, con el apareamiento de cada una de las nuevas Constituciones se podía verificar el mejoramiento, y el incremento progresivo no solo en el porcentaje, sino en el ámbito de protección y en la importancia de las utilidades para los trabajadores. Esta reducción introducida en el artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos citado en los párrafos anteriores representa un retroceso, una violación de principios y un empeoramiento de los ámbitos de protección y reconocimiento de los derechos de los trabajadores.

CAPITULO II: LA REMUNERACIÓN

En el campo jurídico, el salario es un elemento de la relación contractual que representa una obligación que nace del negocio jurídico, que es el contrato de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de que exista una relación laboral dependiente sin que anteceda un contrato, por ejemplo, cuando se cumplen los requisitos para la dependencia. Para la doctrina, el salario es un elemento indispensable de la relación laboral. “Es un requisito ineludible el de que todo trabajo dependiente debe ser remunerado”³⁶. Esta noción es muy similar a la que recoge el artículo octavo del Código de Trabajo donde se define al contrato individual de trabajo. En dicho artículo se reconocen los elementos de dependencia y de remuneración como parte fundamental de la relación contractual laboral. Es necesario precisar, que en la parte inicial de este capítulo se analiza únicamente los conceptos de salario y remuneración que presenta la doctrina y otros ordenamientos jurídicos. Estos son distintos a los que se recogen en el Código Laboral y la ley ecuatoriana. Dentro del material analizado, se puede detectar que muchas legislaciones como la Argentina o panameña, y autores como Cabanellas conciben al salario como un término genérico, y a la remuneración como un concepto específico y limitado. A diferencia de lo que establece el Código de Trabajo.

El autor Guillermo Cabanellas considera que las partes del contrato de trabajo tiene el objetivo de obtener beneficios a partir del mismo. “Las partes en el contrato de trabajo tratan de obtener beneficios materiales; el lucro en su acepción neutra de provecho, sin

³⁶ Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación Iberoamericana*. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988.

explotación abusiva integra esencia de este contrato”³⁷. En un negocio jurídico bilateral, donde las partes se encuentran inexorablemente obligadas a cumplir lo pactado, siempre debe existir una relación sinalagmática, donde las prestaciones realizadas por una parte equivalen a las realizadas por las otra. Esta noción de equivalencia, es fundamental en la relación contractual, ya que se debe producir una situación de correspondencia entre las partes para que la relación se mire como legítima. El mismo autor también considera lo siguiente;

El hecho de que el trabajo sea remunerado significa también que debe existir una cierta equivalencia entre ambas prestaciones; y junto a la naturaleza onerosa debe darse también otra conmutativa, en cuanto a la proporcionalidad de las prestaciones recíprocas por las partes. ³⁸

En principio, se concibe que el salario es el resultado de las obligaciones que nacen del contrato y de la ley que deben ser cumplidos en virtud de lo estipulado por las partes o por el derecho positivo. El salario en razón de su carácter retributivo siempre debe mantener una prestación que le antecede para que un individuo tenga el derecho a recibirlo. Aunque el concepto de remuneración para el Derecho Laboral se aplica en términos generales a la relación laboral, en términos económicos, la persona que recibe la remuneración es un individuo que forma parte de la población económicamente activa que recibe retribuciones por sus labores.

Para entender la naturaleza jurídica del salario es necesario analizar los distintos conceptos que existen sobre el mismo. En la ley argentina, el salario está definido de la siguiente manera:

El salario es la totalidad de las remuneraciones que el trabajador percibe por su trabajo, la que está integrada tanto en el servicio, dinero, especies, alimentos, uso de habitación, sea en forma de sueldo, honorarios, comisiones, participaciones, habilitaciones, viáticos, gratificaciones, propinas, aguinaldos o cualquier otra forma de retribución que se le abone ³⁹

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ Bernardelli, H. *El salario*. 1ra edición. Buenos Aires: editorial UBA, 1946.

El mismo cuerpo legal, dentro de la noción del contrato de trabajo enuncia que “se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo”.

El Código de Trabajo de Panamá establece que;⁴⁰

El salario es la retribución que el empleador debe pagar al trabajador con motivo de la relación de trabajo, y como comprende no solo lo pagado en dinero y especie, sino también las gratificaciones, percepciones, bonificaciones, primas, comisiones, participación en utilidades y todo ingreso o beneficio que el trabajador reciba por razón del trabajo o como consecuencia de éste.

En este artículo, el Código panameño presenta un significado más amplio de salario, que abarca varios elementos como gratificaciones, bonificaciones y primas. La definición del código de Panamá, a diferencia de las definiciones antes citadas, hace una ampliación al salario.

La doctrina de manera uniforme, considera que el salario es la categoría general en la que se debe incluir el concepto de remuneraciones y sueldos y otros preceptos. El salario es un término amplio que se debe entender como la retribución que recibe el trabajador a partir del cumplimiento de sus obligaciones que nacieron de la relación laboral.

Estas retribuciones pueden tener sus clasificaciones y pueden ser consideradas a partir de su características y naturaleza, pero sin duda pertenecen a la categoría económica jurídica del salario. Es necesario aclarar, una vez más, que la ley ecuatoriana realiza ciertas distinciones entre el salario, el sueldo y la remuneración. Así, sin perjuicio de lo establecido, el Código del Trabajo, recoge sus propios conceptos sobre el sueldo, el salario y las formas de remuneración que serán explicados posteriormente en este trabajo. El Código del Trabajo del Ecuador, mantiene ciertas consideraciones que son similares a los conceptos doctrinarios que se presentaron en este capítulo.

⁴⁰ Código del Trabajo Republica del Panamá. Año 1971, incluye modificaciones del año 1995.

Ahora bien, una vez presentado varios conceptos del salario, es necesario hacer un análisis sobre la naturaleza jurídica del mismo. El salario en términos generales se lo puede definir como la contraprestación del trabajo. El autor Riva Sanseverino establece que “Trabajo y salario están unidos por una relación especial de interdependencia, cual corresponde a los contratos onerosos”⁴¹. Los autores sostienen que, para determinar la naturaleza jurídica del salario, primero se debe puntualizar las características del contrato de trabajo. El contrato de trabajo es de tipo oneroso, conmutativo, y sinalagmático. El artículo 1457 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 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.⁴²

En este artículo del Código Civil, se conceptualiza las tres principales características del contrato laboral. Primero, la onerosidad, que quiere decir que las partes están obligadas a realizar una prestación o pagar un precio en virtud de lo acordado en el contrato. Segundo, conmutativo, es decir que las prestaciones realizadas por las partes se miran como si benefician a las partes en la misma medida. Por último, al igual que la doctrina, el Código sostiene que el sinalagma es un concepto bastante similar al de conmutativo ya que, los negocios sinalagmáticos o conmutativos se definen como aquellos en los cuales las prestaciones a realizar por las partes se miran como iguales. Estas características propias de los negocios jurídicos en general son perfectamente aplicables al contrato de trabajo. Para el autor Pérez Botija, la naturaleza del salario debe ser entendida de la siguiente forma.

En cuanto a la naturaleza jurídica del salario, hay que resaltar su carácter remuneratorio. No es asignación universal, sino antes bien retribución de una obra o un servicio; la propia definición legal anota dicho carácter al decir que es retribución directa e inmediata.⁴³

⁴¹ Cfr. Pérez Pablo y Muntadas Rovira. *Sobre la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa*. 2da edición. Tomo I. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 1950.

⁴² Código de Trabajo. Artículo 1457. Registro Oficial 167. 16 de diciembre de 2005.

⁴³ El autor Pérez Botija cita al tratadista Ramírez Granda de la siguiente forma. “En este sentido hemos sostenido que la naturaleza del mismo es la de una contraprestación con el carácter de

La naturaleza directa e inmediata de la remuneración es bastante importante, ya que para que un trabajador reciba la remuneración no debe existir ninguna condición adicional. Que se ejecuten las disposiciones que se establecen en el contrato, o que se cumplan los supuestos establecidos en la ley en caso de que fuere el caso, es argumento suficiente para que el titular del derecho pueda exigir la remuneración que le corresponde. Por último, el autor Lasso de la Universidad Nacional de Litoral de Argentina ha desarrollado el siguiente concepto en lo que respecta a la naturaleza jurídica del salario.

La naturaleza jurídica del salario es de carácter alimentario. El salario no es únicamente la contraprestación equivalente a un contrato, de uno de los tanto do ut des, a quien arriban dos partes cualesquiera como convenio de la multiforme vida de la relación. El salario no es eso, los salarios especialmente cuando los servicios observen toda la actividad del trabajador, tienen un carácter alimentario indiscutible.⁴⁴

La parte inicial de esta idea representa la ideología y la influencia social que sustenta el Derecho de Trabajo. Sin duda, el carácter primordial del salario es el de la subsistencia y de la necesidad imperativa que tienen las personas de recibirlo. El salario no solo puede ser considerado un simple derecho que se adquiere a partir de la celebración de un contrato, sino debe ser entendido como un derecho primario de todos los individuos que es necesario para la supervivencia y el bienestar. El salario, como el resto de las instituciones del Derecho del Trabajo, debe estar protegido y regulado por la ley y los principios del derecho. No se puede inobservar la importancia del salario y la remuneración para los individuos, que por lo general, representa la única fuente de ingresos, y por todos estos argumentos, es que el salario debe estar protegido por todo momento por la Constitución y las leyes. En especial por los principios de intangibilidad, progresividad y adquisición, principios estructurales del Derecho del Trabajo. La remuneración estar protegida y regulada de acuerdo a los principios generales del Derecho del Trabajo. Lo primordial es

oneroso y conmutativo de las contraprestaciones. Que siempre tiene el carácter de indivisible, esto es, de que un jornal no puede ser dividido en horas y un sueldo, la retribución de un mes no puede ser fraccionado en quincenas, semanas, o días

⁴⁴ Lasso Francisco. *El salario. Concepto legal y sus complementos*. Tesis de Grado. Universidad Nacional del Litoral de Argentina. Argentina, 2011.

entender cuál es el alcance, cuáles son los elementos y que involucra la remuneración para poder determinar qué es lo que debe proteger la norma

2.1. CONCEPTO DE REMUNERACIÓN

La remuneración es la retribución que debe recibir el empleado como contraprestación al trabajo o las obras realizadas a nombre del empleador. La remuneración es un elemento esencial de la relación de trabajo, además de ser una de las obligaciones principales que nace de la relación laboral y del contrato. En la doctrina universal, el estudio de la remuneración siempre ha tenido un componente esencialmente social que puede variar en virtud de las distintas tendencias y conceptos que forman parte del estudio del Derecho Laboral. El autor José Armijos considera lo siguiente;

Constituye un sistema de carácter económico, y está extendido de tal manera, que la producción en todos los países del mundo puede lograrse tomando como índice laboral el de la retribución por el salario, régimen que se sigue en tanto en los países capitalistas como en los socialistas, en los de economía liberal y en lo de economía dirigida.⁴⁵

El concepto del salario en la actualidad, no solo tiene un justificativo legal, que legitima su existencia y su obligatoriedad. El salario, es considerado como un elemento esencial que contribuye a la realización de la dignidad del ser humano. La remuneración representa la retribución que se le otorga a un individuo por el desarrollo de una actividad a nombre y cuenta del empleador. Además, el trabajo al ser un principio esencial para el desarrollo y la consideración del ser humano, este, debe estar acompañado de un elemento que sirva para garantizar el bienestar y el progreso del individuo dentro de su comunidad.

En términos generales, las leyes laborales han sido elementos de protección y reconocimiento de la vulnerabilidad y necesidades de los trabajadores. Los sistemas enfocados en la protección social, reconocen a las retribuciones como un elemento de subsistencia que tiene como fin primordial, la satisfacción de las necesidades del trabajador. Estas teorías sobre la remuneración recogidas ampliamente por nuestro sistema, responden a tendencias filosóficas ético-social, en las cuales se asume la relación de inferioridad que

⁴⁵ Armijo Gallardo José. *Precios, salarios, nivel de vida mínimo*. Ed. Madrid: Editorial Reus, 1953.

existe entre el empleador y el trabajador. “La idea del trabajo como deber y como función social, como instrumento del hombre para satisfacción de sus necesidades y medio para cooperar con el bien común son notas profundamente sociales y cristianas”.⁴⁶

El salario, significa el principal medio de obtención de recursos para la satisfacción de necesidades. El autor y filósofo de derecho Rudolf von Ihering sostenía lo siguiente. “Son los motores sociales inferiores o egoístas: el salario y la coacción. Sin ellos no se podría concebir la vida en sociedad; sin salario no hay relaciones posibles; sin coacción no hay Derecho, no hay Estado”⁴⁷. El autor, a partir de esta frase, reconoce la importancia que tiene el salario para los individuos en la sociedad. Ya que este no solo representa un medio esencial para la manutención y la subsistencia del ser humano.

El mismo autor Ihering sostiene que “el comercio jurídico es la organización de todas las necesidades humanas, aseguradas por medio del salario”⁴⁸. El comercio jurídico es la relación económico-jurídico, en la cual los agentes del mercado transfieren bienes y servicios. Este concepto desarrollado por Ihering, es una sistematización de la importancia de la remuneración en el orden social y el desarrollo del individuo. La importancia de la remuneración influye en las esferas de la condición personal de los individuos. Las cuestiones capitales a las que hace refiere el autor, como la paz social, la de las huelgas y la del precio de las cosas, representan el poder liberatorio que tiene el dinero, en especial de los más necesitados como los trabajadores. La remuneración, en virtud de los argumentos expresados anteriormente, representa uno de los principales elementos de subsistencia de los individuos y los grupos sociales.⁴⁹

Los salarios plantean uno de los problemas más complicados de la Economía y de la Política Social, y su importancia obedece a) al considerable número de persona a quienes interesa; b) a la condición económica de esas personas, para las cuales el salario es la cuestión vital; c) a las relaciones del problema del salario con otras cuestiones capitales: la

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Cfr. Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación Iberoamericana*. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988.

⁴⁸ *Ibid*.

⁴⁹ Cfr. Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación Iberoamericana*. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988.

de la paz social, la de las huelgas, la de la población, la del precio de las cosas, entre otras; d) a la significación que tiene el salario en todas las perspectivas de transformación social, pues las reivindicaciones sociales pueden reducirse en una sola: eliminación de los asalariados; e) a las mismas dificultades que implica la solución del problema del salario.

⁵⁰

El salario, como lo dice el autor Cabanellas Torres, no solo interesa al Derecho y a las partes de la relación laboral. La importancia de la remuneración, y su significado para la sociedad es amplia y abarca varias esferas de la economía, del bienestar y de la equidad social. La importancia de estos conceptos radica en entender y analizar cuál es el significado de la remuneración para el derecho y para la sociedad. La remuneración no solo representa la retribución que recibe el trabajador por los servicios prestados. También representa el principal medio de subsistencia para alcanzar el bienestar y la dignidad del trabajador y todos los individuos. Todos los elementos que componen a la remuneración son de vital importancia para la estabilidad económica del trabajador. Adicionalmente la remuneración es un medio importante para alcanzar los fines que busca el Derecho del Trabajo que es proteger al trabajador, y regular las relaciones laborales del tal forma que sean justas y equitativas entre trabajador y empleador. A continuación, se van a analizar las formas de remuneración en el Derecho Ecuatoriano. Es importante hacer este análisis ya que es indispensable entender cuál es la verdadera naturaleza jurídica del régimen de las utilidades, cuales es su alcance, y cuáles son los efectos de la modificación introducida 94 de la ley de Hidrocarburos.

2.2. FORMAS DE REMUNERACIÓN.

Existen distintas formas de remuneración que se han incluido ordenamientos jurídicos. La doctrina ha clasificado a estas modalidades de salarios en dos grupos principales. El primero; los salarios complementarios y sustitutos técnicos del mismo, como son las indemnizaciones, gratificaciones y comisiones. El segundo grupo se denomina métodos especiales de remuneración que son las participaciones en los beneficios y el accionariado

⁵⁰ La tendencia a obtener mejores beneficios resulta propia de los individuos y de así colectividades; y el problema tiene a resolverse evolutivamente en tanto la diferencia entre aquello que se necesita y lo que se obtiene no es demasiado sensible. Cuando el abismo se hace grande, surgen conflictos sociales, cuya solución se busca entonces por medio de la violencia.

obrero que son el resultado del desarrollo nuevas políticas económico sociales que actualmente forman parte del sistema del salario.⁵¹ Dentro de los medios especiales de remuneración se consideran dos que son de extrema importancia para este trabajo. El primero se refiere al trabajador como beneficiario de los éxitos económicos de la empresa. Es decir, el trabajador que participa de las utilidades resultantes del ejercicio económico de la empresa. El segundo se refiere al empleado como titular del capital de la empresa.

El concepto de participación en utilidades es considerado como una forma de retribución que complementa al salario o a la remuneración. Este complemento está directamente relacionado con el andar de la actividad económica de empresa. La categorización o la consideración bajo la cual se analiza el estatuto jurídico de las participaciones en utilidades tiene que ver con la naturaleza de la retribución y los requisitos que se deben cumplir para la exigencia de las mismas. Los derechos y obligaciones laborales tienen dos fuentes primordiales que son la ley y el contrato. A partir de estas dos fuentes, nacen todas las vicisitudes que se presentan en la relación laboral como los salarios y las retribuciones que el empleador está obligado a cumplir.

“La disposición del trabajador para realizar esa prestación efectiva, el someterse a la dependencia del empresario y el poner su capacidad de trabajo a las órdenes de la empresa es lo que debe abonarse a la retribución que conocemos como salario.”⁵². Tomando en cuenta los conceptos antes expuestos es posible concluir que la remuneración no es un elemento constitutivo del salario pero si forma parte de la remuneración. Dependiendo de la defunción de remuneración o salario que se utilice esta afirmación puede variar. Las utilidades es una forma de retribución que depende de los resultados económicos. Es una forma adicional de retribuir al trabajador que debe entenderse como un recurso que forma

⁵¹ El movimiento católico- social considera las participaciones como la posibilidad de lograr gestión combinada del capital y del trabajo, haciendo participar al obrero en la propiedad de la empresa a la que pertenece. Se señala como una tendencia de transformar el vínculo de subordinación, de dependencia, y al margen de negocio que existe entre el empresario y el trabajador, en relaciones de naturaleza comercial y de solidaridad de intereses.

⁵² Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación Iberoamericana*. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988.

parte de la remuneración. A continuación, en el siguiente capítulo se analizará el sueldo, el salario y la remuneración en el Código del Trabajo ecuatoriano.

2.3. EL SUELDO, SALARIO Y REMUNERACIONES EN EL DERECHO ECUATORIANO

En el Ecuador, el Código de Trabajo hace una distinción entre sueldo, salario y remuneración. el artículo 80 del Código de Trabajo establece lo siguiente; Salario es el estipendio que paga el empleador al obrero en virtud del contrato de trabajo; y sueldo, la remuneración que pro igual concepto corresponde al empleado”⁵³. En este artículo, el Código establece claras diferencias entre salario y sueldo. La principal, es que el salario es percibido por los obreros, y el sueldo es recibido por el empleado. Esta diferencia que introduce la norma, es la única que existente en nuestro ordenamiento que hace una distinción entre el sueldo y el salario y los sujetos que lo perciben. A partir de este artículo es posible determinar cuáles son los conceptos que se incluyen en el Código de Trabajo.

El segundo inciso del artículo 80 del Código de Trabajo establece lo siguiente; “El salario se paga por jornadas de labor y en tal caso se llama jornal; por unidades de obra o por tareas. El sueldo, por meses, sin suprimir los días no laborables.” La parte final del artículo hace otra distinción entre salario y sueldo. En este caso la norma establece que el sueldo se recibe de forma mensual y el salario se recibe por unidades o por tareas.

Por otro lado, el artículo 95 del Código de Trabajo establece lo siguiente:

Art. 95.- Sueldo o salario y retribución accesorio.- Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio.⁵⁴

⁵³ Código de Trabajo. Artículo 95. Registro Oficial 167. 16 de diciembre de 2005.

⁵⁴ Código de Trabajo. Artículo 95. Registro Oficial 167. 16 de diciembre de 2005.

La remuneración, para el Derecho Laboral ecuatoriano, se entiende como todo ingreso que reciba el trabajador en concepto de retribución por la prestación realizada. En virtud de lo dispuesto en el artículo 95 del Código, se puede determinar, que, para la Ley ecuatoriana, la remuneración es un término general el cual abarca los conceptos de salario y sueldo respetando las diferencias antes señaladas. A su vez el Código cuando trata de la remuneración, se refiere como la retribución que recibe el trabajador en general. El Código del Trabajo en su artículo 13 establece las formas de remuneración. Las tres formas de remuneración que reconoce este artículo son la de contratos a sueldo y a jornal, los contratos de participación y los contratos mixtos. Los contratos a sueldo son aquellos que remuneración se paga tomando como base una unidad de tiempo. Los contratos de participación son aquellos en los que el trabajador tiene parte de las utilidades de los negocios del empleador como remuneración de su trabajo. Por último, el contrato mixto cuando además de la sueldo que recibe el empleado este participa en las utilidades de los negocios del empleador. A continuación, se encuentra el texto del artículo 13 del Código del Trabajo donde se incluye las formas de remuneración reconocidas en el ordenamiento jurídico.

Artículo 13. Formas de remuneración. En los contratos a sueldo y a jornal la remuneración se pacta tomando como base, cierta unidad de tiempo.

Contrato en participación es aquel en el que el trabajador tiene parte en las utilidades de los negocios del empleador, como remuneración de su trabajo.

La remuneración es mixta cuando, además del sueldo o salario fijo, el trabajador participa en el producto del negocio del empleador, en concepto de retribución por su trabajo.⁵⁵

Al concluir que las utilidades forman parte de la remuneración es importante conocer cuáles son las formas de remuneración que reconoce el Código del Trabajo. Estas modalidades, son determinantes a la hora de considerar como se y mediante y que mecanismo se retribuye al trabajador por las actividades realizadas. La remuneración está protegida por todos los principios y derechos enunciados y descritos en los capítulos

⁵⁵ Código de Trabajo. Artículo 13. Registro Oficial 167. 16 de diciembre de 2005

iniciales de este trabajo. La remuneración en el Ecuador en virtud de lo dispuesto en el artículo 95 del Código del Trabajo constituye toda forma de retribución que se le hace al trabajador por los servicios prestados. La participación en las utilidades de los trabajadores forma parte de la remuneración total que reciben y se distribuye mediante los mecanismos reconocidos en la ley que son esenciales para determinar cuál es la forma de retribuir, que constituye la remuneración, para así poder establecer que es lo que debe considerarse proteger y resguardar con los principios y las normas del Derecho del Trabajo.

3. CAPÍTULO III: UTILIDADES

Para entrar al estudio del régimen de las utilidades, es necesario repasar cuál es su naturaleza jurídica, y cuál es su forma de repartición a los trabajadores. La importancia de esta clasificación en esta investigación radica en entender cuál es la fuente que justifica la repartición de las utilidades en el Ecuador, cuál es su naturaleza jurídica y de qué forma se las distribuye. Haciendo una breve introducción, sobre las utilidades de los trabajadores, en referencia al material utilizado para esta investigación se puede determinar que en el Ecuador las utilidades son de percepción inmediata ya que el patrono las debe distribuir en la parte del año que determina la ley. En el caso ecuatoriano esto es hasta el 31 de marzo tal como lo establece el artículo 105 del Código del Trabajo. Adicionalmente la naturaleza de las utilidades en el Ecuador es obligatorio legal. La obligación de repartir y el derecho a recibirlas nace del mandato de la ley. El autor Cabanellas Torres clasifica a las utilidades del siguiente modo;⁵⁶

Formas de Distribución;

- Con percepción inmediata; el patrono distribuye a sus trabajadores cada año la parte que les corresponde.
- Con percepción diferida; permite al trabajador capitalizar sus utilidades.
- Con percepción mixta; una parte de los beneficios el trabajador los recibe inmediatamente, y otra parte se capitaliza en forma de ahorro,
- En comandita; los beneficios obtenidos se convierten en acciones dentro de la entidad, para construir, en esa forma, una sociedad comanditaria.

⁵⁶ Ibid.

La naturaleza jurídica de las utilidades se clasifica de la siguiente forma.⁵⁷

- Extracontractual o voluntaria
- Contractual o convencional
- Obligatoria legal.

Las utilidades de los trabajadores, representan un elemento singular de tratamiento diferenciado tanto en la doctrina laboral como en la legislación. Tal como se expresó anteriormente, las utilidades son parte de la remuneración, pero no son parte del salario. Haciendo referencia los conceptos analizados en el capítulo anterior, las utilidades componen la remuneración. Pero no son un elemento constitutivo del salario. Así como se los puede considerar como un elemento que forma parte de la remuneración ya que es una retribución que nace de un mandato legal que complementa a la remuneración de los trabajadores en el Ecuador. A estas se las debe considerar como parte del elemento contractual, es decir como el resultado de las obligaciones generadas en virtud del acuerdo de voluntades manifestadas a través del contrato de trabajo.

Sin embargo, por su naturaleza, las utilidades no pueden ser consideradas de la misma forma que el sueldo, ya que estas dependen de supuestos económicos y actividades empresariales, es decir las utilidades son el reflejo de la actividad empresarial y los resultados económicos. En principio las utilidades son reconocidas y protegidas por el Derecho Laboral pero la norma no garantiza que los trabajadores de la empresa reciban utilidades al final de cada ejercicio. Las utilidades, por su naturaleza, son el reflejo de la actividad empresarial y los resultados económicos de las compañías.

En la legislación nacional, las utilidades de los trabajadores nacen por el mandato de la ley. El porcentaje que corresponde a los trabajadores está definido por el Código del Trabajo, que no puede ser modificado por el contrato o por las voluntades de las partes.

⁵⁷ Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación*

Iberoamericana. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988.

Indiferentemente del tratamiento que se otorgue al concepto de las utilidades, estas al ser parte de la relación laboral en esencia, deben siempre estar protegidas por todos los derechos y principios del Derecho del Trabajo.

Para hacer un análisis más extensivo del concepto y sus efectos, es necesario analizar ciertos preceptos doctrinarios que hacen referencia a las utilidades de los trabajadores dentro del Derecho Laboral. Los autores Pablo Pérez y Rovira Muntadas presentan la siguiente noción sobre las utilidades de los trabajadores.

La distribución de utilidades entre los trabajadores presenta, desde un principio, el carácter de voluntaria, con el propósito de asociar a los trabajadores a la marcha de la empresa. Ello implica una intervención casi inevitable de los trabajadores en la gestión empresarial, única manera de saber si el sistema se aplica con lealtad o si la liberalidad aparente experimenta escamoteos contables.⁵⁸

La voluntariedad a la que se refiere el autor en este caso tiene que ver con el involucramiento del plantel de los trabajadores en la gestión contable administrativa de la empresa con la intención de evitar cualquier escenario siniestro que pueda afectar en el porcentaje y el valor real recibido por los trabajadores producto de ejercicios económicos internos de la compañía.

La noción de que la repartición de las utilidades a los trabajadores es voluntaria, es contraria a lo establecido en nuestra legislación ya que, en el país, el derecho a recibir utilidades nace del mandato legal, no de la decisión del empresario o del acuerdo entre las partes. Por otro lado, es inexacto considerar que las utilidades involucran una asociación entre el trabajador y la empresa distinta a la de la laboral. Con esto quiero decir que, el trabajador se encuentra íntimamente relacionado con el funcionamiento y la marcha de la empresa a partir del vínculo que se genera con el contrato de trabajo. El trabajador, aunque no tenga funciones con importantes responsabilidades, al realizar las prestaciones a las cuales se obligó, ya es parte del funcionamiento de la organización.

⁵⁸ Pérez Pablo y Muntadas Rovira. *Sobre la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa*. 2da edición. Tomo I. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 1950.

El hecho de recibir remuneraciones adicionales a las pactadas producto del ejercicio económico de la empresa se encuentra directamente vinculado con los resultados económicos de la misma. A las utilidades no se les puede otorgar el mismo tratamiento que al sueldo. El sueldo es una retribución de carácter mensual, que está pactada directamente en el contrato. El trabajador recibe la misma cantidad de sueldo cada mes indistintamente de la situación de la empresa. Las utilidades son producto de los beneficios netos obtenidos de por la empresa en un ejercicio económico. El monto a recibir por utilidades es variable ya que depende directamente de los resultados

Cuando se trata de utilidades es posible que se presenten casos en los cuales los trabajadores no reciban ningún valor por concepto de las mismas. Además, existen supuestos en los que, utilizando técnicas contables financieras, se modifican o alteran la verdadera situación empresarial para disminuir el monto que se debe repartir. Pero esos son supuestos maliciosos que no deben alterar la naturaleza del derecho o la relación que existe entre el empleado y el trabajador. Insisto, las utilidades forman parte de la remuneración por lo que las estas deben estar incorporadas a la relación laboral. Este derecho no genera vínculos adicionales entre el trabajador y la empresa adicionales al laboral Participar en los beneficios netos de la actividad empresarial no debe ser tomado en cuenta como una extensión del vínculo jurídico, sino como un derecho reconocido que establece que el trabajador debe participar de los éxitos empresariales por partes iguales sin importar su condición o su rango De la misma forma Pérez y Mantada sostienen lo siguiente, con respecto al derecho a recibir utilidades;

Pero esa preconizada participación en utilidades cambia totalmente cuando la misma se implanta en forma imperativa. Una cosa es recomendar la participación en las utilidades, y otra muy distinta es imponerla, una cosa es considerar como un derecho la participación de utilidades, y otra muy diferente es concebir esta participación como una liberalidad voluntaria de una de las partes del contrato de trabajo en beneficio de la otra⁵⁹.

Esta relación introducida por el autor, entre la obligatoriedad y la voluntariedad de las utilidades es importante. Esto se relaciona directamente con la naturaleza clasificación de

⁵⁹ Pérez Pablo y Muntadas Rovira. *Sobre la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa*. 2da edición. Tomo I. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 1950

las utilidades antes presentada. En las categorías antes expuestas, el origen de las utilidades puede ser de tipo voluntario u obligatorio. En el caso del régimen nacional el derecho a recibir utilidades nace por mandato de la ley mas no por el acuerdo entre las partes o la decisión del empleador. La obligatoriedad en el Derecho nace, en principio de las fuentes del derecho. Como lo son la ley, las decisiones de las autoridades y los contratos entre otras. El principio del reparto de utilidades es una obligación del empleador, no es una cuestión que está puesta su arbitrio para determinar si las reparte o no las reparte. Es una obligación que nace por mandato de la Ley a través del Código del Trabajo, y que se reconoce expresamente en la Constitución puntualmente en artículo 328. En el Congreso Internacional de Participaciones en los Beneficios celebrado en París, se optó por la siguiente definición “la convención libremente consentida, en virtud de la cual el obrero o empleado recibe una parte perfectamente determinada de los beneficios conforme a equidad y a los principios esenciales del Derecho Positivo”⁶⁰. Por otro lado, la Oficina Internacional del Trabajo en su informe sexto que se presentó en la convención XXXI del presente organismo se concluyó que “la participación en las utilidades constituye un método de remuneración, en virtud de la cual un empleador asigna a sus empleados una parte de las utilidades netas de la empresa, además de sus salarios normales”⁶¹. Parece que, en términos generales, las doctrinas y los organismos internacionales, han optado por distintas para considerar a las utilidades. La primera como un acuerdo de voluntades y la segunda como un mandato obligatorio.

Lo que sí es un elemento, común en todos los conceptos antes citados, es que las utilidades dependen de un elemento económico, que no se puede asegurar ni determinar categóricamente o por ley. Es decir, las utilidades están relacionadas con la actividad empresarial y los resultados económicos de dicha empresa. “Cuando un trabajador percibe la totalidad de su remuneración, por participación en los beneficios de la empresa, el

⁶⁰ Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación Iberoamericana*. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988.

⁶¹ *Ibid.*

contrato de trabajo puede confundirse con el contrato de sociedad y, sin embargo, no es esa sino una forma de retribuir.”⁶²

Las utilidades no deben ser confundidas con los dividendos o los beneficios económicos que obtienen los socios o accionistas de la empresa, en virtud de los resultados económicos. Estos conceptos nacen de fuentes, y de vínculos jurídicos distintos. La fuente de la cual nace el derecho a recibir utilidades es la ley laboral. El derecho a recibir dividendos económicos de la empresa nace del contrato de sociedad y de la ley que regula las relaciones societarias. Por otro lado, el vínculo que genera la obligación de repartir utilidades es el vínculo laboral que nace de la relación de trabajo. el vínculo que general el derecho a recibir dividendos es la relación de socio o accionista de la empresa.

Otro aspecto fundamental que reconoce la doctrina sobre la naturaleza de importe o la retribución a las utilidades es su carácter aleatorio. El artículo 1457 del Código Civil Ecuatoriano establece lo siguiente;

Artículo 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.⁶³

La retribución de las utilidades es de carácter esencialmente aleatorio, ya que la obligación de repartir nace del excedente en el ejercicio económico de la empresa. Solo si esta condición se cumple, existe el supuesto material para que las utilidades sean repartibles. Para entender mejor la condición de aleatoriedad del derecho las utilidades es necesario hacer la siguiente explicación. Los derechos en general tienen dos dimensiones, el goce y el ejercicio. El goce, es la expresión abstracta que hace la norma en el cual se reconoce la titularidad de un derecho a ciertos individuos. El ejercicio tiene que ver, con la realización material del derecho, es decir, en el momento en el cual una persona efectivamente ejerce este derecho. El derecho a recibir utilidades está expresamente

⁶² Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación Iberoamericana*. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988.

⁶³ Código Civil. Artículo 1457. Registro Oficial No. 46 de 24 de junio del 2005.

reconocido en la norma. El goce del derecho es permanente e incondicional. Pero para el ejercicio del derecho se deben presentar ciertos supuestos necesarios, como el de los beneficios económicos obtenidos por las empresas. En caso de que concurren los requisitos materiales y económicos, se puede consumir el ejercicio efectivos de los derechos. Las utilidades deben ser entendidas como el beneficio económico que tiene una empresa al final de un ejercicio económico. Esta contingencia incierta es la determinante para establecer si existe una obligación de repartición.

En el sistema ecuatoriano, en concordancia con la doctrina se debería considerar a las utilidades como parte de la remuneración, y no como un sistema de retribución autónomo. La modalidad de remuneración para los trabajadores del sector privado ecuatoriano debería ser de carácter mixto como regla general. Para efectos de este análisis, las utilidades de las que habla el artículo 13 del Código van a ser referidas como comisiones habituales, y las utilidades serán las establecidas en el artículo 95 del Código del Trabajo. En el supuesto de que las utilidades de los trabajadores, sean consideradas como parte inseparable de la remuneración, estas inmediatamente no pueden ser alteradas ni modificadas por ninguna ley. El artículo noventa y uno del Código del Trabajo, establece que la remuneración será inembargable. La única excepción que reconoce el Código sobre la inembargabilidad de la remuneración es cuando existe pensiones alimenticias.

En el caso que se considerare a las utilidades como parte de la remuneración, cualquier disminución o límite representa un embargo a la remuneración. La Constitución del Ecuador en el artículo 33 establece que el Estado garantizará las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa y justas remuneraciones. A su vez el artículo 37 de la Constitución establece que el Estado es el garante del trabajo remunerado, por lo cual se tomara en cuenta las limitaciones de los trabajadores. Lo establecido en estos dos artículos de la Constitución concuerdan perfectamente con lo se establece en el artículo del octavo PIDESC, citado anteriormente. Tanto en el artículo del Carta Magna, como en el enunciado del Convenio Internacional, se reconoce a la remuneración como un elemento esencial de la dignidad y del bienestar del ser humano, que debe ser justo e igualitario para todos los trabajadores en general.

A su vez, si se considera que las utilidades componen la remuneración como tal, no es posible hacer una disminución a los trabajadores de un segmento económico específico. Ya que sería una violación directa a los principios de no discriminación o igualdad que reconoce tanto la Constitución como las normas internacionales. La Constitución del Ecuador, establece que la Ley, será la responsable de fijar un salario mínimo legal, el determinar un inferior al instaurado anteriormente no es consecuente con el principio de intangibilidad que se reconoce dentro del Derecho del Trabajo. Pero la Ley y la Constitución, no establecen ningún límite máximo para la remuneración del trabajador en general.

Por último, haciendo referencia al aspecto aleatorio de las utilidades, para que la repartición de utilidades, sea efectiva es necesario que existan beneficios económicos producto de la actividad empresarial. El componente aleatorio significa que las utilidades se distribuyen siempre cuando se presenten beneficios económicos de la actividad empresarial, su existencia está condicionada los beneficios producidos. En caso de que no existan estos réditos, el trabajador no recibe el pago de las utilidades. El elemento aleatorio no se refiere al reconocimiento o no de un derecho, el elemento aleatorio se refiere el ejercicio efectivo del derecho. El reconocimiento y el goce está determinado por la Constitución y la Ley, el ejercicio del derecho está determinado por la concurrencia de ciertos supuestos materiales que deben presentarse para que se puedan repartir las utilidades. El autor Cabanellas Torres presenta el siguiente concepto de aleatorio como una forma de remuneración.

Lo aleatorio en cuanto al importe de la retribución desaparece si se tiene en cuenta que, cualesquiera que sean los acuerdos de las partes en relación al modo de retribuir al trabajador, la remuneración que debe percibir, cuando hay un vínculo laboral subordinado, no puede ser inferior a la establecida como mínimo en los convenios colectivos, bases de trabajo, acuerdos normativos, resoluciones, reglamentaciones de trabajo u otras disposiciones legales.⁶⁴

⁶⁴ Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación Iberoamericana*. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988.

. El derecho de utilidades tal como lo establece los principios del derecho de trabajo, está protegido por los preceptos de intangibilidad, progresividad y adquisición. El termino de progresivo, no debe estar relacionado al monto o la cantidad, tal como lo establece el autor citado. La progresividad tiene que proteger las condiciones bajo las cuales se aplica este régimen condicional. Ya que, al ser de carácter aleatorio, el titular del derecho solo podrá exigirlo en caso de que existan beneficios económicos excedentes producto de la actividad económico, caso contrario no está en condiciones de hacerlo efectivo. Pero sin importar cuales sean las circunstancias particulares, los principios generales aplicables deben ser en los mismos términos.

En la legislación nacional se reconoce el derecho a recibir utilidades en las disposiciones legales contenidas en el artículo 328 de la Constitución y el artículo 97 del Código del Trabajo, que no puede ser modificada a través de medios contractuales o por voluntad de las partes. Dentro de la calificación de la naturaleza jurídica de las utilidades antes presentada, el autor citado establece que una de las orígenes de este régimen el legal por lo que se convierte en obligatorio. Si analizamos la legislación ecuatoriana, se puede decir que en el país la naturaleza jurídica de las utilidades es obligatoria legal, ya que la obligación a la repartición de utilidades nace del mandato de la ley mas no del contrato o del acuerdo de las partes.

3.2. HISTORIA Y JUSTIFICACIÓN DE LAS UTILIDADES.

3.2.1. DESARROLLO DEL REGIMEN DE LAS UTILIDADES EN LA NOMRA CONSTITUCIONAL

Para hacer una breve narración histórica sobre el desarrollo de las utilidades en el tiempo, podemos citar al autor Mario de la Cueva que expone la siguiente reflexión.

La participación obrera en las utilidades de las empresas fue otra de las manifestaciones magnificas de la idea del derecho del trabajo nuevo y de la justicia social: en el capitalismo individualista y liberal, la empresa era única propiedad hermética, por lo que no existía sobre ella más derecho que el del propietario; el nuevo derecho del trabajo

rompió sus muros y obligó al capital y a su estado a que reconocieran los derechos del trabajo.⁶⁵

Esta idea que propone el autor es bastante similar a lo establecido en la Constitución del Ecuador de 1998 con respecto de las utilidades. El autor asume que las utilidades son una limitación a la propiedad del empresario, las utilidades sirven para transferir parte de la propiedad de empresa del dueño a los trabajadores. De la misma forma, la Constitución de 1998, promovió expresamente que los trabajadores asuman el control y adquieran parte de la propiedad de las empresas en las que trabajan a partir de la repartición de las utilidades. Esta idea cambia con la Constitución del 2008.

A comienzos del siglo XVII, naciones como Australia y Nueva Zelanda estaban a la vanguardia del desarrollo del Derecho del Trabajo. En estas dos antiguas colonias británicas, ya se estaba creando normativa que reconocía ciertos derechos de los trabajadores como salarios mínimos legales y el derecho a la huelga. En esta etapa de intenso desarrollo normativo se habían creado nuevos derechos para los trabajadores en específico para los trabajadores con necesidades familiares. Durante este período se introdujo la obligación de que las empresas debían contribuir con la educación de los hijos de los trabajadores, inclusive se reconocía que los trabajadores que tenían unas mayores obligaciones personales, debían recibir remuneraciones suplementarias para la manutención y el bienestar de sus familias. A partir de estas realidades sociales, empiezan a desarrollarse las teorías y la normativa sobre los complementos a la remuneración como las utilidades. Se reconoce que el empresario debe responsabilizarse parcialmente del desarrollo de sus empleados, por lo que se convierte en una necesidad que los trabajadores sean parte de los beneficios empresariales de las compañías en las cuales laboran. Por lo que, con el desarrollo de la norma laboral, los trabajadores adquieren derechos que mejoran su condición y aportan a su desarrollo personal y subsistencia.

Para la década de los años treinta, en países latinoamericanos ya se discutía sobre la necesidad de aumentar la remuneración a los trabajadores en los sectores agrícolas, textiles

⁶⁵ Mario de la Cueva. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 5ta edición. México: Editorial Porrúa S.A, 2007.

y mineros. Este movimiento fue el resultado del reconocimiento de las malas condiciones y el trabajo forzoso que se producía en este tipo de actividades. Es por este motivo es que, en el Congreso de Derecho Industrial de 1934, el activista de los derechos sociales Pastor Rouaix expresó lo siguiente, con la intención de mejorar las condiciones de los trabajadores en el sector agrícola industrial:

Es equitativo que los trabajadores tengan una participación en las utilidades de toda empresa en la que presten servicios. A primera vista parecerá ésta un concesión exagerada y ruinoso para los empresarios; pero estudiándolo con detenimiento se tendrá que convenir que es provechosa para ambas partes. El trabajador desempeñará sus labores con más eficacia teniendo interés personal en la prosperidad de la empresa; y el capitalista podrá disminuir el rigor de la vigilancia y desaparecerán los conflictos entre uno y otro con motivo de la cuantía del salario.⁶⁶

En esta declaración la intención es proporcionar mejores condiciones salariales a los trabajadores para que estos encuentren una mayor motivación para trabajar. Además, en el caso de que los trabajadores perciban que las mejoras de la situación de la empresa necesariamente representan una mejoría en sus propias condiciones, estos tendrían una motivación adicional para trabajar y generar más beneficios para la industria. Esta visión, desarrollada en la década de los años treinta, fomenta la participación en las utilidades a través del beneficio mutuo de las partes.

Por último, en esta breve explicación histórica sobre las utilidades de los trabajadores analizaremos cuáles fueron los métodos de determinación del monto de las utilidades que se reparten. En los años cuarenta, la base para la fijación del porcentaje de las utilidades para el trabajador era mediante acuerdo entre las partes. En años posteriores, el método de fijación de las utilidades a repartir era variable en relación a los resultados obtenidos por los empleadores. Este método carecía de un sistema a través del cual se determinan los valores que deben ser sujetos de repartición, por lo que beneficiaba en exceso al empleador ya que se deja al arbitrio del patrono la fijación del monto. Por último, el método que se aplica en la actualidad es el de fijación de un porcentaje único. Este método aplicado en el Ecuador

⁶⁶ Mario de la Cueva. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 5ta edición. México: Editorial Porrúa S.A, 2007.

desde la Constitución de 1968, establece un porcentaje mínimo que debe ser repartido a todos los trabajadores de una empresa.

3.2.2. JUSTIFICACIÓN DE LAS UTILIDADES

El Derecho Laboral ecuatoriano tiene un importante componente social que es determinante en su desarrollo y actualidad. Los estatutos y principios que se reconocen en el Derecho Laboral ecuatoriano, representan teorías y doctrinas de carácter socialistas en las cuales prevalece la noción de la desigualdad que existe en las relaciones de trabajador y empleador. El Derecho del Trabajo defiende la tesis sobre los excesivos sacrificios que realizan los trabajadores al desempeñar sus funciones y los injustificados beneficios que obtienen los empleadores producto de la relación laboral y la productividad. Estas nociones, hacen que el Derecho Laboral se convierta en un sistema de extrema protección que trata de equiparar las desigualdades supuestamente existentes entre el empleador y el trabajador.

Resumiendo, los preceptos socialistas sobre el trabajo, las tendencias de izquierda sostienen que el trabajo es una relación de desigualdad donde todos los esfuerzos realizados por los trabajadores son subvalorados y que el empleador es el único beneficiario del esfuerzo del trabajador.

Carl Marx en sus manuscritos, expresa lo siguiente “El obrero es más pobre cuanto más riqueza produce, cuanto más crece su producción en potencia y en volumen. El trabajador se convierte en una mercancía tanto más barata cuantas más mercancías produce”⁶⁷. En esta frase de Max se formulan varios de los fundamentos en los cuales se desarrolla el Derecho de Trabajo ecuatoriano. El primer fundamento tiene que ver con el sometimiento del trabajador con respecto del empleador. Por otro lado, tiene que ver el poco beneficio que obtiene que el trabajador por el trabajo realizado, esto se ve reflejado en el poder de negociación que tienen las partes al entablar una relación contractual. Por último, el tercer fundamento que establece Marx, es el beneficio excesivo que obtiene el empleador cuando

⁶⁷ José Rivero. “El trabajo: Enajenación, valorización y subsunción al capital. Apuntes sobre la teoría del trabajo asalariado de Carl Marx”. *Revista el Laberinto. Universidad de Málaga. (2012)*

el trabajador es productivo, y el perjuicio que representa para el trabajador cuando esto se produce.

El sistema jurídico de las utilidades tiene como principio fundamental que los trabajadores participen de los beneficios empresariales, en razón de su necesidad, su condición el principio de distribución. A pesar de que las utilidades son el resultado de la eficiencia productiva, estas no pueden ser entendidas como una retribución a la capacidad productiva o la eficiencia laboral de los trabajadores. En el Derecho Laboral nacional, existe la inalterable percepción del que el empleador siempre se beneficia de las actividades económicas y de que el trabajador no es destinatario de dichos beneficios, porque este no tiene capacidad de negociación en razón de su posición de vulnerabilidad y desventaja frente al empleador. Por estos motivos, las normas referentes a las utilidades en el Código de Trabajo ecuatoriano, se fundamentan en los principios de necesidad y redistribución.

El principio de necesidad tiene que ver con lo establecido en el artículo 97 del Código del Trabajo donde se establece el régimen de distribución de las utilidades. El principio de necesidad se refleja en el Código a través del sistema de repartición por necesidades familiares. El artículo 97 del Código del Trabajo claramente establece que el 15% de las utilidades se divide de la siguiente forma, el 10% se divide entre todos los trabajadores sin distinción, el 5% restante se divide entre los trabajadores en proporción a las cargas familiares. El hecho de que exista una repartición proporcional en base a las cargas familiares hace que el sistema de las utilidades funcione en virtud de las necesidades de las personas. El principio de la redistribución tiene que ver con la naturaleza de las utilidades en el sistema ecuatoriano. El sistema de distribución de utilidades representa la redistribución de una parte de los beneficios empresariales entre los trabajadores. A partir de la repartición de las utilidades, los beneficios empresariales no solo favorecen a los propietarios sino favorecen a los trabajadores en general.

Sintetizando lo argumentado anteriormente, el sistema de participación en las utilidades reconocido en la ley ecuatoriana responde a los siguientes supuestos; las utilidades son repartidas en virtud de la necesidad de cada trabajador. Las utilidades se respaldan en razón

del principio redistributivo de los beneficios económicos de la empresa. Las utilidades de los trabajadores no tienen que ver con la capacidad productiva del empleador, sino que tienen que ver con un derecho que tiene el objeto de proteger la desigualdad que existe en la relación entre trabajador y empleador, en la que el trabajador no es correctamente retribuido por su trabajo y el empleador es excesivamente beneficiado por el trabajo del empleado.

Cuando se trata de la disminución y la limitación de las utilidades de los trabajadores en el país, se podría argumentar de que las utilidades recibidas en el sector de los hidrocarburos, y las limitaciones establecidas en el resto de los trabajadores es inconsecuente con el principio de necesidad y de redistribución. Cuando existen limitaciones a los beneficios que puede percibir un individuo en retribución de su trabajo, esto supone una evidente violación a los derechos consagrados en la Constitución y en el Código de Trabajo. Lo manifestado en el artículo que se presenta a continuación, es una demostración de la que la reducción es una infracción a lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional. Adicionalmente representa una contradicción a los elementos justificativos de la remuneración que forman parte de las ideales socialistas que forman parte de las ideologías del Código.

En año 2010 en el artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos, se incluyó lo siguiente.

Artículo 94.- Participación Laboral. - En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que lo destinarán a proyectos de inversión social y de desarrollo territorial en las áreas en donde se lleven a cabo actividades hidrocarburíferas. Dichos proyectos deberán ser armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo.⁶⁸

En el presente caso existe una restricción de derechos un embargo de una parte de la remuneración de los trabajadores de las empresas petroleras. La norma laboral tiene como principal objetivo la protección del trabajador y garantizar que sus derechos sean debidamente reconocidos. La remuneración es un recurso que mantiene el individuo para cubrir sus necesidades.

⁶⁸ Ley de Hidrocarburos. Artículo 94. Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978

La Constitución del año 2008 hace varios reconocimientos a los derechos económicos donde se protege expresamente la iniciativa, la producción y el desarrollo, entre otros derechos. Además, se garantiza la libertad económica para emprender nuevas iniciativas que generen beneficio para la sociedad y que sean una fuente material de empleo y prosperidad para las personas. En primer lugar, el artículo 33 de la Constitución establece lo siguiente;

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 aceptado⁶⁹

Además, la Constitución en el numeral 15 del artículo 66 reconoce lo siguiente, “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”⁷⁰. En este artículo, la carta magna reconoce directamente que como parte de los derechos de las libertades de las que gozan los ciudadanos en este país, están las libertades económicas, que son las libertades a emprender en forma individual o colectiva. A desarrollar actividades económicas que generen beneficio tanto para el individuo como para la sociedad. Además, el estado garantiza la iniciativa privada como en medio esencial para garantizar la existencia de empleo pleno y formal.

Por otro lado, el artículo 284 de la Constitución en sus dos primeros numerales estipula lo siguiente

Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos:

1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional.
2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la

⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 499 de 20 de octubre 2008

⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial 499 de 20 de octubre del 2008.

economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.⁷¹

La Constitución, de distintas formas reconoce y garantiza el empleo de calidad, la igualdad en la remuneración, entre otros derechos que son esenciales para el Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo no puede limitarse a un catálogo de derechos en el cual se regula abstractamente los derechos y las obligaciones que se genera en las relaciones laborales. El marco jurídico cuando se refiere al Derecho del Trabajo tiene que desarrollar normas que protegen el goce y el ejercicio de los derechos. Para que se reconozca el derecho de trabajo, tiene que existir supuestos en los cuales los individuos puedan efectivamente acceder a fuentes de trabajo. Además de garantizar fuentes de trabajo, el Estado tiene la obligación de regular las relaciones que existen entre los trabajadores y los empleadores, garantizando el cumplimiento de los derechos y obligaciones que se reconocen expresamente en la Constitución y el Código del Trabajo.

Para entender cuál es el desarrollo histórico y la evolución de las utilidades en el régimen jurídico ecuatoriano es necesario hacer una revisión de las constituciones pasadas del Ecuador. En la Constitución del año 98, las utilidades son beneficios que deben estimular la propiedad y la gestión de los trabajadores con respecto de la empresa. La norma establece que las utilidades deben ser pagadas ya sea en acciones o participaciones. Esto quiere decir que a través de la repartición de utilidades los trabajadores deben adquirir títulos de propiedad de la compañía. El artículo 31 del Constitución del año 1998 establecía lo siguiente;

Art. 31.- El Estado estimulará la propiedad y la gestión de los trabajadores en las empresas, por medio de la transferencia de acciones o participaciones a favor de aquellos. El porcentaje de utilidades de las empresas que corresponda a los trabajadores, será pagado en dinero o en acciones o participaciones, de conformidad con la ley. Esta

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 284. Registro Oficial No 499 de 20 de octubre de 2008.

establecerá los resguardos necesarios para que las utilidades beneficien permanentemente al trabajador y a su familia.⁷²

En la Constitución del año 1997, en el artículo 64 se establece un precepto idéntico a lo que establece la Constitución del 1998. En la Carta Magna del año 97, el artículo establece que el Estado promueve la gestión y la propiedad de los trabajadores en las empresas a través de la transferencia de acciones o participaciones. A pesar de que este artículo también prevé la posibilidad del pago de las utilidades en dinero, en la primera parte del mismo se sostiene que el objeto de las utilidades es otorgar el control y la propiedad de la compañía a los trabajadores a través del régimen de las utilidades. Por último, en este artículo se dispone que la Ley establecerá los resguardos necesarios para que las utilidades beneficien permanente a los trabajadores. Esta parte final del artículo es reconocimiento explícito de que las utilidades son un derecho adquirido de los trabajadores, y es la Ley de encargada de garantizar la existencia de este derecho. La Constitución del año 1979, en su artículo 49 establece lo mismo que las dos constituciones que la preceden.

En la Constitución del año 1968 con respecto a las utilidades se establecía lo siguiente.

Art. 64.- Garantías del trabajo. - El Estado velará porque se observe la justicia en las relaciones entre empleadores y trabajadores, se respete la dignidad, de estos y se promueva su responsabilidad.

8. Todos los trabajadores participarán en las utilidades líquidas de las respectivas empresas en el porcentaje legal, que no podrá ser menor del diez por ciento; la ley regulará el reparto.⁷³

Dentro de las garantías del trabajo, la Constitución política del año 68, establecía que los trabajadores participarán en las utilidades líquidas de las empresas de acuerdo al porcentaje legal. Además, la carta magna del año 68 dispone que las utilidades no pueden ser menores al 10% de las utilidades líquidas de la empresa. Este artículo a su vez establece que el Estado debe velar por la justicia entre los empleadores y trabajadores, donde se debe respetar la dignidad además de promover la responsabilidad. Esta norma, además reconoce

⁷² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 31. Registro Oficial No 1 de 11 de agosto de 1998

⁷³ Constitución Política de 1967. Artículo 64. Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967.

un principio fundamental del Derecho del Trabajo que debe ser protegido por la Estado que es la dignidad. El trabajo y la remuneración son esenciales para la dignidad, la prosperidad y el bienestar de las personas.

El artículo 46 del Constitución Política del año 1946 establecía lo siguiente,

Art. 185.- El Estado velará porque se observe la justicia en las relaciones entre patronos y trabajadores, se respete la dignidad del trabajador, se le asegure una existencia decorosa y se le otorgue un salario justo, con el que pueda atender sus necesidades personales y familiares.

Todos los trabajadores participarán en las utilidades líquidas de las respectivas empresas, en el porcentaje que señale la ley, el que no podrá ser menor del 5%. La Ley regulará el reparto.⁷⁴

En este artículo de la Constitución Política del 46, se sostiene que el Estado debe ser el que regule y garantice la justicia en la relación entre los patronos y los trabajadores. Una vez más se distingue a la dignidad como un derecho fundamental del Derecho del Trabajo. Además, en este artículo se reconoce que a la necesidad como un justificativo de las utilidades, postura similar a la que se establece en la norma actualmente. Por último, en esta Constitución se reconoce que las utilidades no pueden ser menores a 5% de las utilidades líquidas de las empresas. Sin duda, existe una progresividad en el derecho de las utilidades entre la Constitución del año 68 a la Constitución del año 46. Este incremento en el monto mínimo es una representación de la progresividad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores.

Por último, la primera Constitución política en la cual se reconoce el derecho a las utilidades es la Constitución del año 1945. En dicho cuerpo normativa se reconocía el derecho a las utilidades de la siguiente forma;

Art. 148.- El trabajo en sus diferentes formas es un deber social y goza de la especial protección de la ley. Esta debe asegurar al trabajador las condiciones mínimas de una existencia digna.

⁷⁴ Constitución Política de 1946. Artículo 185. Registro Oficial 773 de 31 de diciembre de 1946.

s) Los trabajadores serán partícipes en las utilidades de las empresas, en la forma y proporción que fije la ley;⁷⁵

Analizando el desarrollo histórico de las utilidades en las Constituciones del Ecuador se puede concluir que las características esenciales del régimen regulatorio de las utilidades desde el año 45 hasta la actualidad, es el reconocimiento de los derechos progresivos y los derechos adquiridos. La progresividad se evidencia en el incremento permanente del derecho a recibir utilidades por parte de los trabajadores. Además, la progresividad del derecho a las utilidades se evidencia también en la ampliación del marco regulatorio y el establecimiento de unos derechos mínimos que se deben considerar cuando se trata del derecho a las utilidades.

En conclusión, a este análisis progresivo del régimen de las utilidades que se acaba de realizar. Los derechos adquiridos en el régimen de las utilidades inician a partir del año 45, cuando la Constitución reconoce este derecho a los trabajadores. A partir del reconocimiento en la Carta Política de ese año, se considera que el derecho a las utilidades es un derecho que no puede ser eliminado ni limitado. A partir de las dos constituciones de la década de los años cuarenta, en el país, se reconoció por primera vez el derecho a las utilidades, a partir de estos cuerpos normativos el derecho a las utilidades ha progresado significativamente con el incremento del porcentaje repartible, y el régimen jurídico que la regula. En conclusión, las Constituciones del Ecuador, en lo referente a las utilidades han evolucionado de tal manera en que las utilidades han incrementado permanentemente hasta el año de 1998 donde se estableció el porcentaje de 15% que sigue vigente hasta la actualidad.

La remuneración es un derecho irrenunciable, que no puede ser modificado de tal manera que afecte a los trabajadores. En los textos constitucionales antes analizados se deja en evidencia que la remuneración es un elemento esencial para la dignidad y el desarrollo de las personas. El trabajo es un deber social que debe ser protegido e impulsado por la Constitución y las leyes. El Estado tiene la obligación de que en el trabajo se garanticen y

⁷⁵ Constitución Política de 1945. Artículo 64. Registro Oficial 228 de 06 de marzo de 1945

se reconozcan todos los derechos. La norma debe garantizar y proteger en todo momento los derechos de los trabajadores, además en la norma se debe reflejar la progresividad, intangibilidad y la adquisición de los derechos de los trabajadores.

3.3 LAS UTILIDADES DE LOS TRABAJADORES EN EL ECUADOR.

En el Ecuador se reconoce el reparto a las utilidades como un derecho inherente al trabajador que se encuentra bajo relación de dependencia. El trabajador subordinado en el país, es aquel que mantiene un nexo jurídico contractual en virtud de las características que reconoce el artículo octavo del Código de Trabajo.

Para analizar los conceptos antes mencionados que están tipificados en las Constituciones ecuatorianas analizadas en el capítulo anterior es necesario analizar las tesis desarrolladas por el autor Bureau en sus teorías sobre las participaciones de los trabajadores en las utilidades.

En la participación en los beneficios puede advertirse una diferencia entre la participación en los beneficios y la simple cooperación industrial: en la primera, el sistema trata de dar a los trabajadores una parte de los beneficios que obtiene la empresa: en la segunda se intenta que la empresa llegue a estar gobernada conjuntamente por los trabajadores. En la participación de beneficios, el patrono o empresario sigue siendo dueño de la empresa y no delega las facultades de mando que tiene, en la cooperación industrial se llega a abolir el régimen de asalariado, para procurarles a los trabajadores una participación en la dirección de la empresa.⁷⁶

El artículo Constitucional citado anteriormente, establece un supuesto inexacto en lo que se refiere a las utilidades. Como se señaló anteriormente, los estatutos jurídicos que regulan el reparto de las utilidades no deben ser confundidos con los estatutos que regula el contrato de sociedad y los efectos del mismo. En el artículo 31 de la anterior carta magna, la intención legislativa está dirigida al estímulo y control de los empleados en la empresa,

⁷⁶Cfr. Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación*

Iberoamericana. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Helliasta, 1988.

mas no en el simple beneficio del éxito económico. Este enunciado tiene que ver con la tesis de cooperación industrial a la que se refiere el autor Buerau, que establece que, a partir de la cooperación industrial los trabajadores se convierten en propietarios y partícipes de la actividad y el futuro de la empresa. En varios pasajes de este trabajo, se ha sostenido que la naturaleza jurídica de las utilidades no es otra que la de gozar de los beneficios de la empresa siempre y cuando existan tales beneficios como consecuencia de la actividad económica. El vínculo que genera la obligación de repartir es la relación laboral, mas no la relación de sociedad propia de socios y accionistas de una empresa.

Dejando a un lado las distinciones societarias que se deben realizar para marcar las diferencias que existen entre las sociedades anónimas, comanditas y limitadas. La Constitución del Ecuador del 1998 incluye el modo de repartición comanditario para distribuir las utilidades de las empresas. Es decir, la ley máxima establece que las utilidades y los beneficios deberán ser pagados ya sea en numerario, acciones o participaciones. Las dos últimas opciones, convierten al empleado en no solo trabajador de la empresa sino en propietario de la misma. La Constitución del año 1998 en relación a las utilidades considera lo siguiente;

La participación en los beneficios no es un sistema de retribución, más bien podría concebirse como una forma de integrar al salario, de incrementar este, pero sin excluir el régimen de salariado. El trabajador aumenta su remuneración si la empresa obtiene utilidades, y mantiene su misma retribución en el supuesto en que estas no se produzcan.

⁷⁷

Las utilidades constituyen una modalidad de integración salarial aleatorio, que se reparten en caso de que existan beneficios económicos producto de la actividad empresarial industrial. La naturaleza tanto jurídica como económica de las utilidades en su mayoría reconocida en las legislaciones y en la doctrina, es la de retribución como medio de participación de los beneficios y los logros empresariales. Bajo ningún concepto se debe confundir a las utilidades como dividendos económicos que pueden ser pagados a través de títulos de la sociedad. Es decir, dividendos son los beneficios que se reparten los socios en

⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 106. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

virtud de su participación. La titularidad de este derecho tiene que ver con la propiedad que tiene el accionista o socio sobre la empresa. Las utilidades son medios de complementos salariales que representan ingresos adicionales a partir de los desempeños generales de empresa.

Con respecto de las utilidades el artículo 95 del Código del Trabajo Establece lo siguiente.

Art. 95. Sueldo o salario y retribución accesorio.- Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo de comisiones, participaciones en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter de normal en la industria o servicio.⁷⁸

Las utilidades en el Derecho ecuatoriano son de percepción inmediata a partir de la liquidación. La liquidación de las utilidades son el resultado de la contabilidad anual del ejercicio económico de una empresa que se presenta en las declaraciones de impuesto a la renta.

En el artículo 97.1 del Código de Trabajo, incluido en este cuerpo legal el 20 de abril del 2015. Se establece una limitación a las utilidades. Este artículo establece lo siguiente.

Art. 97.1.- Límite en la distribución de las utilidades. - Las utilidades distribuidas a las personas trabajadoras conforme lo señalado en el artículo anterior, no podrán exceder de veinticuatro Salarios Básicos Unificados del trabajador en general. En caso de que el valor de éstas supere el monto señalado, el excedente será entregado al régimen de prestaciones solidarias de la Seguridad Social. La autoridad administrativa de trabajo competente emitirá los acuerdos ministeriales necesarios para la debida aplicación de lo señalado en este artículo.⁷⁹

La limitación establecida en el Código de Trabajo es una vulneración a los derechos de los trabajadores y a los principios del derecho laboral reconocido en la Constitución, las normas laborales y la doctrina. Además, en este artículo se establece que los montos que exceden el limite estarán destinados a las prestaciones solidarias de la Seguridad Social. En

⁷⁸ Código de Trabajo. Artículo 95. Registro Oficial 167 de 16 de diciembre de 2005.

⁷⁹ Código de Trabajo. Artículo 91.7. Registro Oficial 167 de 16 de diciembre de 2005.

el artículo 91.7, se disponen situaciones que son contrarias al Derecho del Trabajo. La primera es la determinación de un máximo, que es una clara violación la progresividad e intangibilidad de los derechos laborales. La segunda negación a los derechos laborales, es la destinación de los excedentes. Los regímenes solidarios a la seguridad social, tal como lo establece la norma, son el régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional.

Este régimen reconocido como mixto en el artículo 173 de la Ley de Seguridad Social se compone del aporte obligatorio del cotizante y los sistemas de regímenes especiales. El principio rector de la seguridad social mundial dispone una correlación entre el monto aportado y el beneficio que se genera. Es decir, el beneficiario de los derechos que incluyen la seguridad social son los cotizantes, los sujetos que han aportado obligatoriamente por todos los años de trabajo y el aporte estatal. El sistema de seguridad social obligatorio debe gestionarse en virtud del principio de equidad.

Según el principio de equidad cada ciudadano debe recibir la pensión que merece. Se distingue entre equidad: (i) contributiva (definida por la proporcionalidad entre la contribución realizada a lo largo de la vida activa y la pensión percibida), (ii) actuarial intergeneracional (que supone adaptar equilibradamente el cálculo de la pensión a la edad de acceso a la jubilación para no perjudicar a los miembros de una generación que se jubilen más tarde) y (iii) actuarial intergeneracional (que tiene en cuenta el incremento futuro de la esperanza de vida a fin de disminuir la presión sobre futuras generaciones)⁸⁰

El principio de equidad establece que el sistema de seguridad social debe funcionar en base a la equidad contributiva y la equidad intergeneracional. La primera equidad hace énfasis en la relación entre el aporte y la prestación recibida. La equidad intergeracional en sus dos acepciones habla en primer lugar sobre el futuro y la financiación del sistema de pensiones. La segunda acepción se refiere a al ajuste del sistema de pensiones en virtud de las transformaciones demográficas. La seguridad social por su naturaleza, no es un sistema de prestación inmediata, es un fondo de recaudación en el que el aportante contribuye con el fin de ser devuelto una vez que no trabaje

⁸⁰ Miguel Ayuso, Mario Guillen y David Valero. *Sostenibilidad del Sistema de Pensiones desde la perspectiva de la Equidad y la Eficiencia*. Departamento de Economía Universidad de Barcelona. <http://www.ub.edu/irea/Seminari%202014/M.Ayuso.pdf> (acceso: 30/12/2016).

El Estado, de acuerdo a la Constitución y las Leyes, es el garante de los derechos reconocidos a los nacionales de este país. En el artículo 89 numeral siete de la Constitución se establece que el Estado promoverá el bien común, por lo que se interpone el interés colectivo sobre el interés privado. En virtud de este precepto, es admisible que se limiten derechos individuales con la intención de favorecer los derechos de la colectividad. Si se analiza el tema en cuestión desde esta postura, es constitucionalmente justificable la reducción de las utilidades de los trabajadores, siempre que se utilicen para financiar la Seguridad Social de ciertos grupos. En este caso en particular estaríamos en un supuesto en donde se limita una parte de los derechos individuales con el fin de favorecer a un colectivo más grande.

El Derecho del Trabajo, defiende un derecho humano que es inherente a todas las personas, pero el simple hecho de ser consideradas como tal. El Derecho del Trabajo defiende el principio de la dignidad humana. La dignidad es un atributo propio de las personas y que representan la valoración que tiene un individuo dentro de un grupo social. Otro principio humano fundamental que recoge el Derecho de Trabajo es el de igualdad. Este principio establece que todas las personas tienen los mismos derechos y obligaciones, por lo que se admite discriminación ni trato desigual para ciertos grupos de individuos. El Estado en su calidad de garante tiene que establecer ciertas condiciones bajo las cuales se generen condiciones se respeten los derechos de los colectivos, pero sin perjudicar a los individuales. En el caso de estudio de este trabajo de titulación, el Estado afecta a dos grupos particulares que son los trabajadores de hidrocarburos y los trabajadores que reciben utilidades sobre las 24 remuneraciones básicas unificadas.

En este caso existe una interpretación incorrecta del principio de los derechos colectivos prevalecen sobre los individuales ya que se está vulnerando inequitativamente a un grupo de personas. Si la intención del Estado, es en solidariamente responsabilizar a todos lo trabajadores para la financiación y universalización de la seguridad social de todos los trabajadores, el incremento del aporte debe ser distribuido entre todos los trabajadores con la obligación de aportar. En razón de un porcentaje general establecido para todos. Si el Estado es el garante de los derechos colectivos, debe ser el Estado el que garantice que

estos derechos se satisfagan con la contribución del ente colectivo y no de un grupo único, para evitar que el perjuicio que se pueda hacer a ese grupo sea excesivo. Si el principio establece que los derechos individuales prevalecen sobre los colectivos, entonces es el colectivo el responsable de generar los recursos necesarios para que se satisfagan todos los intereses. Es en virtud de este principio que la Constitución, reconoce y protege la libertad económica, la libertad para emprender y la libertad para desarrollar actividades que generen beneficios económicos.

Una vez más, es necesario establecer que la dignidad humana y la igualdad están plenamente reconocidos por la Constitución y son principios rectores del Derecho del Trabajo. Son las personas en general las titulares de los derechos y las obligaciones que nacen de la Constitución, y de las leyes. Los generales del derecho, establecen que no pueden existir sujetos que se les atribuye únicamente derechos y otros sujetos que se les atribuye únicamente obligaciones. Tanto el individuo como el colectivo, son titulares de derechos y obligaciones, por lo que se debe establecer una situación de equidad entre el sistema de control y protección.

El sistema de aporte se sustenta en la remuneración mensual de los trabajadores, no en los salarios accesorios. Las utilidades son el resultado de los beneficios económicos de la actividad empresarial que se benefician los trabajadores de la empresa que los reparten. Inclusive, si se establece limitaciones a las utilidades, en los casos de que en un ejercicio el cálculo del 15% se superior a las 24 remuneraciones, el monto resultante se debería destinar a mecanismos que garanticen el bienestar de los trabajadores sujetos al beneficio y no a terceros. Es decir, al ser el trabajo una prestación de servicios lícitos y personales, solo el trabajador es titular de los derechos del trabajador correspondiente al trabajo.

En año 2010 en el artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos, se incluyó lo siguiente.

Artículo 94.- Participación Laboral. - En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad hidrocarburífera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que lo destinarán a proyectos de inversión social y de desarrollo territorial en las áreas en donde

se lleven a cabo actividades hidrocarburíferas. Dichos proyectos deberán ser armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo.⁸¹

En este artículo de la Ley de Hidrocarburos se hace otra limitación a al régimen de utilidades, pero en este caso es dirigido al sector de hidrocarburos. En la acción de inconstitucionalidad de la Ley de Hidrocarburos presentada el 20 de noviembre del 2014 ante la Corte Constitucional el accionante expone la siguiente argumentación.

La norma equivocadamente crea dos clases de ciudadanos con respecto a las utilidades, por una parte, los que tienen vinculación con empresas en general y por otra, los pertenecientes a actividades de recursos no renovables, diferenciando sus utilidades, los unos continúan con un derecho adquirido y los otros se ven disminuidos por la equívoca interpretación de un ministro sobre las disposiciones de una ley que de cualquier manera son inconstitucionales. Señala que la naturaleza del Reglamento es inconstitucional e ilegal, por cuanto se refiere al campo laboral donde los derechos son intangibles, contraviniendo disposiciones constitucionales como la prevista en el artículo 328 de la Constitución de la República que, dispone: La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos.⁸²

En absoluta concordancia con lo expuesto por el titular de la acción de inconstitucionalidad, el artículo de la norma en cuestión, vulnera de manera incuestionable los derechos del trabajo reconocidos en la Constitución. Además de generar una separación tácita entre los trabajadores de distintos sectores económicos, esta distinción genera un escenario de desigualdad salarial ampliamente prohibido por la norma ecuatoriana. La teoría de los derechos intangibles sostiene que los derechos no pueden ser vulnerados, alterados ni modificados de tal manera que afecten el ámbito de protección y regulación de sus titulares. El sistema de regulación y limitación de las utilidades evidentemente no responde a elementos jurídicos ni técnicos. Ya que representa una vulneración al orden constitucional y una violación a los derechos reconocidos expresamente en la carta magna.

De la misma forma, el accionante expone lo siguiente en referencia a la noción de que la ley es la que fija el monto de las utilidades.

⁸¹ Ley de Hidrocarburos. Artículo 94. Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978

⁸² Corte Constitucional. Sentencia No. 024-15-SIN-CC Caso No. 0036-11-IN, 01 de julio de 2015.

El accionante puntualiza el cuarto inciso del artículo citado en la parte que manifiesta: "La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables". Así también señala que de no observarse esta disposición se vulneraría lo previsto en el artículo 424 de la Constitución, que señala que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario, carecerán de eficacia, y que se debe anular el reglamento, por vulnerar la igualdad de las personas ante la ley y atentar contra el principio de equidad.⁸³

El accionante sintetiza de manera clara cuál es el efecto jurídico de las disposiciones y las modificaciones al régimen de utilidades en la legislación nacional. A pesar de que la Constitución expresa textualmente que las utilidades deben ser determinadas en la Ley. Todos los actos de las instituciones públicas deben ser acorde a lo establecido en la Constitución y las leyes, y en virtud de este principio cualquier disposición en contrario será declarada nula y no tendrá ninguna eficacia. El ordenamiento jurídico nacional se rige bajo los principios neo-constitucionales donde se reconocen los siguientes principios; el Estado de Derecho, la supremacía constitucional, el principio de legalidad y la seguridad jurídica. En este caso existe una vulneración a estas cuatro instituciones del neo constitucionalismo que en estricto sentido reconoce que todas las actuaciones del Estado deben estar en conformidad a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

En la presente resolución de la Corte Constitucional los jueces hacen el siguiente análisis para justificar la improcedencia de la acción:

Esta Corte estima que el problema fundamental en el caso sub iudice, se centra en determinar si la diferenciación alegada, vulnera o no el principio de igualdad previsto en la Constitución para lo cual, debemos analizar el origen de esa diferenciación y si los trabajadores del sector privado se encuentran en categorías paritarias con los trabajadores vinculados a las empresas de explotación de recursos no renovables, debiendo considerarse que el trato paritario implica "un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas y que no siempre la diferenciación constituye discriminación."⁸⁴

La Corte en esta parte del fallo trata de introducir una categorización de los trabajadores del sector privado para considerar el principio de igualdad entre pares. La

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia No. 024-15-SIN-CC Caso No. 0036-11-IN, 01 de julio de 2015.

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia No. 024-15-SIN-CC Caso No. 0036-11-IN, 01 de julio de 2015.

Corte se limita a esta opinión sin hacer ninguna explicación adicional sobre qué criterios se deben considerar para implementar categorías dentro de los trabajadores del ámbito privado. Considerar que los trabajadores de un sector industrial determinado deben tener un tratamiento distinto en cuanto a derechos se refiere, es erróneo. El titular del derecho es el trabajador sin distinción alguna. El artículo noveno del Código del Trabajo establece que “Concepto de trabajador. - La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”⁸⁵. En la legislación nacional se establece una diferenciación entre empleado y obrero.

De igual manera, la legislación nacional no reconoce que las circunstancias son medios para calificar a los trabajadores. El principio de igualdad debe estar reconocido por igual para todos los trabajadores de manera universal y objetiva. En esta decisión, la Corte analiza a la igualdad de una manera subjetiva que se enfoca únicamente en el sector industrial. La igualdad de circunstancias en el ámbito de trabajo se debe analizar desde la perspectiva formal y material. La igualdad formal establece que los trabajadores deben estar protegidos por normas que se fundamenten en los mismos principios y se protejan los derechos de una forma integral, y que todos los supuestos legales deben ser reconocidos sin detrimentos ni limitaciones. La igualdad material se refiere a las condiciones del trabajo y a la materialización de la prestación de servicio a la que se obliga el trabajador. Es decir, en el espacio de trabajo donde el trabajador realiza sus actividades deben existir cuestiones parámetros mínimos que garanticen la igualdad y la integridad del trabajador, indistintamente de la industria o el oficio. Además, la ley laboral expresamente establece que las utilidades están protegidas por los mismos derechos y principios que la remuneración en general. El artículo 109 del Código del Trabajo establece lo siguiente. “Garantías en la participación de utilidades. - La participación en las utilidades de las empresas, que perciban los trabajadores, tendrá las mismas garantías que tiene la remuneración”.⁸⁶

⁸⁵ Código de Trabajo. Artículo 9. Registro Oficial 167 de 16 de diciembre de 2005.

⁸⁶ Código de Trabajo. Artículo 109. Registro Oficial 167 de 16 de diciembre de 2005.

La teoría neocosntitucionalista propuesta por el autor Guastini considera estos siete principios como pilares de la teoría constitucional.

La existencia de una Constitución rígida; b) El establecimiento de garantías jurisdiccionales de la Constitución; c) La fuerza vinculante de la Constitución; d) La sobre interpretación de la Constitución, para extraer de ella todos sus contenidos implícitos; e) La aplicación directa de las normas constitucionales; f) La interpretación de las leyes conforme a la Constitución; y, g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.⁸⁷

El sistema jurídico constitucional ecuatoriano se rige bajo los preceptos del neocosntitucionalismo y el garantismo jurídico. Estas dos tendencias doctrinarias del derecho reconocen el Estado de Derecho y la seguridad jurídica como elementos constitutivos del ordenamiento jurídico. En el tema referente a la disminución y limitación de las utilidades de los trabajadores existe una clara violación a lo establecido en la Constitución y la normativa ecuatoriana. Si se analiza una vez más el argumento de la Corte Constitucional en el que se justifica la violación de derechos basado en concepto de igualdad relativo a los sectores económicos se puede concluir que existe una violación directa a los derechos reconocidos en la constitución. La Constitución de acuerdo a la teoría constitucionalista antes citada debe ser de aplicación directa y rígida. Esto quiere decir, que las interpretaciones deben tener estricto apego al texto de la norma, sin ampliaciones o interpretaciones que puedan tener un sentido contrario.

Al ser la Constitución una norma de aplicación directa, los derechos y los principios reconocidos en la misma deben tener a la misma naturaleza. Cuando la carta maga nacional reconoce a la intangibilidad y la progresividad como principios rectores del derecho del trabajo se debe atender a estos de manera literal y directa.

Sintetizando lo expuesto anteriormente, en el neoconstitucionalismo, dispone que las normas establecidas en la Constitución son de aplicación directa y no pueden ser modificadas por otras normas. La Constitución de la Republica y la Ley laboral, establecen

⁸⁷ Cfr. Juan Pablo Aguilar *Neconstitucionalismo en el Ecuador una mirada al Jurista Ingenuo*. http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_003.pdf (acceso 02/02/2017).

que la remuneración es un derecho adquirido por el trabajador, intangible, irrenunciable y que debe tener el carácter de progresivo. Si se considera a las utilidades como parte de la remuneración, a este se le debe aplicar estos principios que son parte del Derecho del Trabajo. No puede ser disminuida, y no puede ser alterada modificada por ninguna norma.

4. Conclusión

El problema jurídico de esta tesis se concentra en analizar la disminución de las utilidades en el sector de los hidrocarburos. Después del análisis realizado en este trabajo, es posible concluir que la disminución de los de las utilidades a los trabajadores de esta industria representa una violación directa a los derechos de los trabajadores reconocidos la Constitución y las leyes nacionales. La Constitución, en su artículo 66 reconoce que el Estado garantizará una vida digna donde se protege el trabajo. Este reconocimiento que hace la Carta Magna nacional quiere decir que el Estado reconoce y garantiza el derecho al trabajo y a todos los principios que comprende este derecho, es decir, todos los derechos que forman parte del Derecho del Trabajo que están reconocido en las leyes, en particular la igualdad, la intangibilidad y la progresividad de los derechos. Estos derechos se encuentran tipificados en el artículo 326 de la Constitución.

El análisis de la Corte Constitucional, analizado en el cual se negó la acción de inconstitucionalidad de la Ley de Hidrocarburos, la magistratura hace un análisis incompleto, subjetivo y errado al considerar los principios de los derechos laborales en cuestión. Primeramente, los jueces consideran que la igualdad y la no discriminación del Derecho Laboral se la debe aplicar entre iguales. Es decir, la igualdad se debe considerar entre trabajadores que mantienen condiciones iguales. Es errado considerar que la norma y los principios se deben aplicar de manera relativa y dependiente de las personas en cuestión. Los principios y los derechos del trabajador reconocidos en el Constitución y en el Código de Trabajo son de aplicación directa, general e igualitaria para todos. Los principios que reconoce la norma en relación al derecho del trabajo, son para el ejercicio de todos los trabajadores.

Por otro lado, a pesar de que la norma establece que la participación en las utilidades se fija por la Ley, el establecimiento de las mismas no puede contravenir ningún derecho y ninguna disposición Constitucional. Haciendo referencia una vez más a los principios fundamentales del derecho del trabajo, que son la igualdad, progresividad e intangibilidad, ninguna norma puede vulnerar estos principios rectores y estructurales de las relaciones laborales. Indistintamente de la consideración legal que se le puede dar a las utilidades, estas se encuentran protegidas por los mismos principios que protegen a la remuneración en general. La disminución de las utilidades de los trabajadores en el sector petrolero, incuestionablemente representa una violación a los principios de intangibilidad y progresividad. El Derecho Laboral establece que los derechos de los trabajadores no son susceptibles de modificación, con la excepción de que dicha modificación represente un beneficio o un incremento en la esfera de protección. Además, en virtud de la progresividad, se puede decir que los ámbitos de protección del Derecho del Trabajo deben incrementarse y no disminuirse. Después de la investigación realizada se puede concluir que la disminución de las utilidades de los trabajadores representa un caso evidente de ilegalidad e ilegitimidad. Esta decisión contradice toda norma expresa que protege los derechos del trabajo.

Dentro de la doctrina, el sueldo y salario tal como lo presenta el Código forma parte de la primera categoría de la remuneración. Esta categoría hace referencia a la remuneración que recibe el trabajador por la realización de sus labores habituales que debe ser pagada permanentemente en un tiempo determinado. A diferencia de la primera categoría, la doctrina reconoce las formas de remuneración especiales que son las participaciones en beneficios. Las remuneraciones especiales para la doctrina son métodos especiales de remuneración que son el desarrollo de las nuevas políticas sociales que se desarrollan en el Derecho del Trabajo.

Además, el Código del Trabajo establece las distintas formas de remuneración que se aplican en el derecho laboral ecuatoriano. La primera forma de remuneración son los contratos a sueldos. Esta forma de remuneración es la que se realiza tomado como base una cierta unidad de tiempo. Además, esta forma de remuneración, debe estar fijada por el

contrato de trabajo previamente. La segunda forma de remuneración que reconoce el artículo decimotercero del Código es el contrato en participación. Esta forma de remuneración fluctúa en virtud de resultados, trabajado efectivamente realizado y objetivos logrados. Está por último la forma mixta también prevista en el Código, es una unificación de las formas de remuneración antes mencionadas. La forma mixta de remuneración se compone del contrato sueldo, es decir, una remuneración preestablecida que se bonifica en un periodo de tiempo determinado. Combinado con una remuneración adicional que es el resultado de los beneficios generados y el trabajo realizados.

Si se analiza lo que sucede con 12% restante de las utilidades de los trabajadores tal como lo expone el artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos la norma establece que ese porcentaje se les acredita a los gobiernos autónomos descentralizados donde se realizan las actividades de explotación de hidrocarburos. Por otro lado, la norma establece que el monto que supere el límite de las utilidades establecidos en la ley deberá ser dirigido al Sistema de Seguridad Social. Si se considera que las utilidades son parte de la remuneración, en estos dos casos existiría una doble obligación injustificada que se impone a un mismo sujeto. Los GADS deben financiar su actividad con fondos que provienen del Gobierno Central y de los impuestos municipales respectivos. En caso de que se utilice las utilidades de los trabajadores del segmento de hidrocarburos como fondos de financiación de actividad se puede determinar que hay una obligación tributaria que se está exigiendo dos veces. A su vez, en el caso de la seguridad social, los trabajadores, realizan su aporte en virtud de la remuneración que perciben, el aporte es de carácter mensual y se contribuye permanentemente a lo largo del año. Si se impone la obligación de contribuir por los montos que excedan el máximo de la norma, se está produciendo una doble obligación de contribución que no tienen ningún sustento legal

Con respecto a las utilidades, tanto la legislación nacional y la doctrina coinciden en que las utilidades representan un complemento a la remuneración. Las utilidades en estricto sentido, son el beneficio que reciben los trabajadores de una compañía en razón de los ingresos generados a partir de la actividad económica de una empresa. Como se explicó a lo largo de este trabajo, el derecho a las utilidades se encuentra protegido por la Constitución

y el Derecho del Trabajo, de tal forma, que las utilidades deben estar protegidas por los mismo derecho que protegen a la remuneración en general.

Las soluciones que se propone para impedir que la disminución de derechos en el caso de la limitación y la restricción de las utilidades son las siguientes: primeramente, una restauración del orden legal y donde se retrotrae la norma al estado anterior a la reforma. Con esto se quiere decir que se debe derogar los artículos de La Ley de Hidrocarburos y el Código del Trabajo donde se tipifica la violación de los derechos de los trabajadores.

Se debería establecer mecanismos legales donde al trabajador al que se ha limitado o disminuido las utilidades sea retribuido con otros beneficios y otros derechos. Por ejemplo, se impute los ingresos residuales como parte del pago del impuesto a la renta cualquier otra obligación que el trabajador tenga con el Estado.

Que se incluya los ingresos excedentes a fondos de cesantía, o se acumule en un fondo para aumentar el monto reservado para la jubilación. Con esto, el trabajador puede aumentar sus ahorros jubilares para incrementar sus pensiones a futuro.

Se debería utilizar los montos reducidos y remanentes en planes de formación y capacitación de los trabajadores, se debe además utilizar esos fondos para el desarrollo de un programa familiar donde la familia del trabajador puede beneficiarse. Como por ejemplo subsidios parciales de las pensiones educativas de todos los niveles.

Se debe considerar el porcentaje remanente como fondos para la afiliación a la Seguridad Social de los familiares dependientes del trabajador, utilizando el dinero que le corresponde al trabajador como aporte para sus dependientes y familiares no afiliados.

Por último, para que la disminución y limitación de las utilidades no representen una violación derechos de los trabajadores, se puede crear un fondo empresarial global de libre acceso para los trabajadores, donde cada empleado de la empresa pueda acceder como préstamo donde las condiciones sean extremadamente favorables para que el trabajador pueda acceder a crédito para invertir.

La solución que propone el autor como alternativa a la derogación de la Ley de Hidrocarburos y el artículo del Código del Trabajo y que no represente una violación a los derechos de los trabajadores es la siguiente. En pleno reconocimiento de los derechos adquiridos, progresivos e intangibles de los trabajadores, el monto de las utilidades que exceda la limitación interpuesta por el Código, o el monto de las utilidades que supere el 3% en el caso de las empresas de hidrocarburos, debe ser utilizado en iniciativas que mejoren el marco de protección de los derechos los trabajadores. Por ejemplo, aumentar los fondos de jubilación. Invertir en la formación y el desarrollo de los profesionales dentro de la empresa. Que se utilicen esos fondos para el pago del impuesto a la renta de los trabajadores. Mejorar el acceso a crédito de los trabajadores para que puedan invertir en bienes que le representen un beneficio futuro. Garantizar el bienestar de los familiares de los trabajadores a través de la afiliación a la seguridad social. Políticas e iniciativas como las propuestas representan un aumento de los derechos de los trabajadores y una ampliación de los derechos que se les reconoce.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso García Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. 9na edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2009
- Américo Plá Rodríguez. *Los principios del derecho del trabajo*. 2da edición. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1978
- Armijo Gallardo José. *Precios, salarios, nivel de vida mínimo*. Ed. Madrid: Editorial Reus, 1953
- Bernardelli, H. *El salario*. 1ra edición. Buenos Aires: editorial UBA, 1946.
- Bravo Rubén. *Temas laborales y judiciales*. Tesis de Maestría. Universidad Católica de Cuenca. Cuenca 2010.
- Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral Doctrina y Legislación Iberoamericana*. 3era edición. Tomo II. Volumen 2 Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1988.
- Casanova Luigi. *Studi sulla teoría dellazienda*. 2da edición. Italia: Università di Catania, 1938
- De La Cueva. Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 21^a. Ed. México: Porrúa, 2007.
- García Máñez Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 29 edición. México: Editorial Purria, 1940
- Guerrón Ayala Santiago. *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Quito. 2012.
- Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional Del Trabajo. Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Ginebra: 81a Reunión, 1994.
- Miguel Ayusso, Mario Guillen y David Valero. *Sostenibilidad del Sistema de Pensiones desde la perspectiva de la Equidad y la Eficiencia*. Departamento de

Economía Universidad de Barcelona.

<http://www.ub.edu/irea/Seminari%202014/M.Ayuso.pdf> (acceso: 30/12/2016).

Pérez Botija Eugenio. *Curso de Derecho del Trabajo*. 2da edición. Madrid:

Editorial Tecnos S.A., 1950.

Pérez Pablo y Muntadas Rovira. *Sobre la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa*. 2da edición. Tomo I. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 1950.

Trujillo V y Julio C., *Derecho del Trabajo*. 1ra edición. tomo II. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1979

Vásquez López, Jorge. *Derecho Laboral Practico*. Quito: Ceballos, 2013.

PLEXO NORMATIVO

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 499 de 20 de octubre 2008

Código Civil. Registro Oficial suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Código del Trabajo. Registro Oficial No. 167 de 16 de junio de 2005

Código del Trabajo Republica del Panamá. Año 1971

Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia No. 024-15-SIN-CC Caso No. 0036-11-IN, 01 de julio de 2015.

TESIS DE GRADO

Bravo Rubén. *Temas laborales y judiciales*. Tesis de Maestría. Universidad Católica de Cuenca. Cuenca 2010.

Guerrón Ayala Santiago. *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Quito. 2012.

Lasso, F. El salario. Concepto legal y sus complementos. Tesis de Grado Universidad Nacional del Litoral de Argentina. Santa de Argentina 2011.