



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **RESUMEN**

En el año 2006, se dictó la Ley Reformativa al Código del Trabajo, que regulaba la tercerización de servicios complementarios y la intermediación laboral, sin embargo ha existido abuso de las empresas denominadas usuarias, de estas formas de contratación, causando perjuicio a los trabajadores en nuestro país.

Por lo analizado es importante referirnos a este tema que ha sido escogido para su desarrollo por las reformas introducidas dentro de la relación laboral patrono-trabajador, con el propósito de asegurar a la parte débil de la relación laboral una relación jurídica laboral directa que implique estabilidad, remuneraciones justas, terminación de las modalidades de relación laboral que vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, el pago de remuneraciones justas, la organización sindical y contratación colectiva, fondos de reserva, utilidades conforme los arts. 325 y 326 de la Constitución de la República del Ecuador.

Con el advenimiento de la globalización en la década de los 90 se han producido cambios sustanciales en las relaciones laborales patrono-trabajadores, encontrándose como respuesta el deterioro de los derechos de los trabajadores por la flexibilización provocando impactos en todos los sectores sociales y económicos.

Las fuentes de empleo son generadas por las unidades económicas y entidades que realizan procesos de producción o servicios y son esas empresas productoras las empleadoras, no así las que realizaban actividades de tercerización de servicios complementarios e intermediación laboral, que su actividad era de carácter mercantil para su propio beneficio.



**UNIVERSIDAD DE CUENCA**

**PALABRAS CLAVES:**

TERCERIZACIÓN Y SERVICIOS, INTERMEDIACIÓN LABORAL, LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO, MANDATO CONSTITUYENTE NO. 8, INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SANCIONES



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **INDICE**

### **CAPITULO I**

#### **LA LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO- 2006-48**

- 1.1.-Antecedente sobre la tercerización y Servicios complementarios
- 1.2.-Regulación de la Actividad de Intermediación laboral
- 1.3.-Regulación de los Servicios Complementarios
- 1.4.-Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante el cual se regula la Actividad de la Intermediación laboral y la Tercerización de Servicios Complementarios. Decreto Presidencial No. 1882-octubre-006

### **CAPITULO II**

#### **EL MANDATO CONSTITUYENTE No. 8**

- 2.1.- Regulación sobre la Tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo
- 2. 2.- Eliminación de la contratación laboral por horas
- 2. 3.- Regulación de los Servicios de Actividades Complementarias, y su reglamentación
- 2. 4.-Reglamento de Aplicación para la aplicación del Mandato Constituyente No. 8



UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **CAPITULO III**

#### **EFFECTOS JURIDICOS EN LA APLICACION DEL MANDATO CONSTITUYENTE No.8**

3.1.-Análisis al Artículo 327 de la Constitución de la República del Ecuador en relación con el Mandato No. 8

3.1.1.- El incumplimiento de obligaciones

3.1.2.- Simulación

3.1.3.- Fraude a la Ley

3.1.4.-El enriquecimiento injusto en materia laboral

3.2.-Estabilidad Laboral

3.3.-Desocupación y Subocupación

3.4.-Sanciones por violación a las normas del Mandato Constituyente No. 8 y del Código del Trabajo

Conclusiones

Bibliografía



UNIVERSIDAD DE CUENCA

UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

TESINA PREVIA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO  
DE DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL

TEMA:

**“EL MANDATO CONSTITUYENTE NO. 8, SU REGLAMENTO Y EFECTOS  
JURIDICOS EN LA LEGISLACION LABORAL ECUATORIANA”**

**Autora:**

Dra. Sandra Aguirre Estrella

**Director:**

Dr. Teodoro González Argudo

Cuenca – Ecuador

JULIO-2010

**Autora:**

Dra. Sandra Aguirre Estrella



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La responsabilidad por los hechos, ideas  
y doctrinas, expuestos en este trabajo,  
corresponden exclusivamente a su autora.

Sandra Elizabeth Aguirre Estrella



UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **DEDICATORIA**

La elaboración de este trabajo, dedico  
a un ángel que me ayuda desde el cielo,  
mi madre Carmelita; a mi adorado  
esposo, y a mis tiernos hijos, que han sabido  
apoyarme en todo momento.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **AGRADECIMIENTO**

**A mi esposo Dr. Geovany Peñafiel Calle,  
a mis hijos María Belén, María José y Geovanny  
Alejandro, a mi querido profesor, amigo y consejero  
Dr. Teodoro González Argudo, y a mis amigas  
incondicionales, Luly y Moni, que me han apoyado  
en todo momento para alcanzar las metas propuestas.**





UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **INTRODUCCION**

El Trabajo para todo ser humano es importante, es un medio de sustento de la vida, satisface necesidades básicas. A través del trabajo mantenemos nuestra propia identidad, frente a nosotros mismos como ante quienes nos rodean. El trabajo permite cumplir con expectativas personales, gozar del bienestar familiar y de la estabilidad de la sociedad.

Entre los derechos que devienen del Trabajo están: Derechos fundamentales a sindicalizarse, reconocimiento y negociación colectiva, protección frente a la discriminación, trabajo forzoso, trabajo infantil; derecho a un entorno laboral sano y seguro, derechos de los ciudadanos a la democracia, a la igualdad y a los servicios públicos de calidad que forman parte integral del programa global del movimiento sindical.

Siendo el tema de la relación laboral de vital importancia, este trabajo de investigación, propenderá a determinar y analizar cuales son los efectos jurídicos que ocasionó el Mandato Constituyente No. 8 dentro de la relación laboral entre patronos y trabajadores de las empresas de tercerización de servicios complementarios, intermediación laboral y contratación por horas; los efectos en la aplicación de las normas del Código del Trabajo, y la regulación constitucional que devino como efecto del mandato, en relación a la estabilidad laboral, la desocupación, subocupación, terminación de los sistemas precarios de contratación laboral.

Al sustentarse la legislación del trabajo y su aplicación en los Principios del Derecho Social, debe asegurarse al trabajador una relación jurídica laboral directa que implique estabilidad y remuneraciones justas como lo determina el art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **CAPITULO I**

### **LA LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO- 2006-48**

#### **1.1. ANTECEDENTES SOBRE LA TERCERIZACIÓN Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS.-**

El término tercerización, proviene del inglés "Outsourcing", traducido al español significa Tercerización, término que en España es conocida como Subcontratación. Este término sirve para designar a aquella herramienta empresarial estratégica que, partiendo del principio de que una empresa no puede ser realmente productiva en todas sus actividades, permite traspasar ciertas actividades hacia especialistas contratados por esta "con miras a que tales proveedores mejoren los resultados, tanto en la calidad como en el costo de los que, actualmente, tiene la empresa que los contrata".

De acuerdo al Diccionario y Guía del Derecho Laboral de la Legislación Ecuatoriana Anbar, en su página 640 establece: que tercerización "De acuerdo a la ideología neoliberal "la tercerización es un mecanismo para mejorar la competitividad empresarial contratando con empresas especializadas personal o desarrollo de funciones en las cuales no se tiene eficiencia o especialidad profesional". En la era de la globalización la tercerización apareció como un fenómeno de mayor relevancia para la mayoría de países la política de flexibilización laboral, constituyéndose en el modelo económico de nuestro tiempo..."<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Derecho Laboral, Diccionario Jurídico y Guía de la legislación Ecuatoriana, autor Fernando Andrade



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

2 En la legislación laboral particularmente el inciso segundo del Art. 41 del Código del Trabajo (CT), se refería a la actividad de personas que contratan trabajadores para que presten servicios a favor de una tercera persona. Estos son los llamados "intermediarios" en su acepción más básica. Entre los intermediarios (que serían los empleadores directos) y estas terceras personas que se aprovechan de la labor, se establece, por principio constitucional y disposición legal, una obligación solidaria, en favor del trabajador.

Hay que mencionar, que el inciso segundo del citado Art. 41 del Código de Trabajo, al ser reformado hace unos años, circunscribía la solidaridad a la intermediación de labores habituales en instalaciones anexas y otros servicios del empleador.

La intermediación laboral que estuvo vigente en el país, garantizada en la anterior constitución de la República cuando en el numeral 11 del art. 35 disponía que sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario.<sup>3</sup>

Según Fernando Oña Prado, la tercerización facilitó la explotación de la mano de obra; eliminó los derechos laborales de los trabajadores; y permitió la inobservancia de los derechos humanos.

La tercerización afectaba al derecho de organización de los trabajadores y a la negociación colectiva, promovía la reducción de los salarios, la terminación de la estabilidad, impedía la sindicalización, negaba la indemnización en casos de despido intempestivo o terminación unilateral de la relación laboral, y además

---

2 Código del Trabajo

3 Constitución Política de la República del Ecuador-1998



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

establecía situaciones discriminatorias en las empresas sean públicas o privadas.

Por lo tanto con el objeto de eliminar la legitimación de la desprotección laboral a sabiendas que la Terceerización e Intermediación laboral, reflejaban la ruptura existente entre los principios, derechos y garantías relativos al trabajo, consagrados tanto en la Constitución Política de la República, como en acuerdo y convenios internacionales suscritos por el Ecuador, la Asamblea Nacional procedió a su derogatoria.

Estas son las referencias que la legislación laboral tenía de la intermediación hasta la expedición de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios, publicada en el Registro Oficial No. 298-suplemento del 23 de junio del año 2006, con la denominada Ley 2006-48, misma que al definir la intervención laboral decía que se denomina intermediación laboral aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona natural o jurídica, llamada usuario, que determina sus tareas y supervisa su ejecución, contemplando un nuevo orden jurídico para efectos de la Intermediación Laboral y Tercerización.

La reforma actual los distingue conceptualmente, definiéndolos de la siguiente manera.

### **Intermediación Laboral**

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

La facultad disciplinaria frente al trabajador, corresponderá a la empresa Intermediaria, ha pedido previo y motivado de la usuaria.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **Tercerización de Servicios complementarios.**

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

### **Agencias privadas de colocación**

"La colocación de empleo consiste en la actividad mediante la cual una persona natural o jurídica, a través de una agencia privada de colocación, ofrece servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo y poner a disposición de personas jurídicas o naturales, personas para que sean empleadas como trabajadores directamente por aquellas, sin que la agencia privada de colocaciones de empleo, pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse La colocación no implicará ni intermediación laboral ni tercerización de servicios complementarios.". Como vemos la ley hace una distinción entre cada una de estas modalidades.

La ley 2006-48, reguló ampliamente la modalidad de contratación a través de la intermediación laboral que tuvo plena vigencia en el país, vigencia que se eliminó con el Mandato Constituyente 08

Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador, La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

La Constitución de la República vigente a partir del 20 de octubre del 2008, en el art. 327 dispone que la relación laboral entre trabajadores y empleadores será bilateral y directa y prohíbe toda forma de precarización como la intermediación laboral y la tercerización de actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora.

Estas y otras disposiciones constitucionales y legales, ratifican que la intermediación laboral tuvo plena aplicación y vigencia, estableciendo que las personas naturales o jurídicas que cumplieron estas actividades, tuvieron la calidad de patronos frente a los trabajadores que prestaron servicios a las denominadas usuarias.

### 1.2.-REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

El artículo 1, en su literal a); de la Ley Reformatoria al Código de Trabajo, mediante el cual se reguló la actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios publicada en el Registro Oficial No. 298, el 23 de junio de 2006 nos da la definición de Intermediación Laboral y dice:

4

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

La empleadora es la empresa de intermediación laboral; la empresa usuaria se limita a determinar las tareas del trabajador y supervisar su ejecución (Convenio 181 de la OIT, Art. 1, numeral 1, literal b); y Art. 1, literal a) de la Ley 2006-48, derogada por el Mandato N° 8).

---

4 Ley Reformatoria al Código del Trabajo, publicada en R.O. 298-23 junio del 2006



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

La facultad de determinar tareas y supervisarlas no implica dependencia laboral. La facultad disciplinaria correspondía a la Empresa intermediadora de acuerdo al Código Laboral y previo pedido motivado por la usuaria (Art. 13 de la Ley 2006-48, derogada por el Mandato N° 8).

Mediante la intermediación laboral, la empresa Usuaria contrata a otra empresa de servicios para que le suministre o proporcione personal, que prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con esta última y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios.

La entidad encargada de regular y autorizar el funcionamiento de las empresas dedicadas a la intermediación laboral es el Ministerio de Trabajo y Empleo a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos; las empresas tendrán vigencia en todo el territorio nacional y tendrán la validez de un año la primera vez que se obtenga la autorización, de cinco años adicionales con ocasión de la primera renovación y transcurrido este período será de tiempo indefinido.

Para el control de las empresas de intermediación, el Ministerio de Trabajo y Empleo deberán llevar un registro de todas las compañías que se dediquen a la intermediación laboral para lo cual elaborarán un plan anual de inspección de intermediación hasta el 15 de enero de cada año.

Por su parte las empresas de intermediación deberán presentar igualmente hasta el 15 de enero de cada año; sin perjuicio de que el Ministerio solicite esta información en cualquier tiempo; en medio magnético un informe estadístico que contenga:

- a) El número de trabajadores intermediados en el años clasificados por género;



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- b)** El número de personas intermediadas en cada usuaria y número de las empresas usuarias a las que presten los servicios;
- c)** Determinación de las modalidades de contratos de trabajo pactados para la intermediación, con el número de trabajadores; y,
- d)** El número de trabajadores que terminaron su relación laboral.

Tanto las compañías de Intermediación laboral como las compañías de servicios complementarios, tendrán como objeto único y exclusivo la intermediación laboral o la tercerización de servicios complementarios.

Los requisitos para poder obtener el funcionamiento de éstas compañías son:

- a) Presentar el certificado de existencia legal otorgado por la Superintendencia de Compañías;
- b) Presentar copia certificada de la escritura de constitución de la compañía, debidamente inscrita y registrada en la forma prevista en la ley y cuyo objeto social será única y exclusivamente la intermediación laboral o la tercerización de servicios complementarios; y, acreditar un capital social mínimo de diez mil dólares, pagado en numerario;
- c) Entregar copia notarizada del registro único de contribuyentes (RUC);
- d) Copia certificada del nombramiento del representante legal, debidamente registrado;
- e) Documento original del IESS o copia certificada que acredite la titularidad de un número patronal, y de no encontrarse en mora en el cumplimiento de obligaciones; y,
- f) Disponer de infraestructura física y de estructura organizacional, administrativa y financiera que garantice cumplir eficazmente con las obligaciones que asume dentro de su objeto social.





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Lo relativo al literal f), deberá ser acreditado por el Ministerio de Trabajo y Empleo, sin perjuicio que para el efecto dicte un reglamento. Las personas naturales no podrán prestar servicios de intermediación laboral ni de tercerización de servicios complementarios, excepto en los sectores de la construcción y agrícola en los cuales si podrán hacerlo, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Entregar copia notarizada del registro único de contribuyentes (RUC);
- b) Copia notarizada de la cédula de ciudadanía que acredite su nacionalidad ecuatoriana;
- c) Certificado otorgado por el IESS de ser titular de un número patronal, y de no encontrarse en mora en el cumplimiento de obligaciones; y,
- d) Copia certificada de una declaración jurada rendida ante notario público, que acredite que se dedica a la intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios en los sectores de la construcción o agrícola, y de su garantía personal y pecuniaria para el cumplimiento de sus obligaciones patronales, sin perjuicio de la solidaridad patronal del beneficiario directo de los servicios de los trabajadores, conforme el formato proporcionado por el Ministerio de Trabajo y Empleo.

Las personas naturales que realicen actividades de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios en los sectores de la construcción y agrícola, se someterán a todas las disposiciones de esta Ley, excepto las atinentes a las personas jurídicas en cuanto al capital social y requisitos para su funcionamiento como tales, fijados en esta Ley.

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



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### 1.3.-REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

La Ley Reformativa al Código del Trabajo mediante el cual se regula la actividad de intermediación Laboral y la de tercerización de servicios complementarios, en el literal b) del artículo 1 determina el concepto de Tercerización de Servicios Complementarios y dice: Se denomina tercerización de servicios complementarios aquella que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la Ley.<sup>5</sup>

*La tercerización u outsourcing se define como la adquisición sistemática, total o parcial, y mediante proveedores externos, de ciertos bienes o servicios necesarios para el funcionamiento operativo de una empresa, siempre que hayan sido previamente producidos por la propia empresa o ésta se halle en condiciones de hacerlo, y se trate de bienes vinculados a su actividad. Se parte del principio de que ninguna empresa puede ser verdaderamente productiva en todas sus actividades; la idea es encontrar compañías que puedan realizar ciertas actividades o procesos mejor que la propia empresa, de tal manera que ésta pueda dedicarse a su misión básica o actividad específica; (así,) a más de obtener un mejor resultado integral, se obtendrá un producto de mayor calidad y de menor costo.* <sup>(6)</sup>

Las actividades complementarias son:

1. De vigilancia,
2. De seguridad,
3. De alimentación,

---

<sup>5</sup> Ley Reformativa al Código del Trabajo, publicada en R.O. 298-23 junio del 2006

<sup>6</sup> Páez Andrés, 2006: 50.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

4. De mensajería,
5. De mantenimiento,
6. De limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter.

Al igual que para las empresas de intermediación laboral, el Ministerio de Trabajo y Empleo es el encargado de regularizar y autorizar el funcionamiento de las empresas de tercerización de servicio complementario.

Las personas jurídicas usuarias, podrán tercerizar como actividad complementaria, todas las actividades que no comprendan el proceso productivo de la misma. En caso de duda sobre este particular el Ministerio de Trabajo y empleo requerirá, de ser el caso, a la Superintendencia de Compañías, a la de Bancos, a la de Telecomunicaciones o a las Fuerzas Armadas, según el ámbito al que corresponda el giro del negocio de la usuaria, un informe en el que, dichos entes, detallarán de manera específica el proceso productivo de dicha usuaria. Dicho informe se constituirá en el referente para que el funcionario del Ministerio de Trabajo y Empleo determine de manera vinculante qué actividades son susceptibles de tercerización de servicios complementarios en dicha usuaria.<sup>7</sup>

Las empresas tercerizadoras, para la prestación de sus servicios, requerirán de la suscripción de un contrato de tercerización de servicios complementarios entre la empresa prestadora del servicio y la usuaria del mismo en el cual se establecerá expresamente la actividad complementaria del proceso productivo que se desarrollará mediante la tercerización de servicios complementarios.

El plazo de duración de este tipo de contratos será el que acuerden libremente las partes, la remuneración en ningún caso será inferior a la remuneración básica mínima unificada o los mínimos sectoriales, según la actividad o

---

<sup>7</sup> Ley Reformativa al Código del Trabajo, publicada en R.O. 298-23 junio del 2006



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

categoría ocupacional. Para los contratos de plazo inferior a treinta días, se pagará la parte proporcional o la que se acordare conforme este parámetro.

Al igual que los trabajadores de las empresas de intermediación laboral, los trabajadores de las empresas tercerizadoras de servicios complementarios, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, los convenios de la OIT, ratificados por el Ecuador, el Código de Trabajo, la Ley de Seguridad social y demás normas aplicables. Al ser las empresas de tercerización de servicios complementarios, el empleador es el encargado de hacer cumplir todos los derechos de los trabajadores.

Anualmente o cuando el Ministerio de Relaciones exteriores lo solicite, las empresas tercerizadoras de servicios complementarios están en la obligación de presentar los informes estadísticos relacionados con la oferta y demanda de mano de obra, frecuencia de colocación, ocupación, sectores de actividad económica atendidos, cuantías y escalas de remuneración.

En caso de no entregar la documentación o información ante el requerimiento del Ministerio de Trabajo y Empleo que tenga relación con controles periódicos o por denuncias será considerado como una infracción leve y sancionada con una remuneración básica.

El artículo innumerado 13 de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo mediante el cual se regula la actividad de intermediación Laboral y la de tercerización de servicios complementarios, establece las infracciones y sanciones a las que serán sometidas las empresas que incumplan con lo establecido en la Ley; dichas infracciones están divididas en tres clases así:

Infracción leve,  
Infracciones graves,  
Infracciones muy graves.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**1.4.-REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE EL CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS. DECRETO PRESIDENCIAL NO. 1882-OCTUBRE-2006.-**

El Reglamento a la Ley Reformatoria al Código del Trabajo del 12 de Octubre de 2006, regula la correcta aplicación de la Ley para proteger el bienestar de los trabajadores y así fortalecer las empresas de intermediación laboral y la de tercerización de servicios generadoras de empleo, las cuales deben ser monitoreadas y controladas para así evitar distorsiones en este tipo de empresas.<sup>8</sup>

El ámbito de aplicación del presente reglamento es para todas las actividades laborales y para todos los centros de trabajo sin excepción alguna en donde se contrate o labore bajo el régimen de intermediación laboral y/o tercerización de servicios complementarios conforme lo establecido en el párrafo uno del artículo 1.

Las empresas y personas naturales que se dediquen a estas actividades deberán contar con una infraestructura mínima para su funcionamiento la cual debe tener instalaciones físicas funcionales que cumplan con las normas de seguridad y salud; además de un archivo en el cual se lleve un registro de los aportes de cada empleado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social- IESS y más documentos de identificación.

Además de la infraestructura, las empresas deben contar entre su personal contratado directamente con un profesional titulado que tenga especialización o validación en manejo de personal; en caso de contar con más de cien

---

<sup>8</sup> Reglamento a la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, fecha 12 de octubre del 2006.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

trabajadores en una o varias empresas usuarias deberá contar en su nómina de forma permanente con un trabajador social y con su propio Reglamento Interno de Trabajo.

El presente reglamento establece los pasos a seguir para que las empresas o personas naturales obtengan la autorización de funcionamiento, el cual será otorgado por la Dirección de Empleo de cada provincia, para lo cual se hará una verificación física del local en el término de 5 días de haber cumplido con todos los requisitos determinados en el Código de Trabajo, y luego de lo cual en un plazo máximo de 2 días deberá emitir la autorización de funcionamiento.

En lo que respecta a la remuneración que las empresas de intermediación entregarán a sus trabajadores, éste será entregado directamente al trabajador y a la usuaria se le entregará como constancia el rol debidamente firmado por el representante legal y las certificaciones de aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS o los documentos que acrediten tal pago.

Conforme lo establecido en el artículo 10 del Reglamento a la Ley Reformatoria al Código del Trabajo al cual hemos hecho mención determina que el trabajador recibirá las utilidades generadas por la usuaria, a menos que la empresa intermediaria genere mayores utilidades que la usuaria. Para comprobar el valor de utilidades, las empresas usuarias deberán junto con la declaración de utilidades, en el formulario de especie valorada, presentar una copia de la declaración de impuesto a la renta, tanto de su actividad económica como la de la empresa intermediaria para que el Ministerio de Trabajo y Empleo verifique qué empresa generó mayor utilidad.

Los servicios que prestaban las personas naturales en el ejercicio de su profesión con título universitario terminal, no se consideran como actividades de tercerización de servicios, sino como prestación de servicios profesionales. (Disposición Séptima de la Ley 2006-48, derogada por el Mandato N° 8.)



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **Bases legales sobre las que actuaba el sistema de intermediación laboral en nuestro país:<sup>(9)</sup>**

- a. Constitución Política de 1945, Art.148, literal x.
- b. Constitución Política de 1998, Art. 35, numeral 11.
- c. Ley de Intermediación Laboral y Servicios Complementarios (Ley 2006-48, publicada en el Registro Oficial 298, de 23 Junio del 2006).
- d. Reglamento a la Ley 2006-48, publicado en el Registro Oficial 375, de 12 de octubre del 2006.
- e. Resoluciones N° 159 y 169 del Consejo Directivo del IESS sobre Fondos de Reserva.
- f. Otras normas jurídicas conexas:
  - Código del Trabajo: 40 y 100
  - Disposición General Primera y Cuarta de la LOSCCA.
  - Art. 7, numerales 2 y 9, del Reglamento a la Ley de Discapacidades.
  - Existen algunas disposiciones legales, decretos, reglamentos... que tienen referencias conexas.

---

**9** *Módulo Laboral*. Congreso Nacional, 2006.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **EL MANDATO CONSTITUYENTE No. 8**

#### **2.1.- REGULACIÓN SOBRE LA TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL Y CUALQUIER FORMA DE PRECARIZACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO**

El Mandato Constituyente No. 8 se expide el 30 de abril del 2008, y es publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 330, de fecha 6 de mayo del 2008, entra en vigencia de forma inmediata, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, tiene como base los siguientes considerándolos:<sup>10</sup>

-El art. 1 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente del 11 de diciembre del 2007, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 236 del 20 de diciembre del 2007 establece: “La Asamblea Constituyente representa la soberanía popular misma que radica en el pueblo ecuatoriano, y que por su propia naturaleza está dotada de plenos poderes”.<sup>11</sup>

El art. 2, numeral 2 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente del 11 de diciembre del 2007, publicado en el suplemento del Registro oficial No. 236 del 20 de diciembre del 2007, determina que la Asamblea Constituyente aprobará mandatos constituyentes, decisiones y normas, para el ejercicio de sus plenos poderes;

---

<sup>10</sup> Mandato Constituyente No. 8 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 330- fecha 6 de mayo del 2008

<sup>11</sup> Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 236 del 20 de diciembre del 2007





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **Erradicación de la injusticia laboral.-**

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

### **Relación Laboral directa que implique estabilidad :**

-La legislación del trabajo y su aplicación se sustentan en los principios del derecho social, y por lo mismo debe asegurar al trabajador una relación jurídica laboral directa que implique estabilidad y remuneraciones justas;

Modalidades que vulneran los Derechos de los Trabajadores:-

-La Tercerización de Servicios complementarios, la intermediación laboral generalizada y la contratación por horas, constituyen modalidades de relación laboral que vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva.

### **Fuentes de Empleo.-**

-Las fuentes de empleo son generadas por las unidades económicas y entidades que realizan procesos de producción o servicios y son ellas las que demandan trabajadoras (es). Las compañías que se dedican a las actividades de tercerización de servicios complementarios e intermediación laboral, hacen uso de esa demanda con carácter mercantil para su propio beneficio.



## **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

### **Limitación de formas de discriminación.-**

-Se ha tratado limitar las formas de discriminación de contratación laboral a través de la ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de tercerización de servicios complementarios y la intermediación laboral, publicada en el Registro Oficial No., 298 del 23 de junio del 2006, las empresas usuarias han abusado de estas formas de contratación perjudicando a miles de trabajadores en el Ecuador.

### **Vulneración de Derechos de los Trabajadores.-**

-Muchas Empresas Intermediarias, Tercerizadoras y otras, que actúan al margen de la ley en complicidad con ciertas empresas usuarias, han vulnerado sistemáticamente los derechos de los trabajadores pagándoles remuneraciones y prestaciones sociales inferiores a las que por ley estaban obligados e incluso han deshumanizado el trabajo, convirtiendo a la fuerza del trabajo en simple mercancía.

### **Precarización de la Actividad Laboral.-**

La Tercerización de servicios, la intermediación laboral y la contratación por horas, precarizan la actividad laboral, desentienden y desconocen los convenios internacionales de trabajo e impiden la organización sindical y la contratación colectiva.

### **Es Obligatorio suprimir Formas Precarias de Trabajo.-**

Es imperativo, suprimir y prohibir estas formas extrañas y precarias de trabajo para promover y recuperar los derechos laborales. . . .”

De acuerdo con el Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, en su art. 1, aprobado por el pueblo ecuatoriano el 30



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

de septiembre del 2007, la Asamblea Constituyente está dotada de plenos poderes: para transformar el marco constitucional del Estado y para elaborar una nueva constitución.

En su art. 2 de este Estatuto determina que la Asamblea Constituyente aprobará mandatos constituyentes, decisiones y normas, para el ejercicio de sus plenos poderes; en tal virtud dicta entre otros Mandatos Constituyentes el No. 8 con la finalidad de eliminar la Tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización, como el caso de la contratación por horas; sin embargo terminó introduciendo cambios profundos en materia salarial, lo cual es regulado en el Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente No. 8, promulgado mediante Decreto Ejecutivo y puesto en vigencia por el Poder Constituido, introduciendo reformas relacionadas con la revisión y limitación de los derechos pecuniarios constantes en los Contratos Colectivos, la eliminación del pago por hora de trabajo, y entre otros la disposición de la creación de una Comisión Sectorial para profesores privados que no laboran en jornadas completas.

Los considerándooos en los que se fundamenta el Mandato Constituyente No. 8, son contradictorios, empieza eliminando y prohibiendo la tercerización e intermediación, garantizando la relación directa, y en otros artículos permite se celebren contratos con personas naturales o jurídicas para que presten actividades complementarias cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias tales como: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.

Es contradictorio también, por cuanto entre los considerándooos dice que debe existir una relación directa, con estabilidad, y posteriormente permite la tercerización de actividades complementarias en las disciplinas antes referidas, así como la contratación civil para los servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

contabilidad, publicidad, consultoría auditoria, jurídicos y de sistemas, entre otros, entonces la relación directa en la que se fundamenta en los considerándolos y en la constitución de la república del Ecuador no se cumple por cuanto se está aceptando la existencia de una tercera persona.

El art. 1 del Mandato Constituyente No. 8 elimina y prohíbe la Tercerización e Intermediación Laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación será directa entre trabajador y empleador.

Esta disposición si bien es cierto el Mandato Constituyente No. 8 en su art. 1, elimina y prohíbe la Tercerización e Intermediación Laboral; sin embargo en el art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador, prohíbe la intermediación laboral y la tercerización pero **únicamente en actividades propias y habituales de la Empresa o persona empleadora**, permitiendo que se de la intermediación laboral y tercerización en aquellas actividades que no son propias ni habituales de la Empresa, así también lo hace en el art. 3 del mismo Mandato No. 8.

El art. 41 del Código del Trabajo, en su inciso segundo dice: “ Igual solidaridad, acumulativa, y electiva, se imputará a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores habituales, dentro de las instalaciones, bodegas anexas y otros servicios del empleador” Esta disposición no ha sido eliminada, por lo que se entiende que se acepta a la intermediación para los servicios habituales de la Empresa, existiendo contradicción en nuestra legislación vigente como vengo manifestando.

Las reformas introducidas en el Mandato No. 8, en relación a los derechos de los trabajadores acaparados por la contratación colectiva han pasado de alguna manera inadvertidas por la confusión generada por la eliminación y prohibición de la tercerización, intermediación y de las formas de precarización laboral (tercerización, intermediación y el trabajo por horas) aspiración de la mayoría



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

de trabajadores ecuatorianos. Si bien los arts. 1 y 2 del Mandato No. 8 elimina la tercerización, intermediación y contratación por horas, a renglón seguido en los arts. 3, 4, 5 y 6 del Mandato No. 8, y en las disposiciones generales primera y segunda, se instituyen nuevas formas precarias de trabajo: servicios complementarios, contratos civiles y de jornada parcial.

### **2. 2.- ELIMINACIÓN DE LA CONTRATACIÓN LABORAL POR HORAS**

El art. 2 del Mandato Constituyente No. 8, elimina y prohíbe la contratación laboral por horas, así:

Art.2 “Se elimina y prohíbe la contratación laboral por horas. 12

“Con el fin de promover el trabajo, se garantiza la jornada parcial prevista en el artículo 82 del Código del Trabajo y todas las demás formas de contratación contemplada en dicho cuerpo legal, en la que el trabajador gozará de estabilidad y de la protección integral de dicho cuerpo legal y tendrá derecho a una remuneración que se pagará aplicando la proporcionalidad en relación con la remuneración que corresponde a la jornada completa, que no podrá ser inferior a la remuneración básica mínima unificada. Así mismo, tendrá derecho a todos los beneficios de ley, incluido el fondo de reserva y la afiliación al régimen general del seguro social obligatorio.

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

El contrato por horas entró en vigencia con la Ley Trole en el año 2000, podía celebrarse para cualquier actividad y terminarse en cualquier momento por carecer de estabilidad. El valor de la hora trabajada contemplaba todos los beneficios económicos legales que conformaba el ingreso total del trabajador, incluía en el valor hora los beneficios de orden social, así décimo tercera y

---

12 Código del Trabajo, art. 82.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

décima cuarta remuneración, vacaciones, fondos de reserva, a excepción de utilidades. Con este contrato por horas se rompía la posibilidad de organización, derecho contemplado en nuestra constitución y ley, siendo este contrato de trabajo por su naturaleza un contrato precario.

El artículo 2 del Mandato en referencia, garantiza la Jornada Parcial prevista en el art. 82 del Código del Trabajo, en la que el trabajador gozará de estabilidad y de la protección integral, teniendo derecho a una remuneración aplicando la proporcionalidad en relación a la remuneración que le corresponda a quién labora en jornada completa, que no será inferior a la remuneración básica mínima completa unificada. Tendrá derecho a todos los beneficios de orden social, incluido el fondo de reserva, afiliación al seguro Social. Tiene derecho al pago de horas suplementarias y extraordinarias cuando la jornada de trabajo exceda del tiempo de trabajo convenido entre las partes.

Al respecto es importante recalcar que la Jornada Parcial en el Mandato Constituyente No. 8 sólo garantiza su aplicación, por cuanto la Jornada Parcial siempre ha estado vigente a través del art. 82 del código del Trabajo, reforma introducida en el gobierno de Febres Cordero, 1985.

Art. 82 del Código del Trabajo:

“Remuneraciones por horas: diarias, semanales y mensuales.- En todo contrato de trabajo se estipulará el pago de la remuneración por horas o por días, si las labores del trabajador no fueran permanentes o se trataren de tareas periódicas o estacionales; y, por semanas o mensualidades, si se tratare de labores estables y continuas.

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



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

De igual manera se pagarán los restantes beneficios de ley, a excepción de aquellos que por su naturaleza no puedan dividirse, que se pagarán íntegramente”

Si bien es cierto el Contrato de Trabajo de Jornada Parcial, es una modalidad de contrato precario que en el propio art. 1 del Mandato Constituyente No. 8 lo prohíbe, luego en el art. 2 de dicho Mandato garantiza la jornada parcial prevista en el art. 82 del Código del Trabajo; sin embargo es necesario recalcar que bajo esta modalidad de contrato de trabajo se permite trabajar a personas que por cualquier motivo no pueden laborar la jornada completa de las ocho horas diarias.

El art. 82 del Código del Trabajo, en su primer inciso no ha sido eliminado y sigue vigente, a pesar de que el Mandato Constituyente No. 8 elimina y prohíbe cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador; sin embargo en el inciso primero del art. al que nos estamos refiriendo dice que en todo contrato de trabajo se estipulará el pago de la remuneración por horas o días para las labores que no sean permanentes o si se tratare de tareas periódicas o estacionales, lo que estipula que el pago de la remuneración en estos casos se pueda hacer legalmente por horas o días cuando las labores no sean permanentes o si son periódicos o estacionales.

La Disposición Transitoria Segunda del Mandato Constituyente No. 8 dice que los trabajadores que se encontraban laborando bajo la modalidad de contrato por horas por más de 180 días con anterioridad a la aprobación de este mandato serán contratados de manera obligatoria bajo las distintas modalidades previstas en el Código del Trabajo, según lo establecido en el art. 2 del presente mandato.

Esta disposición dio lugar a que los empleadores contraten a los trabajadores que se encontraban por más de 6 meses laborando para ellos bajo la modalidad de contratos por horas, ya sea como eventuales o contratos de



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

trabajo de plazo fijo para un año, etc., que en ningún momento se ha dado la estabilidad laboral que se pretendía con el Mandato Constituyente No. 8.13

### **Consecuencias negativas constantes en el Mandato No 8 y su reglamento.-**

**Estabilidad y trabajos precarios.** La estabilidad en el trabajo es una vieja aspiración de trabajadores, empleadores y gobernantes, con verdaderos beneficios para los centros de trabajo, para los propios trabajadores, para los gobernantes y para la sociedad, es un principio del derecho de trabajo que en los últimos años ha sido violentado lo que ha hecho que solamente sea una aspiración lejana para el trabajador de esta época.

El *Derecho al Trabajo* establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Constituciones Políticas, Instrumentos Internacionales, Leyes Secundarias..., es una aspiración muy justa, pero de muy difícil aplicación, a tal punto que actualmente ya se está hablando de conseguir y mantener un puesto de ocupación como una meta de supervivencia...

El Mandato N° 8 parte del criterio equivocado de que toda actividad laboral debe ser estable y que las actividades *precarias* constituyen una explotación de la mano de obra; sin embargo, el Art. 14 del Código del Trabajo, en concordancia con la realidad establece excepciones a la estabilidad anual por obvias razones, así: los contratos a prueba, aprendizaje, eventuales, ocasionales, temporales, los de obra cierta no habituales, etc.

**Nuevas formas de contratación:** Aunque el Mandato prohíbe la “tercerización”, admite: a) La celebración de contratos de prestación de actividades complementarias, b) La contratación en el sector público estratégico, c) La contratación civil de servicios técnicos especializados, d) La

---

13 Mandato Constituyente No. 8.





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

contratación a tiempo parcial, e) Regulaciones para profesores de establecimientos particulares, f) Regulaciones para los contratos colectivos.

La mayoría de estas nuevas formas de contratación no son más que sistemas disfrazados de tercerización de servicios, con limitaciones injustificadas y vicios jurídicos muy graves para la justicia laboral.

**Situación de los trabajadores intermediados.** La Primera Disposición Transitoria del Mandato N° 8 establece:

- a) La terminación de todos los contratos de intermediación laboral vigentes al 30 de Abril del 2008.
- b) La incorporación desde el 1 de Mayo del 2008 de los trabajadores intermediados a la empresa usuaria del sector privado.
- c) La incorporación desde el 1 de Mayo del 2008 de los trabajadores intermediados a la empresa usuaria del sector público, de las empresas que han prestado servicios 180 días antes del Mandato, es decir, desde el 30 de Abril del 2008. Es posible despedir a los trabajadores que han laborado menos de 180 días?
- d) De los trabajadores intermediados del sector público, solamente los obreros quedan amparados por la contratación colectiva del trabajo.
- e) No se regula la situación de los trabajadores del sector privado frente a la contratación colectiva del trabajo.
- f) Los trabajadores por horas que hubieren laborado por más de 180 días se incorporan a las empresas usuarias.

**Jerarquía de las normas jurídicas.** La supremacía de las normas constitucionales ha sido reconocida desde el año 1830 y se aplica en casi todos los Estados de derecho, no así las normas legales y otras regulaciones jurídicas sobre las que ha existido un gran desorden.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

La Constitución de la República del Ecuador, en sus Arts. 424 y 425, dispone:<sup>14</sup>

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

El Mandato Constituyente N° 8 se promulgó irrespetando el ordenamiento jurídico vigente y la jerarquización de las normas constitucionales, motivo por el que ha sido cuestionado con muchas razones jurídicas y sobre todo éticas.

---

<sup>14</sup> Constitución de la República del Ecuador-2008



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Conviene resaltar que los “Mandatos”, entre ellos el que estamos comentando en este capítulo, fueron eliminados de la Constitución de Montecristi, sin conocerse las razones -posiblemente políticas- de su eliminación.

Si los “Mandatos” -cuerpos de leyes viciados de errores conceptuales- no están considerados dentro del orden jerárquico constitucional, su valor jurídico es muy relativo y peligroso para la seguridad jurídica del país.

### **2. 3.- REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS, Y SU REGLAMENTACIÓN.**

El art. 3 del Mandato No. 8 dispone: “Se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria”

El Art. 2 del Reglamento permite la realización de actividades complementarias solamente a personas jurídicas constituidas de acuerdo a la Ley de Compañías (Sociedades Anónimas, Compañías de Responsabilidad Limitada, etc.), con su propio personal, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria, mientras el Mandato No 8, en su Art. 3 señala que esas actividades las pueden realizar personas naturales o jurídicas. El reglamento elimina las personas naturales constantes en el Mandato.<sup>15</sup>

Para corregir esta grave contradicción, se dicta el Decreto Ejecutivo No. 1313 de fecha 8 de septiembre del 2008, publicado en el R. Oficial No. 427 de fecha 17 de septiembre del 2008, dice:

---

<sup>15</sup> Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente No. 8



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Se agregue al art. 2 del Reglamento de Aplicación del Mandato el siguiente inciso: “Las personas naturales podrán realizar actividades complementarias de alimentación, mensajería y limpieza, para lo cual deberán contar con la respectiva calificación y autorización del Ministerio de Trabajo y Empleo cumpliendo los requisitos a que se refieren los literales c), e) y f) del art. 5 de este Reglamento”

Con esa Reforma se entiende que las personas naturales pueden realizar actividades complementarias únicamente de Alimentación, Mensajería y Limpieza, limitando a estas tres actividades a diferencia de las personas jurídicas que pueden acceder a desarrollar las actividades además de Vigilancia y Seguridad.

El art. 4 del Mandato Constituyente dice:

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

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

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



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Según esta disposición la relación laboral no es bilateral, ni directa, por lo contrario reconoce la responsabilidad solidaria contemplada en el inciso primero del art. 41 del Código del Trabajo.

En relación a lo dispuesto de las utilidades, dice que los trabajadores de las Empresas de Actividades Complementarias percibirán utilidades en forma proporcional debiendo tomar en cuenta las utilidades de las empresas usuarias para la cuales se presta el servicio; y sólo de las Empresas que prestan la Actividad complementaria cuando las utilidades sean superiores a las de las Empresas Usuarias, teniendo estos trabajadores reconocidos todos los derechos contemplados en Convenios Internacionales y en nuestra normativa vigente.

El Art. 3 del Reglamento de aplicación del Mandato Constituyente No. 8 dice:: El personal de vigilancia, controles y filtros de seguridad de los aeropuertos y puertos marítimos deberá ser contratado en relación directa y bilateral...

(...) los servicios de alimentación de los hoteles, clínicas y hospitales... no son actividades propias; se atenta al principio constitucional de libre contratación y se da a entender que la actividad principal de esas instituciones es dar de comer.

Las labores de desbroce, roce, mantenimiento de canales de riego, y limpieza bananeras, cañaverales y otra clase de plantaciones... son criterios no identificados con la realidad del sector agrícola.

(...) trabajos de aseo, limpieza de calles, veredas y de mantenimiento de parques...

Por cuanto no se entendía porqué este personal de vigilancia, de controles y filtros de seguridad de los aeropuertos tenían que ser contratados en forma directa, no existía ningún sustento técnico, se dicta el art. 2 del Decreto



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Ejecutivo No. 1313, que agrega un inciso primero al art. 3 del Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente No 8, y dice: “Contratación directa y bilateral.- El personal de controles y filtros de seguridad de los aeropuertos y puertos marítimos que no utilizan armas, será contratado de manera directa y bilateral por las entidades o administradores a cargo de los mismos por cuanto estas actividades son propias y habituales en sus operaciones. En los demás casos, la vigilancia-seguridad de aeropuertos y puertos marítimos podrá ser contratada con empresas autorizadas para realizar estas actividades”.

### **Objeto único y exclusivo**

Los Arts. 4 y 5, literal b) del Mandato Constituyente No. 8, establecen que las empresas que efectúan actividades complementarias tendrán un objetivo único y exclusivo, pero *podrá abarcar una o varias* de estas actividades: vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería y limpieza.

La autorización y control por parte de los Directores Regionales del Trabajo tendrá la validez de 2 años la primera vez, 5 años adicionales la primera renovación y luego por tiempo indefinido.

### **Requisitos para la autorización: Art. 5 del Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente No. 8**

-Certificación de la existencia de la empresa, otorgada por la Superintendencia de Compañías y del RUC en caso de personas naturales.

-Escrituras de constitución o reforma de estatutos, con objetos sociales únicos y exclusivos.

-Copia notariada del RUC.

-Nombramiento de representante legal.

Número patronal del IESS.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Certificado de cumplimiento de obligaciones con el IESS

Contar con infraestructura física, organizacional, administrativa y financiera.

Declaración juramentada, ante notario o juez, de los representantes legales de las empresas contratantes, de que no son matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tienen participación o relación societaria de ningún tipo (Art. 6 del Mandato)

### **Contratos: Art. 6 del Reglamento al Mandato Constituyente No. 8**

Esta actividad requiere de la suscripción de dos clases de contratos:

-Contrato mercantil.- Entre la empresa de Actividades Complementarias y la Empresa Usuaria, en el que se establecerá expresamente las actividades complementarias del proceso productivo (no habla de servicios) que se realizarán mediante la contratación, y *deberá constar de manera precisa la remuneración que percibirá cada trabajador, laborando jornadas de ocho horas diarias y cuarenta semanales*".

Al respecto se presenta una duda, si se aplica o no en esta actividad la jornada parcial.

-Contrato de Trabajo por escrito entre la Empresa que realiza actividad complementaria y cada uno de los trabajadores. Se tendrá en cuenta que tienen que celebrare por escrito, registrarse en un plazo de 30 días en las Inspectorías de Trabajo los contratos de trabajo.

### **Remuneraciones Mínimas.-**

En ningún caso se pactará una remuneración inferior a la remuneración básica mínima unificada o a los sueldos y salarios mínimos sectoriales, según la actividad o categoría ocupacional. En la actualidad el salario unificado para el trabajador en general y para los de esta rama de actividad es de doscientos cuarenta dólares mensuales más los beneficios de orden, y en caso de superar



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

la jornada de ocho horas diarias, y de la jornada ordinaria se deberá cancelar con los recargos correspondientes.

### **La responsabilidad solidaria:**

*Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales. (Art. 4 del Mandato).*

*La responsabilidad patronal solidaria operará entre la empresa contratista y la empresa contratante de dichas actividades complementarias solo en relación al periodo en que el trabajador haya brindado sus servicios en la usuaria contratante. (Disposición General Segunda, inciso 2do., del Reglamento).*

Esta disposición de la solidaridad consta en el Art. 41 del Código del Trabajo, aclarando que en la anterior constitución en su Art. 35, numeral 11, de la Constitución Política de 1998, estaba garantizada la responsabilidad solidaria, disponía que sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario. Sin embargo en la Constitución del 2008 al haberse prohibido y eliminando la Tercerización, e intermediación laboral y cualquier forma de precarización, se confundieron y ya no hicieron constar en la Constitución del 2008 la responsabilidad solidaria, error inconcebible, si en el mismo Mandato Constituyente No. 8 luego establece que se pueden celebrar contratos con personas naturales y jurídicas como prestadores de actividades complementarias y otros.





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **Obligación de la empresa contratante y contratista:**

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

Las empresas usuarias contratantes y las contratistas que realizan actividades complementarias, junto a la declaración de utilidades en el formulario de especie valorada, deberán presentar una copia de sus declaraciones del impuesto a la renta, en función de las cuales, el Ministerio de Trabajo y Empleo verificará qué empresa generó mayores utilidades. (Art. 9 del Reglamento).

-Se prohíbe cualquier cobro al trabajador, se considerará renuncia de derechos del trabajador y acarreará nulidad todo pacto y cláusula que le obligue pagar a la empresa que realiza actividad complementaria o a la usuaria cantidades, honorarios o estipendios a título de gasto o en concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, formación o contratación, cualquiera que sea su denominación (Art. 10 del Reglamento).

-La empresa contratante y contratista *están obligadas de informar al trabajador sobre los riesgos derivados del desempeño de su trabajo, así como suministrar los medios e instrumentos de protección y prevención respecto de aquellos.* (Art. 12 del Reglamento; sin embargo el Código del Trabajo tiene regulaciones completas).

-Fondo de reserva: *Las empresas que realizan actividades complementarias se sujetarán a lo previsto en el artículo 149 de la Ley de Seguridad Social* (Art. 14 del Reglamento).



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

En relación al Fondo, en cuanto a su trámite no existe ninguna dificultad, éste se genera de acuerdo a los artículos 196, 197 y 201 del Código de Trabajo, y 149, 275 y 282 de la Ley de Seguridad Social, después del primer año de servicios; así como en las contradictorias Resoluciones del Consejo Directivo del IESS Nros. 157 y 167.

La Ley de Intermediación... fue derogada, por lo tanto se eliminó la disposición que hacía referencia del pago del Fondo de Reserva desde el primer día de trabajo.

-En las actividades complementarias, solo podrán rotar el trabajador hasta en tres empresas usuarias dentro de un mismo año, según la naturaleza y características de cada actividad. (segunda disposición general).

### **Prohibición de vinculación.- Art. 6 del Mandato .-**

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

La usuaria del sector privado que contrate a una persona jurídica vinculada para la actividad complementaria, se le sancionará haciendo que asuma a los trabajadores como su personal de manera directa y será considerado como empleador. Será sancionado con una multa de 6 remuneraciones básicas mínimas unificadas, impuesta por los Directores Regionales.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Si la vinculación se da en el sector público, el funcionario que contrate a la empresa de actividad complementaria quién asumirá a los trabajadores a título personal como si fuera el empleador, esto es de manera directa y dependiente, sin que las instituciones del sector público pueda hacerse cargo de los trabajadores ni asuma responsabilidad alguna, ni solidaridad, funcionario que será sancionado con multa de 6 remuneraciones mínimas unificadas y la remoción o pérdida de su cargo, sin derecho a indemnización alguna.

Según el inciso 6 del art. 13 del Reglamento de aplicación del Mandato Constituyente, cuando se presume que exista vinculación entre las usuarias y las empresas contratistas de actividades complementarias solicitará toda la información que requiera a la Superintendencia de Compañías, Servicios de Rentas Internas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y otras instituciones.

Se establecerá vinculación cuando la información que proporcionen dichas entidades determinen que la usuaria y la compañía que realiza actividades complementarias, sus socios o accionistas, comparten intereses, patrimonio o administración financiero-contable, en uno o más de estos casos.

### **Infracciones de la Empresa contratante y sanciones.-**

-Existe prohibición para contratar a empresas de actividades complementarias que no tengan la autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de Trabajo y Empleo (hoy Ministerio de Relaciones Laborales)

A las usuarias del sector privado y a los funcionarios del sector público que contraten con una persona jurídica con pleno conocimiento que ésta no se encuentra autorizada para el ejercicio de actividades complementarias, se le impondrá la multa de 10 remuneraciones básicas mínimas unificadas, por los Directores Regionales de Trabajo e incorporadas al registro que se llevará a efecto en la respectiva Dirección Regional.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### Multas.-

-E l art. 7 del Mandato No. 8

“Las violaciones de las normas del Código del Trabajo, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes de dicho cuerpo legal, y cuando no se ha ya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo, impondrá multas de un mínimo de tres y hasta un máximo de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general, sin perjuicio de lo establecido en el art. 95 del Código de la Niñez y Adolescencia. Igual sanción se impondrá en caso de violación de las regulaciones del presente Mandato. Los jueces y los inspectores de trabajo, podrán imponer multas de hasta tres sueldos básicos unificados del trabajador en general. ” .16

### Ratificación de la terminación de los contratos de intermediación laboral

El Reglamento ratifica la terminación de los contratos de intermediación laboral celebrado entre intermediarias y usuarias vigentes al 30 de abril del 2008, sin derecho a ningún tipo de indemnización ni reclamo a la empresa usuaria por parte de las empresas que venían operando como intermediadoras laborales (Disposición Transitoria Primera del Reglamento).

Las intermediadoras laborales deberán celebrar actas de finiquito con los trabajadores para el pago de la parte proporcional de remuneraciones adicionales y vacaciones, sin perjuicio del pago de aportes y fondos de reserva al IESS hasta el 30 de abril del 2008. (Disposición Transitoria Primera del Reglamento.)

*-(...Los) trabajadores bajo la modalidad de contratos de trabajo a plazo fijo, a tiempo indefinido o de temporada (que mantenían las intermediarias), serán asumidos de manera directa y obligatoria por las empresas del sector privado*

---

16 Mandato Constituyente No. 8



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

*que contrataron con las intermediarias laborales, empresas usuarias que en lo sucesivo serán consideradas para todos los efectos como empleadoras directas de dichos trabajadores, quienes gozarán de un año mínimo de estabilidad especial, con una relación que se regirá por las normas del Código del Trabajo, en especial con lo que dispone el artículo 171 de dicho cuerpo legal. (Disposición Transitoria Segunda del Reglamento).*

Se exceptúan aquellos contratos de trabajo eventuales, ocasionales y de obra cierta, así como los del art. 169, numeral 3 y 179 del Código del Trabajo, que se hubieren sucrito y registrado anterior a la vigencia del Mandato Constituyente No.8, mismos que terminarán de conformidad a la forma prevista en la ley y en los contratos.

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

### **Empresas sucesoras:**

Las empresas usuarias del sector privado en su condición de sucesoras, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 171 del Código del Trabajo, asumen la responsabilidad patronal, por lo que estarán obligadas a cumplir los contratos de trabajo de la intermediaria laboral antecesora, reconociéndose expresamente el tiempo de servicios prestados a través de dicha intermediaria, en su relación con la usuaria (Disposición Transitoria Segunda, inciso 6to., del Reglamento). 17



## **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

### **Informe de las usuarias al Ministerio de Trabajo.-**

Para justificar el cumplimiento de estas disposiciones y regulaciones, las empresas usuarias deberán comunicar el particular en forma inmediata y obligatoria al Ministerio de Trabajo y Empleo, adjuntando copias del contrato mercantil de intermediación laboral que estuvo vigente antes de la expedición del mandato, de las planillas de aportes al IESS del mes de abril del 2008 de los trabajadores que estuvieron intermediados, y de los correspondientes avisos de entrada en las empresas usuarias, desde el 1 de mayo del 2008. (Disposición Transitoria Segunda, inciso 7mo., del Reglamento).

#### **Reingreso retroactivo:**

Los trabajadores intermediados despedidos a partir de marzo del 2008, incluso con terminación anticipada del contrato mercantil, serán reintegrados a su puesto de trabajo, caso contrario los empleadores serán sancionados con 20 Sueldos Básicos Unificados por cada trabajador, además de pagarle la indemnización por despido y desahucio (Disposición Transitoria Segunda, inciso 8vo., del Reglamento; Arts. 185 y 188 del Código del Trabajo).

#### **Reintegro en el sector público:**

Los trabajadores intermediados del sector público serán asumidos de manera directa desde el 1 de mayo del 2008, por las empresas usuarias del sector público, siempre y cuando hayan prestado servicios por más de 180 días antes del 30 de abril del 2008, es decir hayan laborado desde el 3 de noviembre del 2007 (Disposición Transitoria Segunda, inciso 9no., del Reglamento).

Los trabajadores de las actuales empresas tercerizadoras de servicios complementarios continuarán laborando en las mismas empresas bajo los términos y nuevas modalidades que se determinan en los arts. 3, 4,5, y 6 del



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

presente Mandato. Estas empresas deberán adecuar sus estatutos, contratos con las correspondientes empresas usuarias, a la nueva modalidad antes indicada, en el plazo máximo de ciento veinte días contados a partir de la vigencia de este mandato.<sup>18</sup>

### **2. 4.-REGLAMENTO DE APLICACIÓN PARA LA APLICACIÓN DEL MANDATO CONSTITUYENTE NO. 8 PARA EL CASO DE INFRACCIONES DE LAS EMPRESAS QUE REALIZAN ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS.**

El art. 11 del Reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente No. 8 que suprime la tercerización de servicios complementarios, intermediación laboral y la contratación por horas, dice que el Ministerio de Trabajo expedirá las regulaciones sobre la gradación de las sanciones a las infracciones a las disposiciones del Mandato No. 8 emitido por la Asamblea Constituyente del Ecuador, razón por la que expide el Acuerdo Ministerial No. 00167, para la aplicación del art. 11 del Reglamento de aplicación del Mandato Constituyente No. 8 publicado en el Registro Oficial No. 353 de fecha 5 de junio del 2008.<sup>19</sup>

#### **Art. 1.- Infracciones de las empresas que realizan actividades complementarias y sanciones.-**

Se establecen las siguientes infracciones:

- Infracción Leve
- Infracción grave, y,
- Infracción muy grave.

#### **Art. 2.- Infracción Leve.-** Comete infracción leve la empresa que no proporcione la documentación o información que requiera el Ministerio de

---

<sup>18</sup> Mandato Constituyente No. 8.

<sup>19</sup> Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente No. 8



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Trabajo y Empleo a través de sus autoridades o funcionarios, que tengan relación con controles periódicos o por denuncias presentadas, será sancionado con una multa equivalente a 1 remuneración mínima unificada.

### **Art. 3.- Infracciones graves.-** Son infracciones graves.-

- a.- Incumplir el contrato de trabajo suscrito con el trabajador.
- b. Incumplir el contrato mercantil de actividades complementarias suscrito con la usuaria;
- c.- No celebrar por escrito el contrato mercantil de actividades complementarias o los contratos de trabajo,
- d. -Incumplir lo establecido en el art. 10 del Reglamento de Aplicación del Mandato constituyente No. 8.
- e.- No entregar al trabajador copia del contrato celebrado con éste;
- f.- No registrar los contratos de trabajo en las Direcciones Regionales del Trabajo de su jurisdicción;
- g.-No incluir en la publicidad o promoción de sus labores, su denominación e identificación como empresa dedicada a actividades complementarias, así como el número de autorización y registro otorgado por el Ministerio de Trabajo y Empleo;
- h.-Reincidir en más de una infracción leve dentro de un período de un año.

### **Art. 4.- Sanciones por infracciones graves.-**

Cada una de las sanciones graves será sancionada con multa de 6 remuneraciones básicas mínimas unificadas. La reincidencia en el lapso de un año al cometer infracciones graves, será sancionada además con la revocatoria de la autorización.

### **Art. 5.- Infracciones muy graves.-** Son infracciones muy graves:

- a.- Realizar actividades complementarias, sin contar con la autorización otorgada por el Ministerio de Trabajo y Empleo, o cuando ésta se encontrare





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

vencida, sin perjuicio de las acciones que correspondan adoptar a la Superintendencia de Compañías por incumplimiento del objeto social.

b.- No renovar la autorización cuando ésta venciere durante la ejecución del contrato

c.- Realizar actividades al margen de su objeto social exclusivo.

d.- No depositar en el IESS lo que le corresponde al trabajador en concepto de aportes, fondos de reserva y demás obligaciones; y,

e.- Celebrar contratos de trabajo al margen de las regulaciones o para actividades no previstas en el Mandato Constituyente No. 8 y su Reglamento de Aplicación.

**Art. 6.- Sanciones por Infracciones muy graves.-** Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 10 remuneraciones básicas mínimas unificadas y con la revocatoria definitiva de la autorización.

**Art. 7.- Establecimiento de Sanciones.-** Las sanciones por las infracciones contempladas en los artículos precedentes, se establecerán mediante resolución motivada, expedida por los Directores Regionales del Trabajo. En los lugares donde no haya Direcciones Regionales, los Inspectores de trabajo una vez conocida la infracción, remitirán en el término de 48 horas, la documentación e informe respectivo, con la finalidad de que el o la Director/a Regional de Trabajo de su jurisdicción, imponga las correspondientes sanciones.

**Art. 8.- Registro de las sanciones.-** Las Direcciones Regionales del Trabajo llevarán un Registro de las infracciones que se cometan, de las reincidencias en las que se incurra y de las sanciones que se impongan. Dicho registro estará a disposición del público en general, incluso a través de los medios de comunicación virtual de los que disponga el Ministerio de Trabajo y Empleo.

**Art. 9.- Prohibición.-** No podrá ejercer la representación legal o mandato en otra empresa que realiza actividades complementarias, el representante legal o mandatario de una empresa a la que se le haya revocado la autorización de funcionamiento.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **CAPITULO III**

#### **EFFECTOS JURIDICOS EN LA APLICACION DEL MANDATO CONSTITUYENTE No.8**

La justificación del sector empleador para la aplicación del “outsourcing” (desplazamiento) ha sido considerando que la subcontratación laboral, promovía una forma eficaz de enfrentar condiciones de un mercado cada vez más competitivo e incierto. La reducción de los costos laborales y de los compromisos que éstos podían generar a largo plazo, sostenían que la empresa al concentrarse en lo medular mejoraría su rendimiento y la calidad de su producto.

Si embargo la situación de los trabajadores subcontratados reportaban malos salarios, jornadas excesivas sin reconocimiento de sus respectivos recargos de ley, acceso limitado a la Seguridad Social y poca posibilidad de sindicalización; presentando un alto déficit el concepto de trabajo decente en esta modalidad de contratación. La precarización con los procesos de separación productiva conspiran contra la convivencia social, la competitividad y la globalización con equidad y Justicia Social, antecedente para que se dicte el Mandato Constituyente No. 8.

#### **3.1.-ANÁLISIS AL ARTÍCULO 327 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR EN RELACIÓN CON EL MANDATO NO. 8**

El art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador dice:

20 “La relación laboral entre personas, trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la

---

20 Constitución de la República del Ecuador.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

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”

Disposición que establece que la relación laboral es entre dos y de manera continua. Prohíbe la precarización, la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o empleador, permitiendo la precarización, la intermediación laboral y la tercerización en actividades ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.

21 Disposición que prohíbe además la contratación laboral por horas como forma de precarización, a pesar que el Mandato Constituyente No. 8, en su inciso segundo del art. 2 garantiza la jornada parcial prevista en el art. 82 en el Código del Trabajo, que se diferencia del contrato por horas en la estabilidad, sin considerar que el contrato de jornada parcial también adolece de precarización. El primer inciso del art. 82 establece que en todo contrato de trabajo se estipulará el pago de la remuneración por horas o días si las labores del trabajador no fueran permanentes o se trataban de tareas periódicas o estacionales.

Es decir el texto constitucional del art. 327 transcrito y vigente no elimina los sistemas universales y lícitos de intermediación y tercerización, más bien limita y confunde con formas de trabajo precario. En efecto, la disposición constitucional dice: *Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora...*



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Es importante tener presente que el criterio laboral sobre trabajos precarios tiene una relación directa con el tiempo de duración de los contratos a prueba, ocasionales, de temporada, eventuales y con el tiempo utilizado para la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y no con un criterio relacionado con la modalidad de contratación de los trabajadores.

En la parte final del art. 327 de la Constitución dice: "...El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley"

22 Esta disposición es necesaria frente al abuso del derecho por parte de quienes hacemos esta sociedad ecuatoriana, es imperioso analizar sobre el ejercicio abusivo del derecho, sea que su titular lo haga positivamente o cuando a propósito no lo ejerce, así no le reporte daño alguno; sin embargo puede causar daño a una tercera persona encontrándonos frente al llamado **"abuso del derecho"**, y si este se ha ejercido arbitrariamente cuando concorra alguna de las circunstancias que a continuación se describe, estaríamos frente a conductas antijurídicas que en el art. 327 de nuestra Constitución ya se enuncian que van a ser penalizadas y sancionadas.

El abuso del derecho al facilitar a sus titulares un derecho subjetivo, permite usar de él, sin embargo no se trata de un abuso del derecho subjetivo en si mismo, sino del problema que da lugar de su ejercicio abusivo, por lo que se sostiene que lo más adecuado es hablar de "ejercicio abusivo de un derecho subjetivo"

Para que se de abuso del derecho se deben dar las siguientes circunstancias:

---

22 Epítome del Código Civil y sus Principales Relaciones con la Legislación Ecuatoriana. Autor Dr. Hernán Coello García.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Que se haya ejercido sin interés alguno y con el sólo propósito de perjudicar a terceros.
- Cuando por culpa grave del titular, se causen perjuicios a terceros;
- Cuando los derechos se han ejercido en contra de los fines que inspiraron la ley cuando fue dictada, como si, por ejemplo se recurre a la huelga con fines políticos, falsificando los intereses laborales; y,
- Cuando los derechos se han ejercido en contra de la moral y de la buena fe.

“La teoría del abuso del derecho” refleja *la crisis del derecho* en las últimas décadas; por eso es una institución clave para comprender los cambios producidos en cuanto a la visión del derecho de parte de los juristas de su función en la sociedad actual”.<sup>23</sup>

.

El autor Espinoza Espinoza, sostiene: “ En su primera etapa el abuso de derecho, según el, actúa como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo; en lo posterior es asimilable a la responsabilidad civil, por los daños fácticos o potenciales, a las reglas de ineficacia. Rechaza la reducción al ámbito patrimonialista del abuso del derecho, y alega que “la experiencia jurídica es mucho más rica que las coordenadas diseñadas por el teórico”<sup>24</sup>

Es importante tener presente que el criterio de la moral, empleado como elemento definitivo, o condicionante para la determinación de la existencia o no de un abuso de derecho, debe ser alterado. No todo lo inmoral es antijurídico, es decir no debemos apreciar esta institución jurídica a través de valoraciones morales, que son siempre puntualizadas, relativas, confusas y cambiantes.

Marcial Rubio respecto al abuso del derecho dice: “el abuso del derecho es una institución protectora y no puede ser convertida en una de naturaleza

---

<sup>23</sup> Abuso del Derecho, Carlos Fernandez Sessarego.

<sup>24</sup> Abuso del Derecho, Nina Cuentas, José Raymundo



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

restrictiva para el ejercicio de los derechos” Creemos esto porque no sabríamos como sostener su relativización, su “funcionalización “social y buscarle una finalidad a tales derechos, que además son los fundamentales en la sociedad, nos parece arriesgado. 25

Sobre el tratamiento normativo del “abuso del derecho” debe hacerse con cuidado, respetando no exagerar su intromisión en las relaciones sociales, podría atentarse contra la seguridad jurídica que necesitan las personas para desenvolverse normalmente conforme a sus legítimos intereses; seguridad jurídica que debe existir en un estado de derecho.

### **3.1.1- EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.-**

De acuerdo con el art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador se penalizará y sancionará de acuerdo con la ley el incumplimiento de obligaciones en materia laboral, esto es, se tipificará como delitos una serie de temas que son propios de la justicia ordinaria, pudiendo convertirse en juicios penales contra empleadores, lo cual puede ser perjudicial y peligroso la aplicación de esta disposición.

Cuando se incurre en Incumplimiento de Obligaciones en materia laboral, la ley le puede sancionar conforme consta en las respectivas disposiciones legales; sin embargo respecto a la penalización todavía en nuestra legislación laboral no se regula por incumplimiento de Obligaciones. La disposición constitucional se limita a enumerar los casos en que pueden ser penalizados y sancionados en materia laboral, pero en ningún momento diferencia si sólo se debe aplicar a los patronos y/o trabajadores, por cuanto también pueden incurrir en incumplimiento de obligaciones.

---

25 Abuso del Derecho, Marcial Rubio



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Existe una disposición en la Ley del Seguro Social Obligatorio Ecuatoriano en la que se le impone sanción por Incumplimiento así:

Art. 73.- “ Inscripción del afiliado y pago de aportes.- (Reformado por el Art. 1 de la Ley 2006-50, R.O. 317, 20-VII-2006).- El empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconvención, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, con excepción de los empleadores del sector agrícola que están exentos de remitir los avisos de entrada y de salida, acreditándose el tiempo de servicio de los trabajadores únicamente con la planilla de remisión de aportes, sin perjuicio de la obligación que tienen de certificar en el carné de afiliación al IESS, con su firma y sello, la fecha de ingreso y salida del trabajador desde el primer día de inicio de la relación laboral. **El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal.** El empleador dará aviso al IESS de la modificación del sueldo o salario, la enfermedad, la separación del trabajador, u otra novedad relevante para la historia laboral del asegurado, dentro del término de tres (3) días posteriores a la ocurrencia del hecho.- El IESS está obligado a entregar al afiliado una tarjeta personalizada que acredite su incorporación al Seguro General Obligatorio, dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la inscripción a cargo del empleador o a la fecha de aceptación de la solicitud de afiliación voluntaria. El afiliado está obligado a exhibir su tarjeta personalizada para todo trámite o solicitud de prestación ante el IESS o las administradoras de los seguros sociales, y a presentarla al nuevo empleador para el reconocimiento de sus derechos previsionales desde el momento de su ingreso. El empleador y el afiliado voluntario están obligados, sin necesidad de reconvención previa, a pagar las aportaciones del Seguro General Obligatorio dentro del plazo de quince (15) días posteriores al mes que correspondan los

---

26 Ley del Seguro Social obligatorio, Ley 2006-50, R.O. 317, 20-VII-2006)



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

aportes. En caso de incumplimiento, serán sujetos de mora sin perjuicio de la responsabilidad patronal a que hubiere lugar, con sujeción a esta Ley. En cada circunscripción territorial, la Dirección Provincial del IESS está obligada a recaudar las aportaciones al Seguro General Obligatorio, personales y patronales, que paguen los afiliados y los empleadores, directamente o a través del sistema bancario”

### **3.1.2.- SIMULACIÓN.-**

27“ Del latín simul y actio, palabras que indican alteración de la verdad, ya que su objeto consiste en engañar a cerca e la auténtica realidad de un acto. “Acción y efecto de crear las formas externas de un acto jurídico normalmente con ánimo de perjudicar a terceros, ya sea ocultando con estas formas de otro acto real, ya sea aparentando una acto inexistente”

“Simulación: hacer figurar en un acto jurídico como contratante a quien no lo es en realidad, el cual presta su nombre y su persona para encubrir ante terceros, el nombre y la persona del que real y directamente se ha obligado con los demás contratantes y exige el acuerdo de todos los involucrados. El que simula, el testafierro y el tercer contratante. “28

A partir de la flexibilización laboral el derecho de trabajo ha sufrido cambios, sobre todo contractuales entre empleadores y trabajadores que está dando lugar a figuras como la Simulación, considerándose a esta como una conducta antijurídica, que tiene por función realizar un acto bajo la apariencia de otro, que en la realidad de los hechos no existe.

Tanto la Simulación como el Fraude, conductas antijurídicas, afectan el Principio de la Supremacía de la realidad, el juez al momento de dictar

---

27 Diccionario y Guía de la Legislación Ecuatoriana. Editorial Anbar, autor Fernando Andrade.

28 La vinculación de trabajadores por medio de terceros-Simulación al abuso del derecho. Humberto Jairo Jaramillo





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

sentencias va a disponer que obligatoriamente los empleadores paguen aportes en el sistema de la Seguridad Social, por ejemplo. Lo que debe darse es una tendencia a que los empleadores cumplan con sus obligaciones y se abstengan de utilizar figuras como las que estamos analizando, para eludir o simular una relación de trabajo.<sup>29</sup>

Lo que todo gobierno debe buscar es propender al Trabajo Decente, con el que se pretende proteger al trabajador, y que no es otra cosa que: “Todo trabajo productivo, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos, son protegidos y cuentan con la remuneración adecuada y la protección social, con derecho de asociación y dialogo social.”<sup>30</sup>

La tendencia que se dio con las figuras de la intermediación laboral y la tercerización, fue para evitar compromisos con el trabajador, donde es uno quien lo contrata, desplazando esa facultad con la prestación del servicio y las órdenes relacionadas con el trabajo al último beneficiario de la fuerza laboral, que no se quería vincular en la responsabilidad social del empleo, no es otra cosa que la denominada ajenidad del contrato laboral o fugas a la subordinación laboral.

Cuando se da un negocio jurídico simulado tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de cómo aparece. Ese negocio está destinado a provocar ilusión al público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando en realidad no se realizó, o si se hizo otro negocio diferente del expresado en el contrato. Lo característico de la simulación es la divergencia intencional entre voluntad y declaración.

Existen dos negocios jurídicos, uno real entre patrono y trabajador y otro ficticio el que se muestra a terceros, a las autoridades encargadas de la aplicación de las

---

<sup>29</sup> Diccionario y Guía de la Legislación Ecuatoriana. Editorial Anbar, autor Fernando Andrade.

<sup>30</sup> La vinculación de trabajadores por medio de terceros-Simulación al abuso del derecho. Humberto Jairo Jaramillo



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

normas de trabajo, para evadir total o parcialmente las obligaciones laborales que surgen de las normas que regulan esta relación jurídica objetiva que en las formas externas se simula.

### **3.1.3.- FRAUDE A LA LEY.-**

De acuerdo con el art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador se penalizará y sancionará de acuerdo con la ley el Fraude en materia laboral, mismo que tiene como sinónimo a la Estafa.

*“Fraude a la ley o abuso del derecho: tomado del Digesto, para los romanos había dos formas de infringir la ley: obra contra ley el que hace lo que la ley prohíbe, en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido.”<sup>31</sup>*

A partir de la flexibilización laboral el derecho de trabajo ha sufrido cambios, que de alguna manera está provocando cambios contractuales entre empleadores y trabajadores dando lugar a figuras antijurídicas como el fraude en el derecho laboral.

El Fraude significa realizar un acto con la mera intención de causar daño o perjuicio a otro o a terceros, siendo el objetivo eludir su obligación.

Esta conducta manifiesta una mera intencionalidad de quien quiere beneficiarse. Quién comete el fraude cumple estrictamente con la ley, pero viola su sentido; logra desproteger el bien jurídico protegido por la norma. Viola la ley ateniéndose estrictamente a su letra. Los contratantes se proponen huir de la aplicación de una norma jurídica, conformando su conducta de tal modo

---

<sup>31</sup> La vinculación de trabajadores por medio de terceros-Simulación al abuso del derecho. Humberto Jairo Jaramillo



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

reprobarse directamente, y que el conjunto de los medios oblicuos empleados, venga a conseguirse resultado que la ley quería impedir.

La conducta fraudulenta tiene por finalidad substraerse a la fuerza coactiva del derecho. Un ejemplo de fraude, es cuando una persona insolvente, a sabiendas del propietario de la empresa, se hace figurar como empleador, de modo que al momento de cumplir con las obligaciones laborales, las normas laborales no se les pueda aplicar, por carecer de bienes.

Quién defrauda la ley evita la comprobación de esos hechos jurídicos, para lograr no se le aplique el principio que lo regula.

En la Legislación Argentina ya está tipificado el Fraude y la Simulación laboral para ser penalizados. Dichas modalidades afectan el principio de supremacía de la realidad previsto en el artículo 14 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), el cual establece que “será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”.<sup>31</sup>

Fraude, según el Diccionario y Guía de Legislación Ecuatoriana es: “Engaño, frustrar la ley o los derechos que ella otorga. Burlar, eludir o dejar sin efecto la disposición de la ley acto cumplido intencionalmente con la finalidad de perjudicar intereses ajenos en beneficio propio” <sup>32</sup>

El uso del fraude y la simulación puede acarrear consecuencias económicas y legales de importancia, en el caso del fraude quién lo comete lo hace con intención de causar daño o perjuicio a otro para evadir lo verdadero. Para evitar estos inconvenientes es importante el asesoramiento y la defensa frente a riesgos y consecuencias que se pueden crear por la situación expuesta en el

---

<sup>32</sup> Derecho Laboral: Diccionario y Guía de Legislación Laboral Ecuatoriana. Editorial Anbar. Autor Fernando Andrade Barrera



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

ámbito laboral, evitando pesadas condenas económicas e incluso eventuales penas privativas de libertad.

Actualmente existen manifestaciones de Fraude dentro del campo penal regulada en nuestra legislación, de los empleadores que no cumplen con sus obligaciones laborales ( ejemplo no les afilian a sus trabajadores al Seguro Social, sin embargo le descuentan de su sueldo para los aportes). 33

34 El art. 328 de nuestra Constitución en su inciso final dice: "... Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esta participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria no habrá pago de utilidades. Todo fraude falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley"

Caso de Fraude con Sanción penal, establecida en la La Ley del Seguro Social Obligatoria Ecuatoriana, en su Art. 78, y siguientes.

Art. 78.- " Sin perjuicio del plazo de quince (15) días para la remisión de aportes, descuentos y multas al IESS, el funcionario público o el empresario privado que hubiere retenido los aportes patronales y/o personales y haya efectuado los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa (90) días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionado con la pena de tres a cinco (5) años de prisión y una multa igual al duplo de los valores no depositados. Para el efecto el Director General o el Director Provincial del IESS en su caso, se dirigirá al Ministro Fiscal de la respectiva provincia para que inicie la correspondiente instrucción fiscal."

---

33 Legislación Argentina, publicado por Dr. Gustavo Aramburu

34 Constitución de la República del Ecuador



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Art. 79.- “Nulidad de pago directo de aportes al trabajador.- Con la excepción prevista en el Código del Trabajo, toda transacción, pago o entrega que se hiciere directamente al trabajador relacionada con aportes, descuentos o fondos de reserva, será nula y no obligará al Instituto”

Art. 80.- Afiliación fraudulenta.- “En caso de afiliación fraudulenta, el Instituto retendrá, en concepto de multa, los aportes personales y patronales, así como los fondos de reserva que se hubieren consignado. El Instituto exigirá, además, el pago o reembolso de las prestaciones servidas y dará por vencidas y declarará exigibles las obligaciones por préstamos concedidos, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar. De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables el falso afiliado y persona que hubiere figurado como patrono.”

Art. 81.- Declaración de afiliación indebida o fraudulenta.- “Las afiliaciones serán declaradas fraudulentas por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, con recurso para ante la Comisión Nacional de Apelaciones.” 35

El Fraude a la Ley en materia Laboral, según mi opinión podría presentarse cuando existe vinculación económica y de accionistas entre las empresas de actividades complementarias y usuarias. En todo caso es importante lo establecido en el art. 41 del Código del Trabajo, que hace referencia a la Responsabilidad solidaria de los empleadores, es decir que son responsables cuando el trabajo se hace para dos o más personas interesados en la misma empresa en relación a toda obligación con el trabajador. Es lamentable que en nuestra Constitución del 2008, no se haya hecho constar la disposición que garantizaba la responsabilidad solidaria, cuando en todas las constituciones anteriores ha estado presente, posiblemente se pensó que al prohibir y eliminar la tercerización e intermediación laboral, ya no era necesario la

---

35 Ley del Seguro Social Obligatorio Ecuatoriano.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

responsabilidad solidaria, sin darse cuenta que además de la tercerización e intermediación laboral, se requiere la solidaridad para el cumplimiento de otras obligaciones laborales y evitar se tipifique como delito el Fraude y otros, cuando se burlen los empleadores del cumplimiento de derechos laborales a los trabajadores.

### **3.14.-EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL.-**

De acuerdo con el art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador se penalizará y sancionará de acuerdo con la ley el Enriquecimiento injusto en materia laboral, tipificado como delito puede resultar peligroso para las partes de una relación laboral, n no se dice si es aplicable para las dos partes de la relación laboral o si sólo para empleadores y/o trabajadores, ejemplo cometer actos de corrupción.<sup>36</sup>

La disposición Constitucional trata del Enriquecimiento injusto; y la disposición del Código Penal, trata sobre el Enriquecimiento Ilícito de aquellas personas que han incrementado su patrimonio sin justificación alguna y que se han desempeñado en un cargo de la función pública, con penas de prisión que van desde dos a cinco años.

El art. innumerado a continuación del art. 296 del Código Penal en relación al Enriquecimiento Ilícito dice: Definición de Tipicidad del enriquecimiento ilícito, por desempeño de función pública.- “Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos”

---

<sup>36</sup> Constitución de la República del Ecuador.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

En el campo penal: Art. (...) Pena de prisión y restitución del duplo del enriquecimiento.- “El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito” 37

El enriquecimiento injusto en materia laboral, figura que es una consecuencia directa de tales ilícitos, atento a que la evasión de las normas inderogables e imperativas que amparan al trabajador significan una transferencia de riqueza desde la persona trabajadora a la persona del empleador.

**Seguridad Jurídica.**- Al respecto sobre estas posibilidades de penalización en materia laboral en los casos antes expuestos y que constan en el art. 327 de la Constitución de la República, se debe considerar el art. 82 de la Constitución de la República que trata sobre La Seguridad Jurídica, que dice: “ El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”

Esta Seguridad Jurídica constituye una aspiración de toda sociedad civilizada y la base sobre la que se desarrolla el Estado de Derecho hacia donde vamos en la sociedad. Está establecida en Instrumentos Internacionales, Cartas Políticas, Leyes..., evitando que el poder dictatorial esté sobre el Derecho, identificando y afianzando otros derechos constitucionales y humanos.

**El debido proceso.** Cuando existe seguridad jurídica, el *debido proceso* se afianza en la sociedad, los sectores públicos y privados adquieren confianza y se produce una cadena de adelantos económicos, sociales, políticos, culturales y laborales: inversión, creación de centros de trabajo, empleo y prosperidad.

---

37 Código Penal Ecuatoriano



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

El *debido proceso* tiene relación directa con la normativa constitucional, con principios doctrinarios irrefutables y con la seguridad jurídica individual y colectiva ( art. 169 de la Constitución )

Art. 169 de la Constitución de la República, dice:

“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.<sup>38</sup>

Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá la siguientes garantías básicas:...”

### **3.2.- ESTABILIDAD LABORAL.-**

Significa la permanencia en el lugar de trabajo, este principio del Derecho del Trabajo no es otra cosa que el Principio de Continuidad del contrato de trabajo, cuando existieran dudas sobre la interrupción o extinción del contrato o por su continuidad se estará siempre a favor de la continuidad.-

Este contrato se basa en el principio de tracto sucesivo que es lo que le caracteriza la relación laboral, esto es a favor de la vigencia del vínculo laboral.

---

<sup>38</sup> Constitución de la República del Ecuador





UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **3.3.-DESOCUPACIÓN Y SUBOCUPACIÓN.-**

El art. 326 de la Constitución de la República del Ecuador dice que: “ El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 1.- El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo...”

A través de este principio constitucional lo que el estado pretende es eliminar la desocupación y la subocupación, es decir que los ciudadanos no estemos inactivos, sino por el contrario generemos y desarrollemos actividades capaces de mantener un equilibrio que de cómo resultado: trabajo y capital.

39 La realidad laboral del país al año siguiente de la expedición del Mandato Constituyente No. 8, dio como resultado que el índice de desempleo llegue al 9.1% hasta septiembre del 2009. Hoy la población económicamente activa más de la mitad está subempleada, es decir mantienen un empleo informal.

Estos fenómenos se pueden decir que en parte son consecuencia de las constantes reformas a las que ha estado y está siendo sometida nuestra legislación, ha dado lugar a una inseguridad jurídica del marco legal, el debilitamiento institucional, la conflictividad política, la eliminación y prohibición de la tercerización e intermediación laboral, que a mi criterio debía haberse realizado gradualmente, es decir disminuir los porcentajes hasta que quede en cero, y no eliminar en su totalidad, con la finalidad de evitar justamente el impacto que está causando en relación al desempleo y subocupación. . Si bien es cierto las empresas dedicadas a esa actividad en algunos casos se prestaban para cometer abusos, sin embargo existían también otras empresas serias que permitían cubrir puestos de trabajo cumpliendo con todas la obligaciones laborales.

Otro factor importante para que se de el desempleo y subempleo, se le atribuye a los costos elevados que significa mantener un puesto de trabajo, lo cual ha

---

39 Publicación 14 Mayo del 2010-Diario “El Hoy”



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

permitido que se desnaturalice la realidad económica de las diversas actividades, al considerar que todas tienen la misma productividad, el mismo acceso a los mercados, los mismos niveles de eficiencia, el mismo capital, la misma rentabilidad, cuando la verdad es otra.

El Empleo y el Subempleo de un país es uno de los resultados de sus políticas económicas, así según datos del Diario “El Hoy” en el primer trimestre del 2010, el índice de desempleo es 9.1% según información del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC.<sup>40</sup>

### **3.4.-SANCIONES POR VIOLACIÓN A LAS NORMAS DEL MANDATO CONSTITUYENTE NO. 8 Y DEL CÓDIGO DEL TRABAJO**

El art. 7 del Mandato Constituyente No. 8, dice:

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

Los jueces y los Inspectores de Trabajo podrán imponer multas de hasta tres sueldos o salarios unificados del trabajador en general”.

El art. 628 del Código del Trabajo, dice:

---

<sup>40</sup> Publicación 14 Mayo del 2010-Diario “El Hoy”



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

“Caso de violación de las normas del Código del Trabajo.- Las violaciones de las normas de este Código, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes y cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo podrá imponer multas de hasta doscientos dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Los jueces y los Inspectores del Trabajo podrán imponer multas hasta de cincuenta dólares de los Estados Unidos de América.

Para la aplicación de las multas, se tomarán en cuenta las circunstancias y la gravedad de la infracción, así como la capacidad económica del trasgresor”<sup>41</sup>

Las dos disposiciones son similares en la primera parte, al decir serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes cuando no se haya fijado sanción especial de existir violación de las normas del Código del Trabajo, para luego según el Mandato Constituyente No. 8 en su art. 7 que establece que el Director Regional pueda imponer multas que van desde un mínimo de tres hasta un máximo de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general, entendiéndose que la disposición del Mandato Constituyente No. 8 deroga la disposición del Código del Trabajo; sin embargo si bien es cierto en el Mandato Constituyente N. 1 en su art. 1 establece que la Asamblea Constituyente, por mandato popular del 15 de abril del 2007, asume y ejerce el Poder Constituyente con plenos poderes, y el art. 2 del mismo Mandato que dice que la Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones.

La Constitución de la República del Ecuador, entra en vigencia el 20 de octubre del 2008 siendo publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008, nada se dice sobre los Mandatos Constituyentes, es decir la

---

<sup>41</sup> Código del Trabajo Ecuatoriano



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

constitución de la República del Ecuador no legitima el contenido de los Mandatos, ni legaliza lo establecido y lo actuado en dichos Mandatos Constituyentes, para luego en el Mandato Constituyente No. 23 en su reforma publicada en fecha 16 de enero del 2009 pretender legitimar en los considerándolos otorgándole legalidad a lo actuado en los anteriores Mandatos, hecho éste que le resta legitimidad, legalidad y justicia a lo que se imponga como sanciones, castigos en contra de los administrados; en tal virtud en relación a sanciones se sigue aplicando lo dispuesto en el Código del Trabajo, a pesar de que algunas autoridades administrativas aplican las sanciones del Mandato Constituyente No. 8, sin considerar el análisis realizado y aún más que el Mandato Constituyente No. 23 es expedido por el Poder Constituido y no por quienes conformaron la Asamblea Constituyente, que era la única dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar una nueva Constitución, conforme se puede apreciar del Estatuto de Elección, Instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **CONCLUSIONES**

1.- La Constitución de la República del Ecuador, que entra en vigencia el 20 de octubre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008, no legitima, ni legaliza lo actuado en los Mandatos Constituyentes dictados por la Asamblea Constituyente dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar una nueva Constitución, conforme consta del Estatuto de Elección, Instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Posteriormente con el Mandato Constituyente No. 23 publicado su reforma el 16 de enero del 2009 se pretende legitimar en los considerándolos otorgándole legalidad a lo actuado en los anteriores Mandatos Constituyentes, por extemporáneo le resta legitimidad, legalidad y justicia al contenido de los Mandatos Constituyentes. El Mandato Constituyente No. 23 es expedido por el Poder Constituido y no por Asamblea Constituyente, que era la única dotada de plenos poderes.

2.- El capítulo primero hace una breve reseña de lo que fue la tercerización e intermediación laboral en el país y su regularización. Hubo confusión entre tercerización e intermediación, se empezó a utilizar mal los conceptos de estas formas de prestación de servicios. Si bien es cierto algunas empresas que estaban dedicadas a estas actividades cumplían sus obligaciones con los trabajadores y con las Entidades encargadas de su control; sin embargo otras han abusado del derecho, siendo la causa para que mediante el Mandato Constituyente No. 8 se elimine y se prohíba la tercerización e intermediación laboral, en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora. La Relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador.

3.- El art. 35, numeral 11 de la Constitución Política de la República del Ecuador-1998 y hoy el art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, ratifican que la intermediación laboral tuvo plena aplicación y vigencia



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

antes de la Constitución del 2008, estableciendo que las personas naturales o jurídicas que cumplieron estas actividades tuvieron la calidad de patronos frente a los trabajadores que prestaron servicios a las denominadas usuarias.

4.- Como efectos jurídicos del abuso del derecho ha dado lugar a que se profundice el Incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto en materia laboral, y que según nuestra Constitución vigente serán penalizados y sancionados de acuerdo con la ley.

5.- El art. 2 del Mandato Constituyente prohíbe la contratación laboral por horas como forma de precarización del trabajo; sin embargo en el propio Mandato Constituyente No. 8, en el inciso segundo del art. 2 se garantiza la jornada parcial prevista en el art. 82 del Código del Trabajo, que se diferencia con el contrato por horas en la estabilidad, es decir a renglón seguido promueve otra forma de precarización.

6.- El primer inciso del art. 82 establece que en todo contrato de trabajo se estipulará el pago de la remuneración por horas o días si las labores del trabajador no fueran permanentes o se trataran de tareas periódicas o estacionales, es o no una forma de precarización, que tampoco ha sido eliminada.

7.- El texto Constitucional en el art. 327 no elimina los sistemas universales y lícitos de intermediación y tercerización, lo que hace es limitar a las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora.

8.- Las tasas de desempleo y subocupación han sido estables en 2008. Según el "Informe de Coyuntura Económica", de la FLACSO incrementándose a fines del año 2009.

9.- En nuestro país la regulación jurídica de la relación laboral triangular ha pasado por tres etapas:



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- a.-) Caracterizada por un Derecho de Trabajo protector. Profundiza las limitaciones patronales en el uso de la relación laboral triangular y refuerza las responsabilidades, de quien contrataba al trabajador como de quien recibía el servicio.
- b.-) Se da un uso ilimitado de la relación triangular, se permite su funcionamiento y se disminuyen las responsabilidades patronales. Este es el periodo de la flexibilización laboral, en que el derecho del Trabajo deja de tener como finalidad exclusiva la protección del trabajador e incorpora entre sus objetivos la productividad, la competitividad y la generación de empleo.
- c.- Etapa de *tensión* entre protección y flexibilización, comienza a retroceder la flexibilización y recuperar espacios la protección.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **BIBLIOGRAFIA**

### **I LIBROS**

ANDRADE, Barrera Fernando, “ Diccionario y Guía de la Legislación Laboral Ecuatoriana”- Editorial Anbar. Primea Edición del Fondo de cultura Ecuatorian-2006

ARAMBURU, Gustavo, Legislación Argentina

-AVILA Santamaría, Ramiro, “Los Derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad”

-BRAVO Moreno Rubén, “Temas laborales y Judiciales”

-CABANELLAS, Guillermo “diccionario de Derecho Usual” Ed. Libros científicos-Ag. 1962

-COELLO, García Hernán, “Epítome del Código Civil y sus principales relaciones con la legislación Ecuatoriana”

-ETALA Carlos Alberto, “Interpretación y aplicación de las normas laborales” Edit. Astrea-Feb.2004

-FERNANDEZ, Sessarego, “Abuso del Derecho”.

-JARAMILLO, Humberto Jairo, “vinculación de los trabajadores por medio de terceros. Simulación del abuso del derecho

-RAYMUNDO, José, “ Nina Cuentos”

-RUBIO, Marcial, “Abuso del Derecho”





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### II PÁGINAS WEB:

-SALGADO Pesantez, Hernán, “Del Proceso Constituyente de Ecuador Algunas reflexiones” <http://www.unam.mx>

-ECUADOR, “Los desafíos de la Nueva Asamblea Constituyente”  
[http. www. Cadtm. Org](http://www.Cadtm.Org)

-Diario “El Hoy” 14 de mayo del 2010.

### LEGISLACION NACIONAL

-Acuerdo Ministerial No. 00167 sobre las Sanciones a las Infracciones a las Empresas que realizan actividades complementarias.

-Constitución de la República del Ecuador, 1998.

-Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008.

-Código de Trabajo

-Código Penal

-Decreto Ejecutivo No. 1313 sobre las -Reformas al Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente No. 8 que suprime la Tercerización de Servicios Complementarios, la Intermediación laboral y la Contratación por horas.

-Ley del Seguro Social Obligatorio, Ley 2006-50 Registro Oficial 317-20-VII-2006



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

-Reformas al Código de Trabajo Ley 2006-48 R.O. No. 298 del 23 de junio del 2006

- Mandato Constituyente No. 8 del 30 de abril del 2008

-Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente No. 8 que suprime la Tercerización de Servicios Complementarios, la Intermediación laboral y la Contratación por horas.

-Reformas al Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente No. 8 que suprime la Tercerización de Servicios Complementarios, la Intermediación laboral y la Contratación por horas. Publicado en el R.O. 353- del 5 de junio del 2008.

-Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 236-20 diciembre del 2007.