

DOI: <https://doi.org/10.56712/latam.v5i1.1606>

Análisis de convencionalidad de las disposiciones laborales de la ley de apoyo humanitario en Ecuador

Analysis of conventionality of the labor provisions of the humanitarian support law in Ecuador

Bryan Santiago Chagñay Asipuela

bschagnay@uce.edu.ec

Universidad Central del Ecuador

Quito – Ecuador

Daniel Marcelo Enríquez Astudillo

faniel51214@gmail.com

Universidad Central del Ecuador

Quito – Ecuador

Artículo recibido: 03 de enero de 2023. Aceptado para publicación: 13 de enero de 2024.

Conflictos de Interés: Ninguno que declarar.

Resumen

En el presente análisis de convencionalidad, se dilucidará las disposiciones laborales emanadas por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 y se demostrará que tales disposiciones no concordaron y no concuerdan con el acervo constitucional y demás leyes internacionales; la misma que se utilizó como escudo para proteger a los intereses de las clases dominantes de la sociedad; además, se detallará los acuerdos entre las partes, sus configuraciones, la reducción de la jornada laboral, el goce de vacaciones, el teletrabajo y el caso fortuito o fuerza mayor que corresponde a las medidas laborales que lejos de constituir una medida de apoyo humanitario para la sociedad y los trabajadores, constituye un retroceso de derechos y un abuso omnímodo.

Palabras clave: empleador, trabajador, jornada laboral, derechos, pandemia, humanitario

Abstract

In this conventionality analysis, the labor provisions issued by the Organic Law of Humanitarian Support to Combat the Health Crisis Derived from COVID-19 will be elucidated and it will be shown that such provisions do not agree with the constitutional acquis and other international laws; the same that was used as a shield to protect the interests of the ruling classes of society; In addition, the agreements between the parties, their configurations, the reduction of the working day, the enjoyment of vacations, teleworking and the fortuitous event or force majeure corresponding to the labor measures that far from constituting a measure of humanitarian support for society and workers, constitutes a setback of rights and an all-embracing abuse.

Keywords: employer, worker, working day, rights, pandemic, humanitarian

Todo el contenido de LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia Creative Commons 

Cómo citar: Chagñay Asipuela, B. S., & Enríquez Astudillo, D. M. (2024). Análisis de convencionalidad de las disposiciones laborales de la ley de apoyo humanitario en Ecuador. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 5 (1), 527 – 539.
<https://doi.org/10.56712/latam.v5i1.1606>

INTRODUCCIÓN

El ser humano a lo largo de su paso por la tierra se ha olvidado que tiene una relación intrínseca con ella, se ha olvidado que de ahí proviene y hacia allá va, desde la teoría de la evolución de Darwin hasta el nombre de homo sapiens que le dio Carlos Linneo dentro de una pequeña rama en el gran árbol llamado vida, han hecho que poco nos demos cuenta de que somos animales y somos parte de la naturaleza. Como bien se menciona, en tiempos actuales “la naturaleza nos vuelve a recordar que somos parte suya, nos domina y somete a sus leyes y determinaciones” (Castro, 2020, p. 2), dándonos cuenta así que nuestra relación con ella se ha alejado, el ser humano se ha ido desviando y ha entrado en una burbuja llamada sociedad, llena de grandes edificios y de anchas avenidas, lejos de una naturaleza llena de vida y de igual forma, llena de peligros.

Es así como la naturaleza nos recordó que somos parte de ella, como si de una madre con un tirón de orejas a su hijo se tratase, con un virus de alto índice de propagación nos llevó al claustro hogareño y nos alejó físicamente entre nosotros, un invisible e intangible elemento ha convertido en inquietud “la cotidianidad humana y ha obligado a replantear las relaciones no solo entre nosotros sino entre la humanidad y la naturaleza” (Castro, 2020). Los seres humanos, en estos últimos momentos han experimentado un cambio radical en todos los aspectos de la vida entre el año 2019 hasta la actualidad; la sociedad tuvo miedo e incertidumbre por el futuro, pues desde que se declaró la pandemia a nivel mundial, por parte de la Organización Mundial de la Salud, la vida ya no fue como antes.

Así, varios gobiernos crearon políticas y medidas para luchar contra esta enfermedad, pero varias fueron guiadas a intereses de pocos; dejando de lado “los nueve Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos fundamentales adoptados por las Naciones Unidas y los ocho Convenios centrales adoptados por la Organización Internacional del Trabajo” (Tratado Vinculante. pg. 11). De igual manera, los grandes capitalistas bajo la sombra de esta pandemia sacaron ventajas significativas para poder aprovechar esta situación, ejecutando despidos intempestivos y evadiendo varias obligaciones, por ello “la necesidad de atender las exigencias de las poblaciones hacia adentro de cada estado, reconstruyó la necesidad de la soberanía estatal” (Castro 2020 p. 7)

Antes de explicar las medidas que asumieron ciertas jurisdicciones, es menester mencionar el significado que se tiene de la “política”, aunque parecería sin importancia, su relevancia es significativa; ya que la misma, en un sentido común o un nivel ingenuo, comprende como “un deber o un bien para la sociedad”. Cierta afirmación ha sido por varios años una verdad acentuada, ¿por quién? por aquellos que ostentan el poder, ya que la “política” no es otra cosa que la imposición, el dominio del ejercicio del poder por ciertas clases sociales.

Bajo tal contexto, la política es un distintivo de la vida colectiva, no es una actividad de todos, existe un escenario de disputa para imponer y decidir en función de ciertos intereses; por ello, “a los ojos e intereses de muchos, lo que estuvo arreglado para sostener y legitimar las relaciones sociales, salta en pedazos, y devela incuestionablemente que las normas jurídicas, sobre todo, no son instrumentos de regulación social sino instrumentos para legitimar intereses” (Castro, 2020). Por ello, quienes han puesto la alarma respecto de que “la realidad supera a la ley”, lo único que ponen en el campo es la necesidad de elaborar nuevas normas para precautelar sus intereses, antes de que “el agua se ensucie”. Y, de hecho, han vuelto al ejercicio ad-hoc de hacer normas de segundo nivel para poner a buen recaudo algunas relaciones en cada sector, y en cantidades tan voluminosas que se vuelve imposible conocer todo lo que están gestando desde el poder; y, anuncian un nuevo orden jurídico que obligue a someterse a las nuevas condiciones que aspiran imponer.

Habiendo dicho esto, el presente escrito va a dirigir su análisis de convencionalidad hacia las disposiciones laborales, particularmente de una ley aplicada en Ecuador desde el mes de junio del 2020 y que sigue vigente hasta ahora, la “Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria

derivada del COVID-19” popularmente llamada Ley de apoyo humanitario, la cual se guía por el objetivo de precisar las medidas de apoyo humanitario para con todos los ciudadanos/as de la República del Ecuador, haciendo hincapié en las fórmulas para encarar a las consecuencias que de la misma se han derivado esto en sentido general, por otro lado, el ámbito de aplicación de la ley dispone mantener el orden público, de aplicación y observancia obligatoria absolutamente en todo el territorio nacional, tanto en el ámbito público como privado, y por parte de las personas naturales o jurídicas a las que se refiere esta ley.

Este objeto pone un énfasis en la economía y en el empleo primordialmente, es por lo que contrastaremos esta ley con la realidad, y con ayuda de su reglamento, de la constitución y varias leyes relacionadas con el ámbito laboral develaremos las inconstitucionalidades y los irrespetos a los principios primordiales que guían dichas relaciones laborales; pues, es importante recordar que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes, inalienables, igualitarios y no discriminatorios, y están interrelacionados” (Tratado Vinculante. pg.12)

DESARROLLO

Acuerdo entre las partes

Acuerdo o Imposición

“Vivimos una sociedad en la que ni las situaciones de mayor aflicción que debieran motivar la solidaridad humana, el respeto u observancia de mínimos éticos y la posibilidad de estimular emociones y sensibilidades que se considerarían inevitables en cualquier individuo, provocan la contención de la codicia en algunos” (Castro, pg. 17), este es el caso del acuerdo entre las partes que, a simple vista, procuraría preservar las fuentes de trabajo y asegurar la estabilidad a los trabajadores; sin embargo, lo que no se dice en este acuerdo es que el objeto de lo empleadores es que no solo se modifiquen las condiciones del contrato sino su naturaleza y, por lo mismo, las obligaciones que se derivan de él.” (Castro, 2020, pg. 20)

Ahora bien, la mismísima autoridad laboral ecuatoriana, “llamada a proteger los derechos de los trabajadores ha aupado la posibilidad de reducción y modificación del régimen de las jornadas laborales con la consiguiente reducción de salarios y pago de recargos” (Castro, pg. 20), más conocido como un “acuerdo entre las partes” mencionado en el artículo 16 de la Ley Humanitaria, ya que en la misma se podrá modificar las condiciones de la relación laboral dentro del margen económico y sus derivados; sin embargo, fuera de las hojas y letras escritas en la norma, se puede decir que en la práctica, este acuerdo entre las partes estarían en un segundo plano; ya que “el liberalismo se constituyó en una apología de la disolución de todas las fuentes de cohesión y solidaridad social, afectando hasta la legitimidad política” (Castro, pg. 25)

De las condiciones y sanciones frente al acuerdo

Dentro del mencionado “acuerdo”, en la Ley de Apoyo Humanitario se evidencia que existen ciertas solemnidades para que surja efecto dicho acuerdo; sin embargo, dichas solemnidades van en contra de los principios rectores de los trabajadores. En los artículos 17 y 18 se establecen las condiciones y prohibiciones para dichos acuerdos; pero “resulta imposible suspender los efectos sin la aceptación de las partes, puesto que son negocios jurídicos, es decir, relaciones autorreguladas.” (Castro. pg. 16)

Esta aceptación de las partes es evidentemente destruido, ignorado, excluido, e inobservado en el artículo 18, numeral 3; pues la normativa ibídem faculta la posibilidad de que “en caso de que se alcancen acuerdos con la mayoría de los trabajadores y el empleador, serán obligatorios incluso para aquellos trabajadores que no los suscriban y oponibles a terceros.” Esto directamente se contrapone a los descrito en el artículo 327 de la Constitución que ordena que “la relación laboral entre personas

trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa” poniendo énfasis en el punto bilateral y directo, lo cual no se ejecuta concretamente.

Asimismo, el Artículo 326 en su numeral tercero y el Artículo 7 del Código del Trabajo resaltan el principio *in dubio pro operario* que menciona que en caso de duda sobre el alcance legal se aplicará la ley en el sentido más favorable a las personas trabajadoras. Está por demás decir que este sentido favorable está estrechamente ligado a mantener la relación laboral, mantener un sueldo y mantener un trabajo que ayude a la estabilidad económica de los trabajadores y de sus familias respectivamente, sería algo raro o poco común que un trabajador vea como más favorable terminar una relación laboral y, por ende, estaría propenso a aceptar dicho acuerdo para salvaguardar su integridad y la de su familia, pues como se sabe “las crisis económicas suelen generar un shock negativo en la demanda de trabajo y suelen aumentar los niveles de pobreza, dado que alteran las cantidades de trabajo y los salarios en el mercado laboral”. (CEPAL Pág. 42)

Por último, dentro del artículo 17 se menciona la sanción hacia cualquiera de las partes que haya irrespetado o no cumplido el acuerdo mencionado en el artículo anterior; es decir, faculta la posibilidad de que el empleador exija el cumplimiento de dicho acuerdo que solo le beneficiaría a él, ya que existe una determinada sanción para el incumplimiento de dicho acuerdo en dirección de cualquiera de las partes. Lo que no se vislumbra es que no existe alguna sanción para los empleadores que violen los derechos adquiridos de los trabajadores y “lo más grave alude a la impunidad y a la evidente penetración del poder público por las redes de sujetos organizados para cometer delitos aprovechándose de los recursos públicos, incluso de los recursos que se recaudan como contribuciones o ayudas humanitarias voluntarias” (Castro, pg. 17)

Contrato

La resurrección de un antiguo contrato

En cuanto a este tipo de contrato llamado “Especial Emergente” se puede mencionar que ya existió dentro de la legislación ecuatoriana con el nombre de contrato a plazo fijo; sin embargo, por incongruencias y por uso del mismo con intereses particulares, por parte de empleadores inmorales, se lo erradicó en el 2015 dentro del acuerdo ministerial No. MDT-2015-0088 y desde el 1 de enero del 2016 no se pueden celebrar este tipo de contratos, poniendo fin al desahucio patronal y a varias inconstitucionalidades.

Por ello, a raíz de la presente pandemia el gobierno ha implantado nuevamente este tipo de contrato solo que, con un nombre diferente, el nombre de “Contrato Especial Emergente”. Dentro de la Ley Humanitaria, el legislador lo define como “aquel contrato individual de trabajo por tiempo definido que se celebra para la sostenibilidad de la producción y fuentes de ingresos en situaciones emergentes (...) por parte de personas naturales o jurídicas”; además, dentro del mismo se especifican las medidas para que dicho contrato sea celebrado.

Habiendo aclarado tal artículo se pueden puntualizar tres oposiciones a los principios y constitucionalidades; primero, las condiciones económicas de la relación laboral, al ser modificadas, implican su principal elemento que es la remuneración, así que convergen otros, tal es el número de horas pactadas en la jornada ordinaria, comisiones, o beneficios de orden social que fueron constituidos en derechos adquiridos, y que forman parte del patrimonio de los trabajadores, que representa un valor monetario al trabajador y su modificación permitirá abaratar los costos de la relación laboral formal, tanto en los contratos individuales, como en los contratos colectivos.

Segundo, la discrecionalidad para modificar las condiciones económicas sin dilatar su alcance y echando su responsabilidad a las partes, corre el riesgo de que estas sean impuestas por el empleador

y simplemente quedar a la deriva de un despido, porque el trabajador es la parte más débil de la relación laboral. Tercero, este artículo es totalmente inconstitucional, por cuanto a su contenido constituye una total regresión de los derechos, y deja la puerta abierta para desconocer los derechos adquiridos en la relación laboral.

De modo similar, en el presente Contrato Especial Emergente se desprende una obscuridad en cuanto a las “situaciones emergentes”; pues, no se entendería el ámbito de aplicación de una situación emergente, dejando al alcance a que los empleadores puedan acceder a este tipo de contrato; al mismo tiempo, el contrato menciona de manera sucinta la posibilidad de celebrar este tipo de contrato para nuevas inversiones o líneas de negocio, dejando de lado la esencia, el sentido y el objeto de la presente normativa; el cual es la reactivación y la protección hacia los trabajadores. Finalmente, aquellas personas que han advertido de que la realidad ha superado a la ley, lo único que pretenden es “la necesidad de elaborar nuevas normas para precautelar sus intereses” (pg. 4).

Reducción de la jornada laboral y de la economía familiar

“La paralización o congelamiento de la economía implica no solo la imposibilidad de la realización de las labores productivas o, en general, la imposibilidad de la ejecución de una serie de trabajos (remunerados o no) sino, como ha ocurrido en buena parte de países, la grave violación al contrato y a la estabilidad de los trabajadores.” (Castro pg. 21) En ese sentido, el artículo 20 de la Ley Humanitaria establece una reducción hacia la jornada laboral, en la cual menciona que se debe antes de aplicarlo, comprobar y justificar eventos de fuerza mayor o caso fortuito, para que el empleador tenga la facultad de reducir la jornada laboral, hasta un máximo de 50% con un sueldo proporcional a las horas efectivamente trabajadas y no será menor al 55% de la fijada previo a la reducción, de igual manera el aporte a la seguridad social se verá reducido.

De esta manera, desde el punto de vista constitucional, el artículo 11 numeral 8 alega que la ley y las normas no deben ser de carácter regresivo, sino más bien deben ser progresivos en cuanto a derechos y obligaciones, haciendo que la reducción de la jornada se vuelva algo del pasado, violando los derechos de los trabajadores que fueron y serán víctimas de reducciones salariales; es así que, “la reducción de salarios en la relación laboral o vía contribuciones, tiene graves impactos en el presupuesto y la cobertura de las obligaciones y necesidades familiares y puede afectar gravemente la sustentación de pensiones escolares, necesidades alimenticias, obligaciones crediticias, el mantenimiento de equipos y vehículos, etc.” (Castro, pg. 20)

Por otro lado, hablando del mínimo de tiempo con un 50% y del mínimo de remuneración con hasta un 55% del salario total común, se encuentra otra inconstitucionalidad precisamente al artículo 326 numeral cuarto que literalmente menciona “a trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”; es decir, esta proporcionalidad aparentemente bien justificada queda fuera del manto constitucional. En otras palabras, al ser reducida la jornada laboral y, en consecuencia, su remuneración, la estabilidad económica del trabajador y de su familia estarían propensas a decaer, el percibir un salario básico unificado reducido a \$220 significa una violación total al proyecto de vida de las familias; ya que las mismas “deberán ser tratadas con humanidad y respeto por sus derechos humanos, y se deberá asegurar su seguridad, su bienestar físico y psicológico, y su privacidad” (Tratado Vinculante de DDHH pg. 19)

Para finalizar los principios de tutela pública o acción afirmativa como los mencionan el artículo 33 de la Constitución, el artículo 5 y el 42 del Código del Trabajo se ven ignorados frente a esta medida ya que es en base a estos principios que el trabajo como derecho impulsado por el estado tiene un trato preferencial en cuanto lo menciona la ley ecuatoriana, y este principio busca que las relaciones laborales tengan un trato exclusivo sobre otras instancias, sean cuales estas sean; pues el “tomar medidas apropiadas para prevenir y mitigar de manera efectiva los abusos de los derechos humanos

reales o potenciales identificados, incluyendo en sus relaciones comerciales” (Tratado Vinculante de DDHH pg. 22) es deber prioritario del estado ecuatoriano.

Vacaciones

La necesidad del descanso

Siguiendo con el hilo de las disposiciones laborales emanadas por la Ley de Apoyo Humanitario, en su artículo 21 se refiere al régimen de las vacaciones; sin embargo, es menester recordar cuál es la relevancia que engloba a dicho patrimonio que poseen los trabajadores. En ese sentido, el ejercicio de toda actividad laboral produce fatiga al cabo de cierto tiempo, y que es consecuencia de la prestación de los servicios lícitos y personales que brinda el trabajador hacia el empleador, consecuencias que se presentan en todos los trabajos.

Por ello, el descanso es un derecho que está ligado hacia el interés de la empresa; al empleador le interesa que sus trabajadores se encuentren en óptimas condiciones para generar una mayor producción, ya que un trabajador agotado genera riesgos para la empresa y su productividad. En tal sentido, las vacaciones son un reconocimiento de aquella necesidad de que el trabajador pueda recuperar sus fuerzas, aptitudes descargadas y, concomitantemente, gozar de descanso y recreación con su familia.

Se puede resumir a continuación que el derecho a las vacaciones es un derecho sine qua non se puede brindar los servicios lícitos y personales con más abundancia y eficacia hacia el empleador; además, si este derecho no se consume, constituye una violación a los principios rectores que protegen a los trabajadores; tales como el principio de irrenunciabilidad y el de intangibilidad. Principios que se ponen en tela de duda al analizar el ajuste que existe en la normativa ibídem.

El jefe decide las vacaciones

En primer lugar, si bien es cierto nuestro Código del Trabajo, en su artículo 69 reconoce que todo trabajador “tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables”; es decir, la normativa ibídem establece que debe existir un lapso de tiempo en el cual el trabajador pueda gozar de dichas vacaciones, con sus concordancias pertinentes; previo acuerdo entre las partes, ya sea establecido en el contrato o de manera verbal.

Con la pandemia, dicho derecho fue violentado por aquellas personas que mantienen aquella ideología que en “los procesos de acumulación capitalista, requiere de legislación que los materialice y será probable que se pretenda reconstruir la legislación que mercantiliza los derechos y, de ese modo, atentar contra los derechos fundamentales de los más débiles” (Castro, 2020, pg. 15)

Dentro de este orden de ideas, la Ley de Apoyo Humanitario modifica de manera atroz la disponibilidad que se debería entender como un “goce de vacaciones”, ya que en su artículo 21 menciona que “los empleadores, durante los dos años siguientes a la publicación de esta Ley en el Registro Oficial, podrán notificar de forma unilateral al trabajador con el cronograma de sus vacaciones”. De este modo, permite a las y los empleadores notificar de manera unilateral al trabajador con el cronograma de sus vacaciones; y a su vez, establece una compensación de aquellos días por inasistencia del trabajador que deberán ser devengadas del tema de vacaciones.

Se observa que este artículo anula cualquier posibilidad que el trabajador pueda opinar o escoger según sus necesidades y la de su núcleo familiar el tiempo con el que gozará del derecho al descanso pagado. El artículo 21 así mismo permite que el empleador cargue vacaciones los días que el trabajador no asista, sin permitirle justificar el motivo de tal inasistencia, dejando al libre albedrío del empleador los derechos irrenunciables de las personas trabajadoras; por ello, es correcto afirmar que “cuando ha sido

necesario que los empresarios contribuyan para afrontar la crisis, lo que han hecho es nada más ni nada menos que volver a agarrarse del Estado” (Castro, 2020, pg. 8)

Simultáneamente, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, en su artículo 27 claramente establece una actuación bilateral para el goce y consumo de las vacaciones; así pues, “se remitirá a los jefes inmediatos de cada unidad, para que conjuntamente con las o los servidores se establezcan los períodos y las fechas en que se concederán las mismas”, existiendo una normativa que regula y acepta la negociación de sus vacaciones por medio del diálogo de los empleadores con sus trabajadores.

Por su parte, el Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos brinda una exhaustiva garantía para quienes han sido perjudicados por dichas disposiciones; en tal contexto, en su artículo 5 menciona que “los Estados partes deberán investigar todos los abusos de los derechos humanos a los que se refiere el presente (Instrumento Legalmente Vinculante) de manera efectiva, ágil, completa e imparcial” (pg. 21) Sin embargo, vemos que en nuestro país existe un precario sistema de investigación que, hasta el día de hoy, no se ha pronunciado, existiendo tratados internacionales que son de carácter imperante.

Como se mencionó en la parte inicial, el derecho a las vacaciones está vinculado al patrimonio que poseen los trabajadores de poder acceder a una recreación y ocio, y por esta razón se encuentra garantizado en el numeral 2, artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador. ¿Dónde quedaron los años, los miles de muertos de quienes lucharon por este derecho para alcanzar las condiciones mínimas de descanso? La disposición de los días de vacaciones no puede ser dispuesta de forma unilateral por la parte empleadora; por ello, vulnera el derecho de autodeterminación de los y las trabajadores a decidir cuando hacen uso de sus tiempos de descanso. Por ello, “en el abordamiento del problema, a unos les interesa la vida, a otros, las ganancias” (Castro, 2020, pg. 4)

Priorización de contratación local.

¿Una discriminación a todas luces?

Cómo es de conocimiento, la relación laboral es el engranaje del derecho laboral, cuyos principios buscan proteger la parte vulnerable que son los trabajadores, sobre la base del reconocimiento del trabajo constructivo. El derecho laboral es una construcción histórica y, por ello, no se puede desconocer los momentos históricos que caracterizan y enaltecen los logros alcanzados; uno de aquellos, es a la no discriminación o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

La Ley de Apoyo Humanitario, en su artículo 24 se refiere a la priorización de contrataciones de origen “local” englobando tanto al sector público como al privado; sin embargo, se menciona la palabra “local” entre comillas, porque al analizar dicha normativa, se desprende que existe una total oscuridad y no se comprende el alcance o el criterio de lo llamado “local”. Si bien es cierto, con dicho articulado se trata de incentivar o priorizar la contratación de trabajadores de determinada localidad, no se comprende la cobertura para poder ser partícipes de dicha priorización. Por eso “existen lagunas en el actual sistema internacional de protección de los derechos humanos que limitan la posibilidad de prevenir, sancionar y reparar las violaciones ocasionadas por las actividades de las empresas” (Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos, pg. 7)

Para una mejor comprensión, es importante mencionar a qué o cómo se entiende una “oscuridad” de una normativa legal; por ello, el reconocido autor Guillermo Cabanellas la define como “la mala redacción del legislador, cuando cree confusiones acerca del alcance de un texto positivo, no excusa a los jueces de su aplicación”. El afán del legislador al momento de codificar una normativa al apuro

explica dicha oscuridad; en lo esencial, “la situación de hoy evidencia que la perversidad humana que construyó el clasismo social, es contraria a la sana dinámica de la convivencia para auxiliarnos mutuamente, apoyarnos y lograr que todos sobrevivan” (Castro, 2020, pg. 25)

Al preferir la contratación de ciertos trabajadores de una determinada localidad, sin aplicarse varias solemnidades o medidas de acción afirmativa razonable y motivada, según los parámetros enmarcados en nuestra carta suprema, podría implicar una discriminación en contra de otros grupos o categorías de trabajadores. Además “se deberá garantizar su derecho a acceder a la justicia y a un recurso efectivo de manera equitativa, adecuada, efectiva, ágil y no discriminatoria” (Tratado Vinculante, Art. 4)

La discriminación está totalmente prohibida por nuestra Constitución. en el artículo 11 numeral 2 menciona que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” y el numeral 4 del artículo 66 que garantiza y reconoce una “no discriminación” y demás instrumentos internacionales. Visto de esta forma “las reglas jurídicas deben, por lo mismo, atender a esos propósitos si pretenden ser reglas sociales que precautelan el interés social.” (Castro, 2020, pg. 26)

Disposiciones reformativas

El rol de la tecnología en tiempos de pandemia

El 2020 será conmemorado como el año de grandes cambios en todos los ámbitos económicos, sociales, culturales, entre otros. En esta ocasión se analizará el canje y progreso que tuvo la tecnología y su aporte en el contexto laboral; de esta manera, el escenario que se atravesó en el mundo dio a entender la necesidad de nuevas formas de trabajo; pues, los efectos derivados de la pandemia, hicieron imposible el ejercicio de las relaciones laborales de manera presencial, ya que, “el temor al contagio ha sido inoculado junto al virus, para provocar el encierro y el aislamiento y descargar la restricción de la libertad en el mismo sujeto y liberar la responsabilidad (o dar la apariencia de que no es decisión) de la autoridad” (Castro, 2020, pg. 12). Estas modalidades siguen vigentes actualmente

Como producto del encierro y aislamiento, la tecnología y, específicamente las “TIC” (tecnologías de la información y comunicaciones), tomaron la posta en las modalidades de interrelación de la sociedad, especialmente con la fuerza de trabajo, ya que la misma pasó de realizarse en sus establecimientos de trabajo, a realizarse en su hogar; siendo algo muy peculiar ya que el hogar como lugar de trabajo pocas veces se tiene en cuenta en el diseño de las instituciones que rigen el mercado de trabajo; a la postre, los empresarios vislumbraron una oportunidad para incrementar sus ganancias; pues, “en los capitalistas más avaros, ha creado desesperación porque el tiempo corre y la improductividad del capital se desenmascara junto a las aberraciones que se han desarrollado en relación a la valoración del trabajo” (Castro, 2020, pg. 5)

La tecnología y la innovación han sido herramientas para enfrentar de cierta manera a la gran crisis mundial que se atravesó; en materia laboral, tales herramientas han revolucionado las acciones que eran acostumbradas, por ejemplo, las conversaciones ahora se hacen por WhatsApp o Instagram, las reuniones por Zoom o Meet, y demás cuestiones; sin embargo, no todo es color de rosa, pues “lo único que frena al poder es otro poder y, para lo que viene, con retórica y normas positivas los derechos serán aniquilados si no existe organización social dispuesta a hacerlos respetar como parámetros mínimos de convivencia segura.” (Castro, 2020, pg. 10)

Teletrabajo

En el párrafo anterior se advirtió que, si no se toman las medidas necesarias para controlar esta ola de cambios tecnológicos, se estará ante una inestabilidad de los derechos fundamentales de los

trabajadores; o, dicho de otra manera, “las medidas de excepción adoptadas, la llamada flexibilización de derechos, los cortes de salarios, el irrespeto a los principios básicos de la ciudadanía, las violaciones de privacidad, con el fin declarado de enfrentar al virus y la crisis, podrán no ser de excepción para convertirse en permanentes.” (Castro, 2020, pg. 13).

Efectivamente, el orden económico, social y político mundial ha generado nuevas formas de trabajo que, a raíz de aquello, han nacido nuevas directrices en las relaciones obrero-patronales y; producto de ello, se ha creado la modalidad del teletrabajo que, si bien es cierto, responde a la dinámica de la situación cambiante del mercado de la actualidad. Esta nueva modalidad de trabajo debe ajustarse tanto a los preceptos constitucionales como a los tratados y convenios internacionales; y no a postulados neoliberales que mienten al decir que “la salvación de las empresas no busca preservar los empleos y los derechos de las personas trabajadoras, sino todo lo contrario, porque la lógica del mercado, a pesar de la vuelta del Estado, seguirá presente” (Castro, 2020, pg. 14)

En efecto, dicha normativa menciona un concepto general del teletrabajo; así pues, es una forma de organización laboral que consiste en el desempeño de acciones, actividades remuneradas o prestaciones de servicios, utilizando como soporte las tecnologías de información; además, claramente menciona que el empleador debe respetar el derecho del teletrabajador a la desconexión, garantizando el tiempo en el cual éste no esté obligado a responder a sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos.

Sin embargo, dicha normativa establece un tiempo de desconexión de 12 horas continuas en un periodo de 24 horas; a la postre y en teoría no parecería que existiese una inconstitucionalidad; sin embargo, si vemos la realidad nacional apreciamos que es todo lo contrario; ya que, la verdadera intención de la normativa ibídem es que el trabajador labore 12 horas en el día, tendiendo un aspecto retroactivo de los derechos adquiridos y dejando de lado las luchas sociales que se dieron en el marco de la adquisición de 8 horas de descanso, 8 horas de trabajo y 8 horas de ocio.

Cabe señalar que dichos trabajadores que mantengan esta forma de trabajo serán incluidos en los beneficios, tanto individual como colectivamente. Contradiéndose inclusive en el mismo articulado; pues, al establecer una jornada de 12 horas continuas, violan exorbitantemente con lo dispuesto de que la jornada será de 8 horas al día, trayendo consigo varios problemas: ya sea a nivel mental, a la salud y sin el derecho a poder reclamar por el pago de una justa remuneración, ya que se estaría trabajando horas suplementarias y extraordinarias. En resumidas cuentas “lo primero es la vida humana y en función de ella debe existir y funcionar todo proceso económico.” (Castro, 2020, pg. 26)

Disposiciones interpretativas

Caso fortuito o fuerza mayor

Nuestro Código de Trabajo, en su artículo 169 establece las causas legales para dar por terminado la relación laboral; estas pueden ser por el acuerdo entre las partes, por la conclusión de la obra, por las causas que se estipulan en el contrato, entre otras; sin embargo, existe un numeral que ha ocasionado una controversia en la actualidad: el caso fortuito o fuerza mayor.

En la medida en que el COVID-19 iba avanzando a escalas mundiales, las empresas visualizaron en esta causal un modo de dar por terminado las relaciones laborales sin cumplir con las exigencias que por ley ampara a los trabajadores; es decir, al invocar este numeral, quedarían absueltos los empleadores en cubrir con despidos intempestivos, indemnizaciones, entre otros, dándose a entender que es por una causa legal.

Por el contrario, no es cualquier suceso que se pueda considerar como caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente debe existir ciertas solemnidades para que se pueda considerar como tal, estas son

que deben ser imprevisible, inimputable, insuperable y sujetos a prueba. Es importante establecer una definición de caso fortuito y fuerza mayor; por ello, se entiende como caso fortuito aquello que es desencadenado por la naturaleza, y la fuerza mayor se entiende como la imposibilidad derivada del hombre.

Para que se pueda terminar el contrato laboral por caso fortuito o fuerza mayor se necesita que el suceso sea, primero imprevisible (aquello que no se puede prever), segundo irresistible (aquello que previsto, no se pudo evitar) e insuperable (aquello que, con las alternativas, fue imposible de superar) y finalmente inimputable, ya que ninguna de las causas anteriores podrá ser causada por voluntad propia. En efecto, “la pandemia fue previsible, a pesar de la negligencia; y, las medidas adoptadas para evitarla, son -sin lugar a dudas- medidas de previsión o de prevención. No debe llevarnos al error la creencia de que la gravedad o la naturaleza del virus convierte a sus efectos o a la pandemia en imprevisible” (Castro, 2020, pag 22); además, “que no exista una vacuna o que no se disponga de los medios necesarios para el tratamiento de la enfermedad, no califica al caso como irresistible para la continuidad de la empresa, del trabajo y del contrato” (pg. Castro, 2020, pg. 23)

Y claro, hubieron empleadores que se aprovecharon de dicho numeral para despedir a diestra y siniestra miles de trabajadores, en especial, aquellos que llevaban un largo tiempo en su lugar de trabajo, por ello, las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, por lo mismo, deben demostrarse y requieren, obviamente, “que el empleador o el trabajador estén definitivamente impedidos de continuar cumpliendo sus obligaciones; si tales condiciones no ocurren, se incurre en despido intempestivo que obliga al pago de indemnizaciones porque se está ante acto ilegal y violatorio de derechos de otra persona” (Castro, 2020, pg. 21)

CONCLUSIÓN

Vociferan que la Ley de Apoyo Humanitario ayudó a combatir y a salvaguardar los empleos y los derechos de los trabajadores producto de los efectos derivados del COVID-19; sin embargo, queda demostrado que el interés por parte de aquellas personas que ostentan el poder, es permanecer en su estatus social a costa de configurar la naturaleza contractual; es decir, el imponer un “acuerdo” de voluntades, que aparentemente pretende asegurar la estabilidad de la clases obrera, no es nada más ni nada menos una renuncia a los derechos laborales, pues implica una imposición de condiciones para continuar con la relación laboral; por su parte, el trabajador, al poseer aquella única fuente de ingreso, no le toca más remedio que sujetarse a dicho acuerdo, que en la mayoría de casos esta a la voluntad del empleador. De cualquier manera, es totalmente incomprensible el establecer una sanción para las partes que no cumplan dicho acuerdo; este particular va dirigido hacia el trabajador, de modo que se ve en la obligación de aceptar el acuerdo. A la postre, el empleador deberá presentar los estados financieros al trabajador para justificar dicho acuerdo y, por si fuera poco, si la mayoría de trabajadores acepta el acuerdo este será para todos, regulado por el Ministerio de Trabajo, conocido en el bajo mundo como “el mejor aliado del trabajador”. Similarmente, renace un antiguo contrato ya sepultado, con el nombre de Contrato Especial Emergente, en el cual se alarga la jornada laboral hasta el día sábado sin pagos a las horas extraordinarias, este contrato tiene un tiempo de duración de dos años; sin embargo ¿la pandemia duró dos años? ¿El contrato existió solo durante la pandemia o sigue vigente actualmente? La ineptitud del legislador al dar paso a este contrato de trabajo contrapone al objeto en sí de la presente normativa, ya que, al hablar de nuevas inversiones, se deja de lado la sostenibilidad del trabajador, y se guía hacia una mayor producción del capital, atentando contra todos los principios que cuidan a los trabajadores. Según la ley, por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, el empleador podrá acogerse a una reducción de la jornada laboral; en otras palabras, una reducción de la carga horaria en un 50% y con ello, la respectiva reducción del salario en un 55%; se evidencia la total inconstitucionalidad ya que los derechos deben ser progresivos, más no regresivos, colocando en juego la estabilidad económica del trabajador y de su familia. Además, las vacaciones ya no son

propuestas por el trabajador, de modo que tendrá que acogerse cuando el empleador lo requiera necesario, o a su vez establecer la compensación de aquellos días que no asistió al trabajo como vacaciones ya devengadas, dejando de lado el derecho a la recreación y al ocio que resguarda el manto constitucional hacia los trabajadores. De la misma manera, existe una total oscuridad en la presente normativa, ya que se evidencia en ciertos articulados una discriminación total a ciertos grupos de trabajo para acceder a un trato justo y equitativo. En adelante, la ley menciona una nueva modalidad para mantener la relación laboral, en base a la presente pandemia; el teletrabajo vino para quedarse y por ello se debe adaptar a las condiciones y exigencias de los trabajadores, no se puede aprovechar de dicha modalidad para explotar de manera atroz a la parte más débil de la relación laboral. Por último, para poder alegar la fuerza mayor o caso fortuito como causal legal para dar por terminado la relación laboral es indispensable tener en cuenta ciertas solemnidades como lo imprevisible, inimputable, insuperable y sujeto a prueba, protocolos que varios empresarios no lo cumplieron y despidieron a miles de trabajadores.

REFERENCIAS

Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-042 [Ministerio del Trabajo] REFORMARELACUERDO MINISTERIAL NRO. MDT-2017-0109, DE 10 DE JULIO DE 2017, PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO NRO. 51 DE 04 DE AGOSTO DE 2017, MEDIANTE EL CUAL SE EXPIDIÓ EL INSTRUCTIVO GENERAL DE PASANTÍAS. 5 de febrero del 2021

Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-223 [Ministerio del Trabajo] EXPEDIR LAS DIRECTRICES PARA REGULAR EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN PARA EL ACCESO DE JÓVENES AL MERCADO LABORAL E INCENTIVOS A SU FORMACIÓN. 30 de octubre del 2020

Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-249 [Ministerio del Trabajo] FIJAR EL SALARIO BÁSICO UNIFICADO DEL TRABAJADOR EN GENERAL PARA EL AÑO 2021. 30 de noviembre del 2020

BID. La crisis de la desigualdad. Editado por: Busso M., Messina J. septiembre 2020 Recuperado de: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-crisis-de-la-desigualdad-America-Latina-y-el-Caribe-en-la-encrucijada.pdf>

Cabanellas, G. (2012). Diccionario Jurídico Elemental. Obtenido de: <https://issuu.com/ultimosensalir/docs/diccionario-juridico-elemental---guillermo-cabanel>

Castro R. Temas jurídicos derivados de una pandemia. Ecuador 22 de abril del 2020.

CEPAL. Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. Mayo 2020. Recuperado de: https://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/ppt_version_final_oit-cepal_covid-19_-_21-05-20.pdf

Comité Económico y Social Europeo. Tratado Vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y de derechos humanos. Bruselas, 11 de diciembre del 2019. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/add/NGOs/CIDSE_es.pdf

CRE, (2008). Constitución de la República del Ecuador. Obtenido de: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>

Diccionario Panhispánico (2020). Principio de constitucionalidad. Obtenido de: <https://dpej.rae.es/lema/principio-de-constitucionalidad>

Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. Registro Oficial de la República del Ecuador. 22 de junio del 2020

Sarmiento S. La Responsabilidad Social Empresarial. (2011) Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3965840.pdf&ved=2ahUKEwiLnr-Lrr_uAhUi1lkKHZvzD04QFjABegQIAhAB&usg=AOvVaw03UuTgdeYUqREW_5mBaxIV

Supiot, Alain. ¿Qué justicia social internacional en el siglo XXI? (2016) Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-del-trabajo/documentos/2019_supiot-justicia-social.pdf

Todo el contenido de **LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades**, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia [Creative Commons](#) 