UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

"LA NECESIDAD DE INCLUIR UN NUMERAL EN EL ART. 42 CAPITULO IV DEL CODIGO DE TRABAJO, QUE GARANTICE LA OBLIGATORIEDAD DEL EMPLEADOR DE CONTRATAR EL PORCENTAJE MINIMO DEL 30% DE PERSONAS MAYORES A 35 AÑOS DENTRO DE SU PLANTA LABORAL".

TESIS PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA.

AUTORA:

Ana Elena Moser Cazar

DIRECTOR:

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos

Loja – Ecuador

2014

CERTIFICACIÓN

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe de tesis intitulado **"LA NECESIDAD DE INCLUIR UN NUMERAL EN EL ART. 42 CAPITULO IV. DEL CÓDIGO DE TRABAJO, QUE GARANTICE LA OBLIGATORIEDAD DEL EMPLEADOR DE CONTRATAR EL PORCENTAJE MÍNIMO DEL 30% DE PERSONAS MAYORES A 35 AÑOS DENTRO DE SU PLANTA LABORAL",** presentada por la postulante Ana Elena Moser Cazar; mismo que, cumple con todos los requisitos de fondo y forma, ajustándose de esta manera a las normas establecidas por la Universidad Nacional de Loja. Por lo tanto, autorizo su presentación, disertación y defensa para los fines legales pertinentes.

Loja, Diciembre de 2014

.....

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, Ana Elena Moser Cazar declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional- Biblioteca Virtual.

Autora: Ana Elena Moser Cazar

Firma:

Cédula: 1101423950

Fecha: Diciembre del 2014

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Ana Elena Moser Cazar, declaro ser autora de la tesis titulada: **"LA NECESIDAD DE INCLUIR UN NUMERAL EN EL ART. 42 CAPITULO IV. DEL CÓDIGO DE TRABAJO, QUE GARANTICE LA OBLIGATORIEDAD DEL EMPLEADOR DE CONTRATAR EL PORCENTAJE MÍNIMO DEL 30% DE PERSONAS MAYORES A 35 AÑOS DENTRO DE SU PLANTA LABORAL",** como requisito para optar al grado de Abogada; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja, para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 01 día del mes de Diciembre de dos mil catorce, firma la autora.

Firma:
Autora: Ana Elena Moser Cazar
Cédula: 1101423950
Dirección: Loja (24 de Mayo 12-70 y Mercadillo).
Correo electrónico: annaemosercc@yahoo.es
Teléfono: 072587055 **Celular:** 0994105938

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos

Tribunal de Grado:

Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda	**Presidente del Tribunal**
Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso	**Miembro del Tribunal**
Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez	**Miembro del Tribunal**

DEDICATORIA

El presente trabajo de tesis, lo dedico con cariño y respeto en especial a Dios, a mi esposo, mis hijos, mis nietos, quienes han sido el motor para seguir preparándome intelectualmente, a mi madre que aunque ya no está presente me alentó hasta el último momento para que concluyera mis estudios superiores, y a mis amistades por ser el apoyo para continuar luchando día a día en la vida.

A mis compañeros, y profesores de la Modalidad de Estudios a Distancia, de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, prestigioso centro educativo superior, con la finalidad de que esta investigación sea una fuente de consulta, en el Derecho del Trabajo

La Autora

AGRADECIMIENTO

Con especial aprecio y consideración, como autora de este proceso investigativo, agradezco la colaboración de todos quienes aportaron con la información necesaria para la elaboración de esta Tesis de Investigación Jurídica, en especial al Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Director de Tesis, por su valiosa y acertada dirección en la contribución al desarrollo de la misma, aportando con sus valiosas sugerencias para poder llevar adelante el presente trabajo de investigación.

Agradezco a todas las personas que hicieron posible que esta investigación se llevara a efecto, y en general a todos nuestros familiares y amigos que me ayudaron moral y espiritualmente.

A todos muchas gracias.

La Autora

1. TÍTULO

“LA NECESIDAD DE INCLUIR UN NUMERAL EN EL ART. 42 CAPITULO IV. DEL CÓDIGO DE TRABAJO, QUE GARANTICE LA OBLIGATORIEDAD DEL EMPLEADOR DE CONTRATAR EL PORCENTAJE MÍNIMO DEL 30% DE PERSONAS MAYORES A 35 AÑOS DENTRO DE SU PLANTA LABORAL”.

2. RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador, en todo su texto, garantiza a los ciudadanos un principio básico y universal el mismo que es el Libre acceso al Trabajo; y, por lo tanto igualdad de oportunidades, por consiguiente en su Art. 33 establece que "***El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado***"[1]. Y en concordancia con esta disposiciones legal, los artículos 3, numeral (1), 11, numeral (2), 33, 66, (4). Del Código de Trabajo Garantizan el goce de los derechos, sin ningún tipo de discriminación y con iguales oportunidades. Estas garantías que al parecer se cumplen a cabalidad; en la realidad no cumplen con el objetivo de la ley, y peor aún con el espíritu de la misma, puesto que en reiteradas ocasiones se puede observar a simple vista, por medio de anuncios de periódico, cada vez que se llama por una oferta de trabajo, se pone límite de edad, **"edad máxima 35 años",** o **"se necesita señoritas jóvenes de buena presencia entre 18 y 25 años"**; afectando directamente a las personas mayores de 35 años quienes se encuentran en óptimas condiciones de prestar su contingente humano en cualquier institución pública o privada, debido a su experiencia, formación y capacitación. Sin

[1] CONSTITUCION de la República del Ecuador, Ediciones Legales, 20 de Octubre del 2008. Art. 33

embargo estas prácticas laborales hacen que los mayores de 35 años se enfrente a un proceso de discriminación sin precedentes, mientras los entes encargados de regular y hacer respetar estos derecho no hacen nada para frenar esta discriminación, que día a día se vuelve parte de la convivencia, sin que nadie se percate o se detenga a observar que se está discriminando.

Esta discriminación laboral por edad, hace que los ingresos de las personas empiecen a decaer 10 años antes de lo que sucede en otras economías, por lo que el grado máximo de ahorro puede no ser suficiente para cubrir las necesidades del futuro, especialmente cuando no se puede ingresar a trabajar por motivo de la edad.

En este punto nuestros legisladores han dejado de lado el hecho de ser viejo a los 35 años de edad; dejando una ruptura en el marco constitucional y legal, violentando principios básicos como igualdad de oportunidades y no discriminación.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador, in full text, guarantees citizens a basic and universal priciple is the same as the Free Access to Work, and therefore equal opportunities; thus their Art. 33 states that "Work is a right and a social duty, and an economic, source of personal fulfillment and economic base. The State guarantees to the workers full respect for their dignity and decent living wages and fair remuneration and the performance of a healthy work freely chosen or accepted. "And in accordance with this legal provisions, Article 3, paragraph (1), 11, paragraph (2), 33, 66, (4). Labour Code Ensure the enjoyment of rights without any discrimination and with equal opportunities. These guarantees apparently fully comply; in reality do not meet the objective of the law, and even worse with the spirit of it, because repeatedly we can see with the naked eye , through newspaper ads, every time you call for a job offer , sets age limit," maximum age 35 years," or "good- young ladies between 18 and 25 years is needed"; directly affecting people over 35 who are in good position to provide their humans contingent in any public or private institution, because of their experience, education and training. However these work practices make the age of 35 will face a process of unprecedented discrimination, while in charge of regulating and enforcing these rights do nothing to stop this discrimination, that every day becomes part of the coexistence, without anyone being aware or stop to watch that is discriminating.

This labor ageism makes income people begin to decline 10 years before what happens in other economies, so that the maximum level of savings may not be sufficient to meet the needs of the future, especially when you can not enter work due to age.

At this point our legislators have neglected the fact that at 35 years old old; leaving a break in the constitutional and legal framework, violating basic principles such as equal opportunity and nondiscrimination.

3. INTRODUCCIÓN

La presente Investigación Jurídica, titulada: **"LA NECESIDAD DE INCLUIR UN NUMERAL EN EL ART. 42 CAPITULO IV. DEL CÓDIGO DE TRABAJO, QUE GARANTICE LA OBLIGATORIEDAD DEL EMPLEADOR DE CONTRATAR EL PORCENTAJE MÍNIMO DEL 30% DE PERSONAS MAYORES A 35 AÑOS DENTRO DE SU PLANTA LABORAL",** misma que se reviste de importancia y trascendencia, temática que es de relevancia por tratarse de los derechos y garantías de los trabajadores, porque de conformidad a la normativa existente, los derechos de los trabajadores son intangibles e irrenunciables, que en el marco jurídico deberían tener pleno respeto sobre todo en lo que respecta a los derechos que tienen los trabajadores en general en lo referente a las mismas oportunidades de trabajo, y en condiciones que permitan su sustento y desarrollo.

El presente trabajo de investigación, de carácter jurídico, precisa fundamentalmente un esquema informativo sobre la temática y el problema expuesto, analizado y sintetizado en el desarrollo de la investigación, la Primera Sección, se encuentra compuesta por la revisión de Literatura, delimitado el estudio por: MARCO CONCEPTUAL, que contiene las conceptualizaciones generales de lo que es el derecho al trabajo, se refiere además al Contrato de Trabajo, a los conceptos de trabajador y empleador, se realiza una diferenciación del trabajo y el servicio público, los principios del servicio público, y una diferenciación entre el servidor y el trabajador.

Desde un MARCO DOCTRINARIO que comprende: La Reseña Histórica del Derecho al Trabajo en el Ecuador; El Origen del Derecho al Trabajo, El Derecho al trabajo como parte del Buen Vivir, El Régimen Disciplinario del Trabajador, El Derecho Laboral y su Evolución Histórica; El Contrato de Trabajo y sus Elementos, el Trabajo y el servicio público en la Doctrina, el clientelismo político en los cargos públicos, entre otros elementos básicos del trabajo.

Un MARCO JURÍDICO Y NORMATIVO, que contiene: Protección del Trabajo y los Derechos del Trabajador en Constitución de la República, es decir un análisis Constitucional; Regulación de las Relaciones Obrero-Artesano en el Código del Trabajo; Regulación de las Remuneraciones según el Código del Trabajo; Análisis Jurídico de la Ley Orgánica de Servicio Público; análisis del principio jurídico de igualdad; en sí, toda la normativa que regula el régimen laboral en el Ecuador.

Para continuar con los Resultados de la Investigación de Campo, contenida en el Análisis de los Resultados de las Encuestas como de las Entrevistas; y como ultimo la Discusión que contiene la Verificación de los Objetivos, Contrastación de la Hipótesis; y, la Fundamentación Jurídica de la Propuesta.

La Segunda Sección; titulada como Síntesis, en el cual se arriba a las Conclusiones, Recomendaciones y presento la Propuesta de Reforma al Código del Trabajo.

El presente trabajo de investigación, se ubica dentro del ámbito conceptual, jurídico, doctrinario, y normativo, expresando ideas y criterios del análisis de la problemática en que se encuentran los trabajadores mayores de 35 años a la inserción laboral, lo que les permita solventar sus necesidades, como un derecho constitucional, social y ante todo laboral; en el que todos debemos aunar criterios para que se garantice los derechos a estos trabajadores.

Finalmente cabe recalcar, que la presente investigación parte principalmente de la protección jurídica hacia los trabajadores mayores de 35 años, en función de los principios constitucionales de que a trabajo de igual valor corresponde igual remuneración, y conlleva todos los beneficios sociales y legales que ha ganado la clase obrera a través de los años. Es así que pongo a consideración el presente trabajo ante el Honorable Tribunal de Grado, y de las personas que deseen tomar como base para futuras investigaciones.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual.

4.1.1. El Derecho del Trabajo.

El trabajo es una de las actividades humanas que mayor importancia ha merecido en todos los tiempos, pues precisamente constituye un factor decisivo en el proceso de evolución del ser humano, así como en la transformación y desarrollo de todas las sociedades, la forma de relación de trabajo resulta determinante en el grado de contradicción de la lucha de clases, además es la actividad que ha dado lugar a la existencia y provisión de bienes y servicios, que han permitido el desarrollo y esplendor de las diferentes civilizaciones. En el plano individual, el trabajo constituye también la actividad primordial de la persona, a través de él, se logran los recursos necesarios para el sustento del trabajador y su familia, para la satisfacción de las necesidades primarias de alimentación, vivienda, vestuario, salud, educación, acceso a los servicios básicos, principalmente.

Es por esto, que desde los primeros tiempos de la existencia del Estado, este se preocupó de regular las relaciones de trabajo, aunque con ventajas que solamente se reflejaban para con los esclavistas, cuestión que sin embargo ha evolucionado sustancialmente hasta llegar a las modernas relaciones de trabajo que se observan en la actualidad, donde se busca

lograr los máximos niveles de conciliación entre los intereses de trabajadores y patronos, a través de una normatividad jurídica, que aunque sea en la forma se declara protectora de los derechos de los trabajadores, aunque en el fondo, es eminentemente favorable a los intereses de los empleadores, que como es fácil suponer, son elementos de la clase dominante que ejerce tradicionalmente el poder político del Estado. Entonces, se ha dado en llamar “Derecho del Trabajo” a todo el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular la relación laboral y proteger los derechos de los trabajadores.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, con respecto al trabajo, anota lo siguiente: ***"sin discrepancias importantes el "travail" (francés e italiano) y el "trabalho" (portugués) deriva de indudables voces latinas, con la idea de sujeción y de penoso. Para unos proviene de trabs, trabis = traba; por el trabajo es la traba o sujeción del hombre. Para la Academia Española, el origen es también latino: de tripalium, aparato para sujetar las caballerías, voz formada de tripalis, algo de tres palos."***[2]

Según el Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, conceptúa al trabajo como: "***El esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción u obtención de la riqueza. Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento. Ocupación de***

[2] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo IV, Madrid, España, Edición 2006, Pág. 2101.

conveniencia social o individual, dentro de la licitud. Obra. Labor. Tarea. Faena. Empleo, puesto, destino. Cargo, oficio, profesión. Solicitud, intento, propósito. Desvelo, cuidado. Dificultad, inconvenientes, obstáculo. Perjuicio, molestia. Penalidad, hecho desfavorable o desgraciado. Operación de máquina, aparato, utensilio o herramienta aplicada a un fin. Resultado contrario a su eficacia o solidez, proveniente del esfuerzo o de la acción de un vehículo, mecanismo u otro cuerpo sujeto a iguales efectos físicos. En la jerga, prisión o cárcel; y antaño, galeras."[3]

Las acepciones de mayor interés para el Derecho y campos afines, deben ampliarse con el concepto del trabajo en dos aspectos de complicada separación: el económico y el laboral. Todo hombre, por la ley propia de la naturaleza, que sólo limitadamente y en pueblos indolentes, con necesidades mínimas o de natural fertilidad, brinda productos sin mayor esfuerzo humano, es decir ha de trabajar para obtener la subsistencia; y aunque la máquina obra al fin del trabajo intelectual de quien la concibe y mejora y del material del que fabrica, alivia quizá en buena parte el esfuerzo que se tomaba al realizar un trabajo, antiguamente aunque la industria y tecnología permite que un trabajo sea concluido en el menor tiempo posible, este requiere de igual forma la mano de obra y aporte humano, por cuanto en su momento dichas máquinas deben ser puestas no solo en mantenimiento

[3] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Decimocuarta Edición, Edit. Heliasta, Argentina, 2000, Pág. 501.

sino, cuidarlas permanentemente y para todo ello es necesario el aporte humano.

En un concepto de Barcia citado por el tratadista Guillermo Cabanellas de Torres dice: ***"El trabajo es la profesión universal del hombre; pues, aquel constituye el empleo natural de nuestras fuerzas y aptitudes; en su consecuencia, trabaja el sabio, trabaja el ignorante, trabaja el rico, trabaja el pobre. Se percibe en esa perspectiva una identidad tal entre trabajo y vida, que permitiría concluir que hasta el indolente trabaja; puesto que respira, se alimenta y duerme..."***[4]

Sin embargo, en la línea de las actividades socialmente positivas, Garriguet expone cuatro acepciones de la voz trabajo, en el proceso de la producción:

a) "El ejercicio de la actividad, cualquiera sea su esfera y forma; desde el momento en que el hombre despliega actividad, hay trabajo;

b) Económicamente, el trabajo constituye el esfuerzo más o menos penoso impuesto al hombre para producir un objeto útil, que satisface sus necesidades o las ajenas;

c) Cual medio ordinario para procurarse las cosas necesarias a la vida; y,

[4] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 21ava Edición, Tomo VIII, Edit., Heliasta, Argentina, Pág. 130.

d) El objeto creado, la utilidad conseguida; el producto, la obra."[5]

Refiriéndonos de manera directa al campo del derecho laboral, en la más estricta significación jurídica, el trabajo implica la prestación realizada a otro, mediante contrato de acuerdo tácito de voluntades, a cambio de una remuneración por tal concepto, y en situación de subordinación y dependencia. Para hablar de trabajo en esta esfera, se requiere la situación de obligatoriedad, libremente consentida por las partes; aunque persista la desigualdad entre quien necesita ganar su sustento y el que puede elegir sus servidores o auxiliares.

En mi criterio, el trabajo consiste en toda actividad humana desplegada en aras de la producción de bienes o servicios destinados a satisfacer sus propias necesidades o las de sus semejantes. Esta actividad determina su modo de vida, y tiende a agudizar las destrezas de la persona en una determinada actividad u oficio, dando como producto una remuneración o una utilidad que le permite la satisfacción de sus necesidades básicas.

En cuanto al derecho del trabajo, me parece conveniente en primer lugar delimitar el campo que este abarca, y para ello, me permito enunciar algunas de las definiciones que se han dado de esta rama del Derecho a fin de que una vez que se encuentre definida su evolución histórica, analizar la

[5] CITADO POR ROBALINO BOLLE, Isabel, Manual de Derecho del Trabajo, Segunda Edición, Edit., FAQ, Quito, 1998, Pág. 27

naturaleza del Derecho del Trabajo y, si es posible, arribar a una definición que corresponda a dicha naturaleza.

Los puntos de vista desde los cuales se ha definido el Derecho del Trabajo son:

a) De acuerdo a los fines del Derecho del Trabajo, Trueba Urbina nos dice: "***Derecho del Trabajo es el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales o intelectuales para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana".***[6]

Frente a este concepto, es preciso comentar, que para Trueba Urbina, el derecho del trabajo de acuerdo a sus fines, consiste en el conjunto sistematizado de principios y normas de orden jurídico que dan origen y regulan la acción de las instituciones destinadas a la protección de los ciudadanos que viven de la venta de su fuerza de trabajo.

El autor Mario de la Cueva, manifiesta que "***El nuevo Derecho es la norma que se propone realizar la justicia social en el equilibrio de las relaciones entre el trabajo y el capital".***[7]

[6] ROBALINO BOLE, Isabel, Manual de Derecho del Trabajo, Edit. Fundación Antonio Quevedo, Quito, 1998, Pág. 3.
[7] Ibidem, Pág. 4.

Me parece importante el criterio del tratadista Mario de la Cueva, en cuanto sostiene que el derecho del trabajo se orienta a la realización de la justicia social en base a relaciones de equidad entre trabajo y capital, lo que se ubicaría en una definición de carácter socialista, ya que en el caso de los países capitalistas es bien sabido, que el derecho del trabajo, coherente con las ideas burguesas que proclama el Estado capitalista, protege esencialmente los intereses explotadores de la clase dominante.

b) Desde el punto de vista del sujeto, los profesores alemanes Hueck y Nipperdey expresan que el derecho del trabajo es el ***"derecho especial de los trabajadores dependientes", y en la misma línea, un manual reciente, publicado por el Ministerio del Trabajo de la República Federal Alemana, "el derecho del trabajo comprende las normas estatales y autónomas que regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores", como también el marco legal de las condiciones dentro de las cuales se ha de realizar el trabajo".***[8]

La cita que antecede brinda la idea de que el derecho del trabajo se orienta esencialmente a la protección de las personas que venden su fuerza laboral en el ámbito de una relación de dependencia, regulando desde dicha perspectiva las relaciones entre los trabajadores y los empleadores; aunque me parece importante reiterar en la opinión antes expresada de que el derecho del trabajo guarda estricta coherencia con la orientación política

[8] ROBALINO BOLE, Isabel, Obra Citada, Pág. 6.

ideológica del Estado, que en las circunstancias actuales es predominantemente burgués.

c) Según el objeto, Rafael Caldera nos habla de ***"conjunto de normas jurídicas que se aplican al hecho social del trabajo, tanto por lo que toca a las relaciones entre quienes intervienen en él y con la colectividad en general, como el mejoramiento de los trabajadores en su condición de tales".***[9]

Efectivamente, comparto el criterio de Caldera, en cuanto el derecho del trabajo, de acuerdo a su objeto, se orienta a la protección jurídica del fenómeno social del trabajo, propendiendo a salvaguardar las garantías básicas del trabajador en aras de conseguir mejores condiciones de vida para el trabajador y por ende para la sociedad que es beneficiaria de un proceso de dinamización económica caracterizada por el mejoramiento de las condiciones de vida de los sujetos involucrados en la relación laboral.

Alfredo Montoya Melgar dice que "***el Derecho del Trabajo es un sector del ordenamiento jurídico que se ocupa de la regulación del fenómeno humano del trabajo.***"[10]

Es bastante lacónica la definición de Montoya Melgar, y determina únicamente al derecho del trabajo como una rama del ordenamiento jurídico

[9] Ibidem, Pág. 6.
[10] Ibidem, Pág. 6.

de un Estado, orientada esencialmente a la regulación de la relación laboral como fenómeno social.

Otros se refieren a la relación en sí misma. Y así el profesor español Pérez Botija define al Derecho del Trabajo como ***"el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado a los efectos de la protección y tutela al trabajo."***[11]

Es preciso comendar que la definición de Pérez Botija, agrega un tercer elemento en el marco de las relaciones generadas en el ámbito del derecho del trabajo, determinando que no solo se preocupa de la regulación de las relaciones empleador-trabajador, sino también de aquellos con el Estado, como ente encargado del tutelaje de los derechos de unos y otros, en cuestión laboral.

Y los profesores Rivero y Savatier estiman que el derecho del trabajo consiste en el "***conjunto de reglas jurídicas aplicables a las relaciones individuales y colectivas que nacen entre empleadores y trabajadores con ocasión del trabajo".***[12]

Esta definición, es bastante concreta desde una perspectiva jurídica, en cuanto en forma expresa se refiere al conjunto de disposiciones legales

[11] ROBALINO BOLE, Isabel, Obra Citada, Pág. 7.
[12] Ibidem, Pág. 6.

destinadas a regular las relaciones de carácter individual y colectivo que se dan en el ámbito laboral, y que tienen como eje exclusivo al trabajo, que es precisamente su razón de ser.

El tratadista mexicano Néstor del Buen, nos habla de "***un conjunto de normas que directa o indirectamente derivan de la prestación, libre, subordinada y remunerada de servicios personales y cuya función es producir el equilibrio de los factores en juego mediante la realización de la justicia social".***[13]

La definición del autor Néstor de Buen, marca ciertas diferencias con las analizadas anteriormente en cuanto se concreta a definir como ámbito del derecho del trabajo a las prestaciones laborales directivas e indirectas, atribuyéndoles como característica común la subordinación en la prestación de servicios o venta de fuerza de trabajo, esto en un marco de equilibrio tendiente a promover criterios de justicia social.

Con base en los conceptos anotados me permito aportar una definición personal sobre el derecho del trabajo, en el sentido de que aquél se compone de los principios establecidos en el derecho internacional, en el ordenamiento constitucional y en el Código del Trabajo, donde se establecen los derechos y garantías que asisten tanto a trabajadores como empleadores, y los procedimientos que deben seguirse las autoridades

[13] ROBALINO BOLE, Isabel, Ob. Cit, Pág. 7.

competentes para garantizar su inmanencia, así como también lo concerniente a la regulación de las relaciones de trabajo en sus distintas modalidades.

4.1.2. El Contrato de Trabajo.

El contrato como fórmula originada en el derecho civil para generar y asegurar el cumplimiento de las obligaciones que voluntariamente contraen las personas, es un aspecto de vital importancia en el campo de las ciencias jurídicas, que han manifestado su insistente preocupación por el estudio, definición y teorización, de este fenómeno jurídico indispensable para la normal y pacífica convivencia de las comunidades humanas.

Según los tratadistas Aubry y Rau, el contrato ***"constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones."***[14]

Comentando la cita que antecede, es preciso señalar que de acuerdo a los autores Aubry y Rau, la característica sustancial del "contrato" como fórmula jurídica, es la de ser un instrumento generador de obligaciones, es decir, que la declaración de voluntad de las partes, siempre radica en una manifestación de compromiso con respecto a determinadas prestaciones mutuas.

[14] AUBRY Y RAU, Citados por CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 2002, Pág. 92.

El Código Civil Argentino, en el Art. 1137, dice que "***hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos."***[15]

Esta definición eminentemente jurídica, permite advertir una característica sustancial del contrato, que requiere la concurrencia de dos voluntades por lo menos, que conjuntamente realizan declaraciones de voluntad, generando en consecuencia derechos que se derivan de lo acordado en el ámbito contractual.

Es muy semejante la definición de Savigny, para quien el contrato ***"es el concierto de dos o más voluntades, sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas."***[16]

Al igual que en la definición del Código Civil Argentino, Savigny, considera que la definición de contrato se refiere al acto declarativo de voluntad de dos o más sujetos legalmente capaces, que tiene por finalidad sustancial normar sus relaciones jurídicas en el ámbito de un negocio determinado, pues es evidente que la coexistencia entre los seres humanos no solamente se refiere a una fórmula contractual, sino que los diversos contratos que se elaboran con base en una normatividad jurídica preexistente, se acoplan, se elaboran, se pactan y se solemnizan de acuerdo a las necesidades existenciales de las personas.

---

[15] CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, Ediciones Civitas, Buenos Aires, 2009, Pág. 267.
[16] SAVIGNY, Citado por CABANELLAS, Guillermo, Obra Citada, Pág. 92.

El Código Civil español, con respecto al tema que nos ocupa dice: ***"El contrato existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto de otra, u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio."***[17]

La definición del Código Sustantivo Español, agrega otro elemento de singular importancia que concurre en la definición del contrato, arguyendo que no solo es necesaria la declaración de voluntad de las personas, sino que es esencial el consentimiento en uso de libre albedrío de quienes se obligan, a hacer o no hacer, dar o recibir alguna cosa, o prestar algún tipo de servicio, o también a realizar algún tipo de actividad en beneficio de la contraparte.

Nuestro Código Civil en forma muy clara define al contrato en los siguientes términos: ***"Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas."***[18]

Como se puede apreciar, la legislación civil ecuatoriana, determina primeramente la sinonimia entre contrato y convenio, y luego declara que el contrato esencialmente es un acto, mediante el cual una parte declara su voluntad de obligarse con respecto a la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa; admitiéndose en forma expresa la posibilidad de que cada una de las

[17] CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, Ediciones Civitas, Madrid, 2001.
[18] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a Enero de 2010, Art. 1481.

partes este constituida por una o más personas, como bien podría ser el caso de personas jurídicas, o de contrataciones de naturaleza colectiva.

Desde mi perspectiva, el contrato consiste en el acto jurídico por el cual la voluntariedad se encuentra entre quienes resuelven en dar, hacer o no hacer una cosa que se traducirá en un pacto que genera obligaciones y derechos entre las partes contratantes.

La disposición antes citada de nuestro Código Civil, corresponde más bien a la definición de la obligación que de contrato, porque la obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa con respecto a otra persona también determinada. La obligación es el efecto; el contrato la causa.

Del contrato nace este vínculo jurídico que coloca al deudor en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa. De manera, que es en el contrato, que el individuo se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa.

Considero lógico y natural que la obligación es precisamente un efecto del contrato, pues es el ámbito de éste donde se produce la declaración formal de voluntad por parte de un sujeto con capacidad de obligarse, y ello precisamente es lo que produce la obligación. Sin embargo, esto no significa que el contrato sea el único medio generador de obligaciones, pues como bien sabemos, la obligación también nace de la ley, o como efecto de la responsabilidad, nacida también de un marco jurídico, atribuida al autor de un delito o de un cuasidelito.

istóricamente los contratos y obligaciones siempre se han constituido como un acto jurídico que implica la declaración de voluntad de una persona que se compromete a dar, hacer o no hacer una cosa.

En relación con el contrato en materia laboral, es preciso hacer los siguientes señalamientos: Se conoce como contrato de trabajo, al acuerdo de voluntades en virtud del cual el trabajador o trabajadora se compromete a prestar sus servicios por cuenta ajena, bajo la dirección y dentro de la entidad que corresponde a la persona natural o jurídica que le contrata, a cambio de una remuneración. En la actualidad y sobre la base de la constatada disparidad de fuerzas entre empresario y trabajador, las normas reguladoras del referido contrato tienden a ser normas imperativas en su mayoría y, como tales, sustraídas a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, de las que resultan condiciones laborales más dignas en el ámbito de lo posible.

El Art. 8 del Código del Trabajo, en forma categórica señala: ***"Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre."***[19]

Con base en esta concepción, es preciso señalar que el contrato de trabajo, nace del acuerdo la voluntad del trabajador que se obliga para con el

[19] CÓDIGO DEL TRABAJO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a Enero de 2010, Pág. 10.

empleador a prestar sus servicios o a vender su fuerza de trabajo, a cambio de una remuneración pactada de común acuerdo y en base a los límites que establece la Ley, el contrato colectivo o la costumbre para el efecto.

Cabe presumir que existe un contrato de trabajo entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, y el que lo recibe a cambio de la retribución que satisface; por ello, en tales casos y aunque no medie una expresa declaración contractual verbal o escrita, se está en presencia de un comportamiento concluyente, en el orden jurídico relevante. Las condiciones en que se presta el trabajo, antes referidas, permiten distinguir esta clase de contrato de otros que le están próximos, como son el arrendamiento de servicios, el contrato de obra, la sociedad o el mandato.

Las diversas clases o modalidades de contrato de trabajo pueden agruparse en torno a diferentes criterios distintivos. Por la duración, los contratos pueden ser de duración indefinida son los más frecuentes, desde un punto de vista estadístico y de duración determinada; procede hablar aquí de trabajos eventuales, en prácticas y para la formación, al margen de la posibilidad de contratos a tiempo parcial o contratos periódicos de carácter discontinuo.

Por razón del lugar de trabajo y teniendo en cuenta las peculiaridades del mismo o los riesgos que conlleva, puede hablarse de contrato de trabajo en el mar, el campo y la minería.

Por la singularidad de la relación laboral en sí misma considerada, cabe hacer referencia a los sirvientes en el hogar familiar, penados en instituciones penitenciarias, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos y operadores mercantiles dependientes. Cabe hacer mención también a los contratos suscritos por el que ha dado en llamarse personal directivo, compuesto por individuos que desempeñan funciones de dirección, coordinación o control dentro de la empresa, asumiendo responsabilidades en la marcha de la misma. Dentro del personal directivo está, por un lado, el personal de alta dirección y, por otro, los que se dicen cuadros o mandos intermedios, que se encuentran entre los técnicos y los directivos, dado que sus funciones se hallan más restringidas o están sujetas a órdenes o instrucciones superiores.

La obligación fundamental del empleado es la prestación de su trabajo en consonancia con la categoría profesional que le corresponda. De acuerdo con este criterio, se plantea la cuestión de la jornada y horario de trabajo, jornada mínima y máxima, clases de horario (rígido, flexible) y régimen de horas extraordinarias, así como el calendario donde se fijan los descansos e interrupciones, ya sea con carácter semanal, o en aplicación de otra pauta periódica para reglamentar las fiestas, los turnos vacacionales y los permisos.

El trabajador tiene además otros deberes, como la diligencia, la obediencia, la buena fe o la no concurrencia.

Por cuanto a los derechos se refiere, el trabajador tiene, en primer lugar, derecho al salario, asunto en torno al cual giran los que siguen: en dinero y en especie, salario base y complementos (que engloban gratificaciones, incentivos, comisiones o primas). Tiene, además, derechos que giran en torno a la protección de su persona y dignidad, entre los que cabría considerar los siguientes: derecho a trato digno y no discriminatorio, respeto a la intimidad, derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, derecho a la ocupación efectiva y a la promoción y formación profesional.

La modificación de la relación laboral puede tener lugar por cambio de la persona del empleador, en los casos de transmisión de la empresa, y por cambio de las condiciones de trabajo, desplazamientos, traslados y ascensos del trabajador.

Cabe también la suspensión de la relación laboral por incapacidad temporal, servicio militar, ejercicio de cargo público u otras causas, como la excedencia, que puede ser forzosa y voluntaria.

La relación laboral puede extinguirse por despido del trabajador, desistimiento de éste, mutuo disenso, llegada del término pactado en el contrato, incapacidad, jubilación y otros motivos, ello sin contar con las causas de extinción que afectan al empresario. Sobre esta cuestión deben considerarse supuestos como la incapacidad del empresario en cuanto a persona física, su extinción y también la extinción de la persona jurídica contratante.

4.1.3. Concepto de Trabajador.

Para el tratadista Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, ***"Partiendo de la definición tautológica de la Academia: "trabajador es el que trabaja", cabe designar como tal a todo el que realiza una labor socialmente útil y de contenido económico. Lo es así el que efectúa un trabajo por deber cívico o por pena; quien trabaja en su domicilio por cuenta ajena y sin relación de dependencia; el que forma parte de las profesiones liberales y el autónomo en sus prestaciones; el mismo patrono por sus iniciativas o directivas que implanta; por supuesto todo el que presta servicios subordinadamente y por una retribución."***[20]

Es decir, el trabajador o la trabajadora es la persona que vende su fuerza productiva a un patrono o empleador, que por lo general es el propietario, administrador, interesado o intermediario en un proceso productivo, es la persona que contribuye con su acción a la producción de los bienes o servicios a los que se dedica una determinada empresa.

Sin embargo, debe destacarse que el trabajador por sí solo, no puede participar en la celebración de un contrato colectivo, definitivamente deberá pertenecer a una asociación de trabajadores. Por asociación se entiende la agrupación orgánica compuesta por varias personas que se unen con base a unos mismos intereses, actividades, obligaciones, objetivos y aspiraciones.

---

[20] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario de Derecho Laboral, Edit. Heliasta SRL, Argentina, 1999, Pág. 302.

El Código del Trabajo, en el Art. 9, señala que trabajador o trabajadora es ***"La persona que se obliga a la prestación del servicio a la ejecución de la obra, se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero."***[21]

Entonces, la característica esencial del trabajador, es la de asumir en el marco de una fórmula contractual la obligación de prestar un servicio, ejecutar una obra, o realizar determinadas tareas. Además se asimila, al menos en el marco de nuestra legislación laboral, como términos sinónimos coherentes con el significado de trabajador, los de empleado y obrero, aunque es preciso señalar que en el argot de las relaciones laborales, se conoce como empleado al que realiza una actividad preferentemente intelectual o administrativa, como la persona que lleva cuentas en un almacén, y como obrero, al que realiza actividades preferentemente manuales, como el que trabaja ensamblando piezas en una fábrica, o al que trabaja en la construcción, o el que trabaja en un aserrío, etc.

En el caso de la presente tesis, cuando me refiero a la trabajadora, hablamos tanto de la empleada como de la obrera, es decir, de la mujer que realiza actividades laborales de carácter preferentemente intelectual, así como también de aquella que cumple tareas de carácter manual, ya que en los dos casos, se encuentra protegida por las disposiciones del Código del Trabajo. Debo aclarar que no entra en el ámbito de este estudio, la mujer que cumple actividades en el ámbito administrativo público, pues aquella es

[21] CÓDIGO DEL TRABAJO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a Enero de 2010, Pág. 11.

sujeto de protección de la Ley del Servicio Público, y de Unificación y Homologación de Remuneraciones en el Sector Público.

4.1.4. Concepto de Empleador.

El Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, define al término empleador de la siguiente manera: ***"La palabra empleador, española sin duda, se ha tomado en lo laboral del francés "employeur" y ha obtenido difusión en Sudamérica. La Academia que se resistió mucho a incorporarla, señala esa preferencia americanista y la equipara sin más a patrono, como persona que emplea a obreros manuales. Surge aquí una contradicción curiosa; porque, si empleador debe corresponderse con empleado, éste es el trabajador que no realiza trabajos manuales.***

Si se quiere sutilizar entre la sinonimia puede decirse, con la mayor corrección, patrono o empresario, con más familiaridad patrón: y, aún siendo bastante afectado, puede transigirse con el pseudotecnicismo de dador de trabajo."[22]

Entonces, el término empleador se refiere en términos generales a aquella persona que da empleo, sea este de tipo manual o de prestación de servicios como empleado privado, etc., aunque es obvio que cuando hablamos de contrato colectivo en el Código del Trabajo del Ecuador, al hablar de empleador como parte de dicho contrato, se refiere

[22] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Pág. 424.

necesariamente a la parte patronal, a aquella que contrata al llamado trabajador, asimilado al sentido de obrero, o del que vende su fuerza de trabajo física para un proceso productivo.

El Código del Trabajo en el Art. 10 define al empleador en los siguientes términos: ***"La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador.***

El Fisco, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Se entiende por tales obras no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago. Tienen la misma calidad de empleadores respecto de los obreros de las industrias que están a su cargo y que pueden ser explotadas por particulares, aun cuando se decrete el monopolio.

También tienen la calidad de empleadores: la Empresa de Ferrocarriles del Estado, y los cuerpos de bomberos respecto de sus obreros."[23]

[23] CÓDIGO DEL TRABAJO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a Enero de 2010, Pág. 11.

En lo concerniente al presente trabajo, es de sumo interés determinar al empleador en la relación laboral, pues de su actitud frente a la trabajadora depende la observación irrestricta de los derechos de esta, especialmente durante los períodos de embarazo y de lactancia, que son aquellos en que a menudo suelen ocasionarse crisis en la relación laboral, que en muchos casos terminan con el despido injusto y violatorio de derechos de la trabajadora.

4.1.5 El Trabajador y el Servicio Público

"***El servicio público concepto fundamental del derecho político y del derecho administrativo, relacionado con la satisfacción de las necesidades colectivas por medio de la administración pública".***[24]

Servicio público, "***es el servicio administrativo cuyo objeto consiste en facilitar de modo regular y continuo (a cuantos carezcan de medios idóneos) la satisfacción de una necesidad colectiva individualmente sentida."***[25]

El Servicio público es una actividad técnica, directa o indirecta que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular, continua y sin propósitos de lucro, la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público.

---

[24] LÓPEZ Garcés Ramiro Dr. Msc. Pequeño Diccionario Jurídico Elemental, Primera Edición Pág. 355
[25] Martínez Morales, Rafael; Derecho administrativo; Ed. Harla 1991; p. 276

Los servicios públicos son proporcionados a los ciudadanos bajo la administración pública ya sea de manera directa o indirecta. Se llama directa cuando el Estado se hace cargo por medio de sus órganos administrativos de organizar el desempeño de determinados servicios públicos, es decir, se encarga de la operación de los mismos; mientras que, es indirecta cuando el Estado cede o concesiona a los particulares la facultad de prestar determinados servicios públicos, sobre las bases establecidas por él. En cualquier caso el responsable por el buen servicio es el gobierno.

Principios de los servicios públicos

La responsabilidad por parte de la administración pública en la prestación de los servicios públicos, implica tener presente los siguientes principios:

- **Continuidad:** Los servicios públicos deben mantenerse constantes, de manera uniforme y permanente.
- **Suficiencia**: Consiste en que debe existir la capacidad o cantidad necesaria (suficiente) para la prestación del servicio.
- **Rapidez:** Es la dinámica con que se presta un servicio, con el propósito de evitar pérdida de tiempo.
- **Seguridad:** Consiste en brindar confianza y credibilidad al brindar de manera regular el servicio deseado.
- **Economía:** Los servicios públicos no están destinados necesariamente a ser objeto de lucro para obtener utilidades como en la iniciativa

privada pero es necesario recuperar lo erogado para mantener la continuidad en el servicio.

- **Calidad:** Consiste en desarrollar las actividades con exactitud, precisión, amabilidad y esmero, logrando que el usuario del servicio quede satisfecho.
- **Eficiencia:** Consiste en alcanzar el máximo resultado con el mínimo de esfuerzos y recursos, es hacer más con menos. Frente a la escasez de recursos es necesaria una mayor preparación, buscando siempre mejores alternativas.
- **Innovación**: Son las iniciativas para brindar de la mejor manera posible los servicios. Consiste en incorporar los nuevos métodos, técnicas e innovaciones tecnológicas, dejando atrás elementos obsoletos.

4.1.6 Servidor Público frente al Trabajador

Siendo que un servidor público, es una persona que ofrece un servicio de beneficio a la sociedad. Esto quiere decir que aquello que realiza evidentemente contribuye a otras personas y no genera ganancias privadas, pues es el Estado quien paga por estos servicios a quien los presta.

Los servidores públicos, por lo general, prestan servicios por medio del Estado. Las instituciones estatales (como hospitales, escuelas o fuerzas de seguridad) son las encargadas de hacer llegar el servicio público a toda la comunidad.

El empleado o servidor público ***"tiene un estatuto laboral y responsabilidad diferentes de los del simple trabajador al servicio de algunas de las ramas del Estado, cobijado por la legislación ordinaria."***[26]

El servicio público "es una actividad amplia por sus características, organización y forma. Es un interés general que está por encima de cualquier otra circunstancia, en donde el Estado tiene la obligación de asegurar la prestación del mismo con eficiencia y eficacia."[27]

Tipo de servidores públicos

- **Funcionaria/o.-** Es la servidora o servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior.

- **Servidora/o.-** Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción.

[26] LÓPEZ, Garcés, Ramiro, Dr. Msc. Pequeño Diccionario Jurídico Elemental, Primera Edición Pág. 355
[27] Servidor Público - www.eldiario.com.ec

- De aquí nace el **concepto de moral** que es el conjunto de normas, principios y valores que sin necesidad de coacción exterior rigen la conducta del hombre, estas son aceptadas libre y conscientemente regulan la conducta tanto individual y social de los hombres. La moral es el objeto de estudio de la ética. Así enfrentamos varios problemas como lo son la valoración moral (Que es bueno y que malo?), la obligatoriedad moral, la esencia del acto moral, la libertad.

- Un acto se puede calificar como moral cuando se ha realizado en forma libre y consciente. Acá nace un concepto de la responsabilidad moral, que es la capacidad y la obligación moral que tiene todo individuo de responder por sus actos, sean estos buenos o malos. Esta responsabilidad se debe cultivar y desarrollar en el sentido de considerar prudente el proceder antes de actuar, analizar detenidamente el contenido y alcance, prever sus consecuencias, juzgar su moralidad, cotejar la acción a las leyes, reconocer como propios nuestros actos, responder de todas nuestras acciones. ***"Luego de estos conceptos de la ética profesional.- Es la aplicación moral general a la conducta personal del hombre en el desempeño de sus actividades profesionales, es también un enfoque de las normas y principios generales de la moral hacia los problemas que se presentan en el ejercicio de la profesión."***[28] Como los casos concretos y problemas son distintos en cada profesión existe una ética profesional general y una particular adaptada a las distintas profesiones, como la ética comercial,

[28] OMBUDSMAN, de Hong Kong. Servicio Público Para Servir Al Público

medica, y la que nos concita este trabajo la ética pública o gubernamental Ciencia que estudia la moral y las sanciones.

- **Ética Gubernamental:** La Ética Gubernamental es el cumplimiento cabal de la función o empleo, con riguroso apego a la Constitución, las leyes, reglamentos o disposiciones especiales válidas. ***"La Ética Gubernamental, como es obvio, tiene como estricto objetivo la súper conducta moral de todos los Poderes del Estado, es decir, la obligada observación y mantenimiento de la honestidad, integridad, decoro, pureza y honradez en todos los hechos, labores y actuaciones de los funcionarios y empleados estatales."***[29] La Ética Gubernamental no consiste solamente, como muchos creen, en el fiel manejo o administración de bienes o recursos, en la no verificación de exacciones ilegales, en la no realización de negocios clandestinos en detrimento económico del organismo o entidad en la que se trabaje; en otras palabras: no consiste únicamente en formas de enriquecimiento ilícito, cualesquiera que fueren los procedimientos utilizados: (recepción de coimas, tráfico de influencias.)

- **Eficacia.-** La eficacia es un principio constitucional que rige a la administración pública que establece un mandato, del que las Administración Pública no pueden desvincularse, tanto de su aspecto

[29] UNIVERSIDAD de los lagos Sede Santiago Ingeniería de ejecución en administración Mención administración pública Ética gubernamental

económico para determinar que se escoja la solución que menor gasto público implique, como de su aspecto organizativo.

- **Concepto de Transparencia** significa libre acceso a la información y el libre flujo de información. También implica acciones realizadas de conformidad con los fines estipulados en cuanto a contenidos y tiempos. La transparencia está basada en la apertura como valor y consiste en información y comunicación.

- **Concepto de Responsabilidad** significa asignar claramente quién debe lograr determinados resultados en un lapso definido de tiempo de tal manera que se produzcan los impactos deseados y esperados en determinadas estructuras y procesos. También consiste en la optimización del uso de recursos en el logro de los resultados. La responsabilidad está basada en efectividad, eficacia y eficiencia como valores y consiste en información y comunicación, así como en análisis y evaluación.

- **Concepto de Capacidad de respuesta** implica la articulación y agregación de intereses para incorporar las demandas de la ciudadanía a los procesos de toma de decisión y asignación de recursos; también la evaluación de políticas, programas y proyectos a la luz de las demandas, intereses y necesidades de la ciudadanía. La capacidad de respuesta está basada en la participación como valor y consiste en información, comunicación, análisis y evaluación y en la anticipación o respuestas oportunas a las demandas o necesidades de la ciudadanía.

- **Concepto de Administración Pública.** ***"Es la ciencia social o Tecnología Social y técnica encargada de la planificación, organización, dirección y control de los recursos (humanos, financieros, materiales, tecnológicos, el conocimiento, etc."[30])*** de la organización, con el fin de obtener el máximo beneficio posible; este beneficio puede ser económico o social, dependiendo esto de los fines perseguidos por la organización.

- Es por lo tanto, "***el sistema administrativo de un estado, de una ciudad, de una comuna o centro poblado; y que existe principalmente para dos cosas:***
- ***Prestar servicios públicos a la comunidad a quien se debe; y***
- ***Ejercitar controles públicos a las personas y la propiedad dentro de su dominio.***
- ***Con estos objetivos las normas y leyes que regulan la administración pública deben:***
- ***Establecer las agencias administrativas adecuadas; otorgándoles ciertos poderes, describiendo el alcance y límite de los mismos.***
- ***Proveer de los medios para hacer cumplir las decisiones administrativa hechas en el ejercicio de estos poderes; y***
- ***Proporcionarles un sistema que brinde seguridad contra acciones administrativas arbitrarias, discriminatorias o no autorizadas.***

[30] HUGO, Tobar. Informativo ESPAE, JUNIO 1995 , Pág. 1.

- ***Los poderes o autoridades administrativas establecidas por las normas modernas son de cuatro tipos:***
- ***El Normativo: Poder que tiene la capacidad de generar las normas generales o regulaciones.***
- ***El de Patente: poder que puede otorgar el uso, renovación y revocar licencias o permisos para ejercer actividades.***
- ***El Investigativo: poder que obtiene la testificación para producir información y datos para producir una regulación efectiva; y***
- ***El Ejecutivo: poder que emite ordenes administrativas para que sean ejecutadas por la comunidad.***
- ***Dentro de este contexto detallaremos el concepto y los fines de la administración pública y su relación en el servicio público.***
- ***Definida en términos amplios, la "administración pública" consiste en el proceso relativo a todas las operaciones encaminadas al planeamiento, organización, ejecución y control de las políticas del Estado, en cumplimiento de los fines que se han trazado.***
- ***En su acepción más simple, la administración pública es el instrumento que el gobierno moviliza para la ejecución práctica de sus programas; es una entidad de servicio que se conforma a la filosofía política del estado y que contempla al Gobierno desde el ángulo institucional y de su acción dinámica***
- ***Se tiene otro Concepto de Administración Pública es un término de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones que realizan la función administrativa y de gestión del Estado de***

otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local.

- ***Por su función, la Administración Pública pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político satisfaciendo los intereses públicos de forma inmediata, por contraste con los poderes legislativo y judicial, que lo hacen de forma mediata"***[31]

- La Constitución actual **define al servidor público en el artículo 229.-** de la siguiente manera: Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

- **Concepto De Servidor Público**.- ***"Es el que satisface una necesidad colectiva por medio de una organización Administrativa o regida por la administración Pública".***[32]

- **Concepto de Usuario.-** en el derecho Administrativo, quien por concesión gubernativa o por otro justo título, aprovecha aguas derivadas de una corriente pública.

- **Concepto de Funcionario.**- **"*Es toda persona que desempeña una función o servicio, por lo general público"*[33].**

[31] http://es.wikipedia.org/wiki/Administraci%C3%B3n_P%C3%BAblica, 22 de marzo de 2014
[32] CABANELLAS Guillermo Pág. 364 edición Editorial Heliasta S.R.L. año1979
[33] CABANELLAS Guillermo Pág. 175 edición Editorial Heliasta S.R.L. año1979

- **Concepto de Empleado.- "*Generalmente se designa con este nombre al funcionario técnico o profesional que presta su actividad al gobierno para la realización de fines de interés público.*[34]**

- **Concepto Responsabilidad**.- En el lenguaje común, se entiende por responsabilidad el deber de responder por los actos propios, que hayan ocasionado daños a otros.

El Diccionario Jurídico del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres dice en términos generales que **RESPONDABILIDAD** es: Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. Le da el sinónimo de "DEUDA MORAL" y de hecho lo es, pues, quien es responsable por un acto está obligado a reparar el daño que haya causado. En Derecho Administrativo, el mismo diccionario indica que en lo que respecta al Estado como persona de Derecho Público, sólo es posible hablar de responsabilidad civil, es decir, que tiene la obligación de resarcir el daño ocasionado por sí mismo o por terceros de quienes responde.

[34] CABANELLAS, Guillermo, edición Editorial Heliasta S.R.L. año1979, Pág. 144

4.2. Marco Doctrinario.

4.2.1 RESEÑA HISTORICA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ECUADOR

Con la conquista y dominación española se estableció un régimen de servidumbre ya que todo conquistador recibía un fundo llamado "ENCOMIENDA" esto de conformidad con los méritos que haya hecho el conquistador a la Corona Española, esta encomienda consistía en una extensión de terreno, incluidos nuestros aborígenes los mismos que quedaban al servicio del conquistador, una organización con características similares era las de las " MITAS" lo que comprendía en trabajos forzados los mismos que periódicamente debían prestar los indios "mitayos" al servicio de sus amos españoles.

De otro lado, se organizaron los "OBRAJES" que eran como una especie de fábricas para la producción de tejido, lo cual permitía a los españoles explotarlos a los indígenas en condiciones infrahumanas. Lo mismo sucedía en las minas.- los ibéricos con la fiebre de la ambición, los sometían y los arrastraban a nuestros nativos a trabajar en los yacimientos de oro y plata. Allí sucumbían los mineros, víctimas de las enfermedades y agotamiento, otra de las formas de servidumbre fueron los "YANACOCHAS" condenados al servicio doméstico para toda la vida.

Se puede afirmar que en todas formas de trabajo, los indios estaban desprovistos de los más elementales derechos, los salarios eran irrisorios en algunos casos, y en otros no se les pagaba situación que a nuestros indios no les alcanzaba para poder enfrentar sus necesidades básicas y prioritarias, incluidas toda su familia, por ello el aborigen optaba por endeudarse para toda la vida, pues además tenía que pagar el pasado real tributo.

De esta serie de abusos y atropellos a la dignidad humana, eran no solamente victimas los trabajadores sino también sus mujeres y sus hijos, es por eso que se considera que servidumbre que establecieron los españoles en América Latina fundamentalmente durante inclusive la colonia, era tan cruel y despiadada como la misma esclavitud.

Es necesario resaltar y para no olvidar de que también existió esclavitud abierta, también se permitió el tráfico de negros traídos del África, para trabajar en lugares muy calurosos donde nuestros aborígenes la sierra no resistían las inclemencias del clima.

Al permitir de la extinción de la época Colonial, y el devenir histórico de la independencia del Ecuador, esto en el año 1830, se constituye la República del Ecuador regida por una Constitución dictada fundamentalmente por la clase pudiente de ese entonces, los Terratenientes; los mismos respondían a sus propios intereses de clase, en consecuencia algunos derechos de los

ciudadanos fueron conculcados, especialmente los derechos políticos de los trabajadores, y en general de todas las personas que tenía una relación de dependencia, es así que por ejemplo en el Art. 12 de la Constitución Política del Estado del Ecuador de ese entonces sostenía, entre otras cosas que: para entrar en goce de los derechos de ciudadanía se requería 1.-Ser casado, o mayor de edad, de 22 años de edad 2.- Tener una propiedad o bien raíz, valor de 300 pesos o ejercer alguna profesión o industria útil, sin sujeción a otro como sirviente doméstico o jornalero; 3.- como se puede apreciar este odioso discrimen de alguna otra manera que no existió un mejoramiento socio político y económico, para la gran población compuesta especialmente por trabajadores de la cuidad, campesinos e indios.

La disposición Constitucional relativa a discrimen con respecto a los requisitos de ciudadanía, sigue vigente hasta la quinta Constitución expedida en el año de 1861, en la cual se suprimió aquel discrimen, contra los trabajadores.

La Constitución Garciana de 1869 conocida históricamente como la “CARTA NEGRA” se exige ser católico apostólico u romano, para poder ejercer los derechos de ciudadanía, de tal manera que atentaba a la libertad de cultos, pero fue necesario que pasaran casi un siglo para que se borre de la Constitución el odioso y discriminado requisito de saber leer y escribir para ser considerado ciudadanos, y de esta manera los trabajadores y campesinos pudieran tener acceso a tener un trabajo.- es necesario

enfatizar, y recapitular un hecho importante y trascendental en la vida republicana del Ecuador, en el año 1852, el Congreso expide la Ley, de la "MANUMISION DE LOS ESCLAVOS" , ya dicha ley fuera promulgada por el Presidente José María Urbina, esta ley permitió que es Estado Ecuatoriano los adquiera o mejor los comprara a los esclavos y luego sean liberados de aquel yugo.- De esta manera se pudo dar fin a esta modalidad de trabajo esclavista en nuestro país.

En relación a los antecedentes históricos del Contrato de Trabajo se remonta al año de 1861, fecha la cual entra en vigencia el Código Civil, en la cual rige la institución romana del arrendamiento de servicios o localización de servicios, en los siguientes términos: El arrendamiento de un contrato en las que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejercer una obra o a prestar un servicio, y la otra pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado.

Con el venir del tiempo, y con el triunfo de la revolución Liberal por el caudillo Eloy Alfaro Delgado, se introducen algunos logros trascendentales en el orden político, social y económico. Lamentablemente estos logros, avances, como también expectativas se vieron truncadas, con la muerte del "Viejo Luchador" el mismo que dejo sentadas las bases de un estado moderno para aquella época.

A comienzos del siglo, veinte, la actividad bancaria y agro exportadora del litoral ecuatoriano, de la incipiente burguesía que hicieron posible la

Revolución Liberal de 1895, desarrollaron un proceso de industrialización en el Ecuador, con la contribución innegable de la técnica y el capital foráneo, arribo el capital financiero del imperio del norte con su abanico de miseria y de luz.

El 15 de noviembre de 1922, la clase obrera de nuestro país, comienza su estreno político, como producto de la crisis económica que la nación atravesaba, por lo tanto realiza un levantamiento de la masa obrera, y como respuesta a este levantamiento el gobierno de turno mando a masacrar a través de las fuerzas armadas represivas a los trabajadores.

Posteriormente en la Presidencia de Baquerizo Moreno, el 11 de noviembre de 1916, se sanciono y se promulgo la PRIMERA LEY OBRERA, en dicha ley se recoge algunas conquistas importantes laborales, en las que se establece lo siguiente. Que todo trabajador sea de naturaleza que fuere, no será obligado a trabajar más de ocho horas diarias, seis días a la semana, y queda exento del trabajo en los días domingos y días de fiesta, concomitantemente se regula la bonificación por horas excedentes de trabajo, diurno u nocturno, y el servicio por turnos, además se establece la figura jurídica laboral del desahucio del contrato, con lo que se franquea que se deberá notificar con treinta días de anticipación, con prevención de pagar daños y perjuicios.

Con fecha 22 de septiembre de 1921, el presidente Tamayo, promulga LA SEGUNDA LEY OBRERA, en cuya norma se recogen eficazmente lo que se

debe entender por obrero, jornalero y patrón, en donde se incluye por primera vez al Estado, y a las entidades de derecho público, se establece la equivalencia entre accidentes de trabajo, y enfermedades profesional, también se regula las indemnizaciones que debe percibir el trabajador o sus familiares, cuando se presenten la incapacidad total o parcial, o la muerte del obrero, se califica como figura jurídica laboral, en caso fortuito y de fuerza mayor, y la negligencia del obrero, como casos de excepción del patrono, se establece también el tiempo de las prescripciones de las acciones provenientes del trabajo y se la señala el procedimiento y la competencia en las controversias de trabajo.

En la presidencia del Lojano Dr. Isidro Ayora Cueva, a quien se le encargara la dirección del estado ecuatoriano de ese entonces, expide algunos decretos y leyes que en los albores de la historia del país, se las denomino" La Legislación Social Juliana" en estas Leyes y Decretos expedidos por el Presidente, Ayora, tenemos las siguientes a saber: el 15 de julio de 1926, mediante decreto Nro.-24 se crea la Inspectoria General del Trabajo, el 15 de julio de 1926, mediante decreto supremo se organiza la Junta Consultora del Trabajo, adscrita al Ministerio de Previsión Social, en esta junta se encargaría de realizar estudiar los diferentes problemas laborales del Ecuador, como fin tenía la de encontrar soluciones para el mejoramiento de las condiciones de vida de trabajadores. Con fecha 29 de julio de 1926, mediante decreto supremo Nro.-31 se crea el Reglamento sobre Inspectoria del Trabajo, con el cual se trata de aplicar las leyes y Decretos relativos a las

condiciones de trabajo, esto es horas de trabajo y la protección a los trabajadores, trabajo nocturno, trabajo suplementario, disipaciones relativas, la higiene y salubridad, seguridad de los trabajadores en fábricas, indemnizaciones en casos de accidentes de trabajo, y más disposiciones vigentes sobre el contrato de trabajo el 4 de marzo de 1927, se promulga la Ley de Prevención del Trabajo, en cuyo artículo uno se estipula.-La obligación de los patrones de asegurar a sus subalternos condiciones de trabajo que nos presenta un peligro alguno para su salud o vida.

En esta misma Ley de prevención en su artículo 5 se prohíbe ocupar a mujeres y a menores de 18 años de edad en trabajos peligrosos, en el Art. 6 Garantiza a la mujer embarazada estabilidad laboral, y licencia remunerada con el 50% del salario, cuatro semanas antes y seis semanas después del alumbramiento.

El 6 de octubre de 1928, se promulga la Ley de Contrato individual de Trabajo, donde especialmente se define lo que es el patrón incluidas las entidades de Derecho Público y el Estado.- se determina lo que es el contrato de trabajo, se fijan las clases de contrato en cuanto a su contenido y forma, se establece la autoridad ante quien se debe celebrar los contratos, cuando deben ser escritos el contrato de trabajo y sus requisitos, se fija la duración máxima del contrato de trabajo, el tiempo cuando se debe pagar el salario, por el servicio y el precio de la obra, en esta ley ya se excluyen lo que es el trabajo agrícola, el servicio doméstico, y el trabajo a domicilio, se

determinan causas y formas como debe dar por terminado el contrato de trabajo, se establece cuáles son las personas capaces para contratar, y quienes deben autorizar el trabajo para los menores de edad, aparece un límite para considerar los salarios de los trabajadores son inembargables, se regula las causas para el despido del obrero y la causa del abandono al trabajo por parte del trabajador, se discierne la calidad de crédito privilegiado lo adecuado al trabajador en caso de muerte o quiebra del empleador, en fin de esta ley dictada y promulgada por el presidente Isidro Ayora, se estima que constituye la basa angular sobre la cual se asienta el actual derecho laboral ecuatoriano.

4.2.2 Origen del Trabajo.

El trabajo nace con el hombre sin hacer distingos sociales, ***''es la actividad diaria que ser el humano lo ha hecho, con la finalidad de poder sobrevivir en las circunstancias más difíciles que el propio ser humano lo ha desarrollo, ayer fue el trabajo de la recolección de frutos, la caza, que formó parte esencial del quehacer cotidiano y del sistema económico de las sociedades.***

La supervivencia de los seres humanos y su convivencia social depende, en gran medida, de la organización del trabajo humano. Éste aparece como obligatorio en era antigua, cuya división fue realizada, para el hombre la caza y la pesca y para la mujer la casa y el cuidado

de los hijos, pero su verdadera división se la hace más evidente desde el momento en que surge la apropiación de medios de producción por parte de las nuevas clases sociales en formación desde el período del esclavismo romano y en la Colonia, y con ello asoma la propiedad privada.

En el desarrollo de la humanidad, especialmente en el sistema de producción capitalista, asomó la clase obrera, y se fue desarrollando conforme se desarrollaba la industria, especialmente en Europa. Desde su nacimiento emprendió una constante y dura lucha en el mundo del capital, pero no siempre alcanzó el logro de sus ideales y propuestas. Es en este sistema donde apareció la organización sindical por primera vez en la historia de la humanidad como expresión de organización obrera, a través de ella, de un supuesto ordenamiento jurídico protector, que le permitiría al trabajador reivindicar, en toda su magnitud, su personalidad, la igualdad y el principio de clase social, frente a las demás clases; y, el derecho a percibir el justo valor por su trabajo personal. Como expresa el doctor Víctor Samaniego Castro: "…la historia del derecho del trabajo, es uno de los episodios más dramáticos de la lucha de clases, por su profundo sentido de reivindicación de valores humanos, tal vez el más hondo de todos, porque es la lucha por la liberación y dignificación del hombre en su integridad...35"

[35] SAMANIEGO, Castro, Víctor Hugo. Derecho Laboral. Editorial Andina. Pág. 247. Bogotá-Colombia. 2004.

Desde el pensamiento obrero ***''se han planteado estrategias frente al capital, pero en forma desorganizada y con falta de conciencia de clase, que le ha significado detener las acciones de los obreros como clase social organizada frente al poder del capital y el poder político.***

La legislación laboral actual es el fruto de la acción que realizó la clase obrera, sus valores, tanto éticos como morales, culturales, espirituales, laborales y así ejercitar los derechos, obligaciones y garantías que hoy tenemos; puesto que, para llegar a tener el cuerpo de leyes que nos amparan como personas y ciudadanos, la humanidad tuvo grandes enfrentamientos con la sociedad misma.

La lucha permanente que desarrollan los seres humanos, por mejorar sus condiciones individuales como de la sociedad en su conjunto, se encuentran rubricadas en la historia, como acciones heroicas, desiguales y muchas veces sangrientas, con ese sacrificio han logrado ciertas ventajas que ha cedido el capital y lo admirable es como mantener la de mundial y su calidad como ser humano mismo.

En el año de 1919 del siglo XX, se dio lugar la creación de la Organización Internacional del Trabajo[36]", cuyo propósito es mejorar las condiciones del trabajo asalariado en todos los países miembros de la organización. Su origen depende de la Sociedad de las Naciones, y se ha convertido en una institución especializada de las Naciones Unidas, que

[36]El Tratado de Paz de Versalles de 1919, dio paso a la creación de la OIT. , 26 de marzo 2014.www.google.com

permite ejecutar las reformas laborales conforme a los intereses que se dan en su interior. Su sede es en Ginebra – Suiza.

Diremos que el Derecho del Trabajo surge entonces con el desarrollo industrial capitalista, dando paso a una nueva organización del trabajo asalariado, es decir, con el aparecimiento de la burguesía y el proletariado, como clases dominantes.

Este nuevo sistema de producción y con ello se evidencia la evolución de la lucha política hacía la transformación inequitativa de la sociedad burguesa. Tanto es así que por las presiones intergrupales se gestan las manifestaciones obreras del siglo XIX, ***"…que también van a estar vinculados a la crisis que asoló a Europa durante casi treinta años, en la primera y segunda mitad de dicho siglo, crisis provocada, sin duda por la superproducción que influía notoriamente en el ánimo de lucro de los empleadores[37]".***

Este sistema de políticas se vio sometidos los trabajadores a dar su trabajo a cambio de la mano de obra barata que llevo al caos este sistema de producción.

Hay que destacar que los procesos sociales de 1910 y la Rusa de 1917, iniciaron la tendencia mundial a que los trabajadores reivindicaran sus

[37]TANDAZO, Román, Carlos. Derecho Procesal del Trabajo y Práctica Laboral.

derechos; sin embargo, en el resto del mundo, no es sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, que se reconocen los derechos modernos de los trabajadores, a saber: el derecho a la huelga, el derecho al trabajo, el derecho de sindicación, el derecho a la estabilidad, el derecho a la irrenunciabilidad, el derecho a la contratación colectiva que se encuentra regulada por normas especiales.

El derecho al trabajo, bien lo podemos resumir diciendo que es el conjunto de principios y normas que determina las relaciones laborales entre el o los empleadores y el obrero u obreros y organizaciones sindicales que bien caen en el campo privado como en lo público.

No faltan comentarios sobre la tutela y protección al trabajo que mantiene supuestamente el Estado a favor de los trabajadores, sin embargo de ello, en el sistema imperante, el trabajo no deja de ser una mercancía a favor del capital, donde la plusvalía es la principal preocupación del dueño del capital, en todos sus ámbitos, a excepción del trabajo autónomo que es realizado por el propio dueño de las fuerzas del trabajo y de su pequeño capital.

4.2.3. El Derecho al Trabajo como parte del buen vivir.

Las disciplinas jurídicas suelen ofrecer muchas definiciones, direccionadas por variados argumentos influyentes en el momento de emitir una precisión conceptual.

El trabajo como actividad humana, es la actividad normal diaria y habitual del trabajador, orientado a un fin, en virtud a su naturaleza, es la actividad consciente y racional que realiza el ser humano.

La Constitución de la República del Ecuador vigente, determina que el trabajo ***"es un derecho y un deber social, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadores el pleno respeto a su dignidad, justa vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y un desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido y aceptado[38]"***

Todos tenemos el mismo goce, el cual el Estado garantiza a todos este principio fundamental dentro de la sociedad.

"El Estado garantizará el derecho al trabajo y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.

El trabajo siempre será una actividad física, intelectual, significa que no es una función mecánica, sino un acto de la inteligencia, con voluntad y conciencia, cuando es remunerado debe de existir la voluntad de las partes para acordar las condiciones y cuando es personal, solamente es la voluntad individual de hacerlo, por ello, es considerado como un bien económico.

[38]Constitución de la República del Ecuador. Art. 33. 2008.

Por eso se diferencia con el Derecho del Trabajo que es el conjunto de principios y normas que establecen las relaciones de empleadores y trabajadores, tanto en la vida privada como en la pública.

Tiene por objeto proteger al trabajador mediante la intervención del Estado, en la reglamentación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, en la cual están comprendidas las de carácter administrativo y procesal.

Es decir, el trabajo es una ocupación de distinta clase, que se puede realizar de manera física o intelectual a cambio de una remuneración; es un derecho que se encuentra protegido por nuestras leyes con la finalidad de regular, proteger y mejorar la relación obrero-patronal, asegurando condiciones de vida con dignidad para los obreros. Las normas aplicables a las relaciones de trabajo sobrepasan el ámbito del derecho privado y se proyectan sobre el campo del derecho público; en otras palabras el derecho del trabajo está integrado por un conjunto de normas de derecho público y derecho privado.

El derecho al trabajo, no se exime de su vinculación con el marco constitucional ni tampoco al Código del Trabajo. Hay criterios que le dan la categoría de derecho especial, situación que no es así, ya que si es verdad que regula las relaciones obreros patronales, no deja de ser cierto que el obrero produce la plusvalía, ahí su acumulación le

pertenece al dueño del capital, marcando con ello una gran desigualdad, por más que le quieran darle el carácter protector y tutelar supuestamente en beneficio del trabajador.

Jurídicamente podemos decir que el derecho al trabajo es aquel que tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado, y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral dependiente'[39].

O también es el conjunto sistemático de normas, considerado como "***obligatorio en la forma y las limitaciones prescriptas en la Constitución y en las leyes[40]***

O como lo dice Cabanellas, es el ***"conjunto de normas jurídicas de diverso linaje, destinadas a regular la relación de trabajo…'[41].***

Tiene como objeto: el trabajo o la producción; como sujeto: el trabajador o clase trabajadora o la dualidad obrero/patronal; el nexo jurídico es el contrato

---

[39] ALVARADO, Larios; Ana María; **"Temas Seleccionados de Derecho Laboral"**; 1ra. Edición; ADDISON WESLEY LONGMAN DE MEXICO, S.A. PEARSON; México, 1998; Pág. 330.

[40] Código del Trabajo del Ecuador. Art. 2.

[41] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; **"Compendio de Derecho Laboral**", tomo I; Editorial Heliasta; Argentina; 2001, Pág. 762.

o relación de trabajo; tiene como finalidad: resolver la cuestión social, con equilibrio o predominio de una u otra clase de la sociedad.

4.2.4 Régimen Disciplinario del Trabajador

Históricamente, la imposición de sanciones o penas a los ciudadanos por transgresiones del ordenamiento jurídico era competencia exclusiva de los tribunales. ''***A partir del siglo XVIII surge una potestad sancionadora en manos de la Administración como parte esencial de la actividad de Policía administrativa, en cuya virtud el Estado tiene la atribución de regular el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público. A partir de entonces y hasta nuestros días, el ordenamiento jurídico ha ido distinguiendo, cada vez con mayor nitidez, entre las infracciones penales calificadas como delitos o faltas, recogidas en el Código Penal y en su legislación complementaria, sancionables por los tribunales penales; y, las infracciones administrativas, así denominadas, sancionables por la Administración. La sanción viene a ser el instrumento coactivo para hacer cumplir la medida de policía.***[42]

Hoy en día el poder disciplinario ***"es el medio con el que cuenta la administración para obligar al cumplimiento de los deberes específicos***

[42]GÓMEZ, Pavajeau, Carlos, Arturo, "El derecho Disciplinario como una Especie del Derecho Sancionador, con varias Manifestaciones Diferenciadas de uno y otro", en Dogmática del Derecho Disciplinario, 3era Edición, Impreso en Colombia, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Págs.151-160.

del servicio", y "tiene por objeto el mantenimiento por parte de los agentes públicos de una conducta ajustada a los deberes que les impone la función.

Tiende a mantener a funcionarios y empleados en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo", lo cual se funda en el poder de supremacía de la administración y presume "una relación de subordinación entre el sujeto pasivo de la sanción y el órgano que la aplica" [43]

El procedimiento administrativo disciplinario, es un procedimiento especial, punitivo e interno, destinado a conservar el orden y correcto funcionamiento de la Administración Pública. Es una garantía fundamental en un Estado de Derecho, se materializa en una serie de actos y tareas que tienden a determinar la existencia de faltas de servicio e incumplimientos de parte de los funcionarios públicos.

Sin embargo existen casos en los cuales los servidores públicos con su conducta, lesionan o entorpecen la consecución de los deberes que la Administración les tiene encomendados y cometen irregularidades, ante lo cual se acciona la potestad sancionatoria de la administración y de comprobarse responsabilidades se les aplica las sanciones respectivas, pues el incumplimiento de los deberes genera normalmente una responsabilidad, que puede tener carácter patrimonial, penal o disciplinario.

[43] DROMI, José, Roberto, Dromi, Instituciones de Derecho Administrativo, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1978, Págs.. 288 a 291.

- ***"La responsabilidad patrimonial se genera cuando el empleado público causa un daño económico con su actuación a terceros ajenos a la administración en la que sirve o a la propia Administración.***

- ***La responsabilidad penal presupone la comisión de uno de los delitos tipificados en el Código Penal, que contempla las infracciones que el legislador ha estimado más graves".***[44]

La mayoría de las infracciones en las que incurren los empleados públicos son de naturaleza administrativa y se encuentran reguladas por su propio régimen jurídico disciplinario. El fundamento de la existencia de dicho régimen reside en la necesidad que tiene la Administración Pública, como organización prestadora de servicios potestades públicas, de mantener la disciplina interna y de asegurar que sus agentes cumplan las obligaciones de su cargo. En él deben establecerse las garantías necesarias para evitar una utilización desviada o abusiva de las potestades sancionadoras de la Administración, en beneficio de la imparcialidad de los empleados públicos.

El régimen disciplinario administrativo se rige por ciertos principios comunes que pertenecen al ordenamiento jurídico sancionador general, pues algunas de las infracciones atribuidas a los deberes del funcionario se sancionan en el Código Penal, pues el derecho sancionador administrativo ha venido

[44]SÁNCHEZ, Morón, Miguel; "El Régimen Disciplinario: Fundamento y Regulación Vigente, Editorial Tecnos, Grupo Anaya,S.A, 2004, Madrid España, Pág. 284, 285, 286.

desarrollando un esquema de principios y reglas generales, importadas desde la dogmática del derecho penal y procesal penal. Si bien es cierto, es un procedimiento punitivo interno, es también un procedimiento administrativo al que le son aplicables los principios del debido proceso enunciados en el Art. 76 de la Constitución ecuatoriana; por lo tanto la Administración debe ser imparcial aunque en el procedimiento esté en juego el interés general.

El derecho disciplinario también tiene un fundamento específico que es asegurar el buen funcionamiento de la organización administrativa, pero en el ámbito de la función pública existen otros regímenes disciplinarios de excepción, pues las exigencias de protección de los bienes jurídicos relativos a la correcta prestación del servicio son distintas en cada caso, así tenemos que: la regulación para la Administración Pública Central o Institucional la encontramos en la Ley Orgánica del Servicio Público- LOSEP, y en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva – ERJAFE; en tanto que el procedimiento para las otras administraciones públicas como Función Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas personas jurídicas autónomas, dotadas de potestad pública administrativa, creadas en razón de específicas materias, que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva, se regulan por sus propias leyes y reglamentos especiales, lo que ha impedido la unidad del procedimiento administrativo y, lo que es más, en el Ecuador al menos, impide la construcción de un régimen jurídico unitario y en este régimen especial

también se encuentra el procedimiento disciplinario a aplicarse a los maestros que incurren en faltas en el cumplimiento de sus deberes pues son responsables de la formación de la niñez y juventud ecuatoriana.

Cabe señalar que los servidores públicos sólo pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso administrativo, con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado. Me refiero aquí exclusivamente a los denominados procedimientos sancionadores "internos", o sea los que hacen el mejor funcionamiento de la relación de empleo público, y que se pone en práctica ante una falta disciplinaria por parte del servidor, empleado o funcionario.

Es importante mencionar que la responsabilidad disciplinaria sólo puede exigirse de quienes sean funcionarios públicos en servicio activo. En este caso sólo pueden ser responsables por las faltas que puedan cometer o haber cometido dentro del ejercicio de la función administrativa. Si la situación impide el cumplimiento de la sanción en el momento en que se dicte la resolución, la sanción se hará efectiva en cuanto lo permita el cambio de situación, salvo el caso que haya transcurrido el plazo de prescripción. Por eso para evitar este tipo de situaciones se prohíbe conceder licencias, comisiones o aceptar renuncias a aquellos funcionarios contra los cuales se está instruyendo un expediente disciplinario. Tampoco

es posible establecer responsabilidades disciplinarias por actos posteriores a la pérdida de la condición de funcionario. Pero esta circunstancia no le libera de la responsabilidad civil o penal contraída por faltas cometidas antes de perder aquella condición.

4.2.5 El Trabajador y la Administración Pública en la Doctrina

El Dr. Aníbal Guzmán Lara, sostiene que ***"La Administración Pública es la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial, educación, vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren.***

Se argumenta también que es un conjunto de órganos e instituciones jerárquicas o funcionalmente subordinados y coordinados de acuerdo con la Ley, que tiene como misión constitucional el asegurar las prestaciones públicas necesarias para el desarrollo de la vida en común.

Se define también como la Actividad del Estado, encaminada al cumplimiento de las leyes y fomento de los intereses públicos. Para realizar tales fines dispone de órganos centrales, provinciales y locales.

En el escenario jurídico, El Derecho proporciona, a la administración, la estructura jurídica indispensable para que cualquier organismo social pueda ser administrado. La administración, a su vez da al Derecho la eficacia jurídica de sus normas, sobre toda aquella que directamente tienden a la organización de la sociedad. Lo que importa principalmente al Derecho son los derechos; a la Administración de los resultados; el Derecho a la liberta y la seguridad, en tanto que la Administración fomenta la eficacia y rapidez y el estancamiento.[45]

Para Francisco Osornio, ***''La Administración Pública, es aquella parte del Poder Ejecutivo que se encarga de la prestación de los servicios públicos encomendados al Estado''***[46]***.***

La administración pública es la unión de esfuerzos coordinados para el logro de un objetivo común. Es el medio por el que el Estado se vale para organizar las distintas instituciones dentro de la sociedad. Es el conjunto de medios para llegar a un fin.

Es ejecución, es servir o estar al servicio. Y este servicio está canalizado a la ciudadanía, de ahí que se diga que los administradores sean servidores públicos. Y es aquí donde la administración pública encuentra su esencia, su razón de ser.

---

[45] www.derechoecuador.com- *La Administración Pública, 22 de abril de 2014.*

[46] OSORNIO, Corres, Francisco; La administración pública en el mundo; UNAM;Pág. 4

4.2.5.1 Elementos de la administración pública

La administración pública está conformada por todos aquellos elementos que la hacen efectiva, como por ejemplo, los funcionarios, los edificios públicos, etc. La función principal de la administración pública, es la creación de un vínculo o relación entre el poder político y el pueblo o ciudadanía.

No obstante, debemos remarcar que no solo se conoce una administración pública por parte del poder ejecutivo, sino que también, la misma es llevada a cabo por parte del Estado y algunas entidades privadas que desempeñan diferentes funciones y actividades administrativas.

De todas formas es importante conocer que el concepto correspondiente a la administración pública puede ser analizado desde dos sectores y puntos de vista diferentes.

Uno de ellos es el punto de vista formal, en donde se comprende que a la entidad destinada a la administración pública, se la ha otorgado por parte del poder político, todos los medios necesarios que puedan lograr la satisfacción de los intereses colectivos. Pero analizándola desde un punto de vista material, podemos decir que la administración pública como la actividad de un organismo que ha sido considerado en sus problemas de gestión, tanto en aquellas relaciones impuestas con otro organismos semejantes, como también con aquellos particulares, para poder asegurar y garantizar la

ejecución de la misión correspondiente. Por otra parte, la administración pública, puede ser considerada como una disciplina que se encarga del manejo practico de los recursos y de la dirección de las actividades correspondientes al trabajo por parte de las personas, siempre enfocada al lograr el objetivo de satisfacer los intereses públicos, o sea, las expectativas de la sociedad que constituye dicho país.

Los elementos más importantes de la definición dada se pueden resumir y explicar de la siguiente manera:

1. El Órgano Administrativo;
2. La Actividad que la Administración realiza;
3. La finalidad que pretende el Estado a través de la administración; y,
4. El medio que la Administración Pública dispone para la realización de sus propósitos.

Órgano Administrativo: Son todos aquellos órganos que pertenecen a la administración pública y que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado.

Actividad Administrativa: Esta actividad se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos, a los cuales está obligada la administración pública para el logro de su finalidad.

Finalidad: La finalidad es "el bien común" o "bienestar general" de toda la población en general, elemento no sólo doctrinario sino Constitucional, expresado dentro del artículo 1o. que establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, y su fin supremo es el Bien Común.

El Medio: El medio que la administración pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común es el Servicio Público.

4.2.6 El concepto de Servicio Público según la doctrina

La noción de servicio público nació y floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración en forma directa, o indirectamente a través de concesionarios y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo. La relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia de los tribunales llamados contencioso administrativos, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, la monopolización del servicio o falta de libre competencia, etc.

En cuanto al concepto de servicio público procede de la Ciencia económica y hacendística, y a partir de la mitad del siglo XIX empezó a ser utilizado cada vez con mayor frecuencia por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina en los países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa.

En España la Ley de 2 de Abril de 1845, que establecía los criterios de atribución de competencias a la jurisdicción administrativa, acuñó en relación con los contratos de las Administraciones públicas la fórmula "obras y servicios públicos" (también presente en el artículo 3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956) y, más adelante, el Código civil de 1889 sometió en su artículo 339 al régimen propio del dominio público todos los bienes que "pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público". Sin embargo, la expresión tenía todavía un significado poco preciso, pues se la hacía equivaler genéricamente a la satisfacción de una necesidad o utilidad pública inmediata. La elaboración doctrinal de una verdadera teoría jurídica del servicio público no se produjo hasta que la institución que nos ocupa se convirtió en Francia en la base sobre la cual se trató de construir científicamente todo el Derecho administrativo.

En ese país se planteaba el problema de la falta de un criterio legal claro para la distribución de la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa. La jurisprudencia y la doctrina recurrían a la distinción tradicional entre actos de autoridad y actos de gestión, pero el desarrollo de las tareas sociales del Estado puso de manifiesto la insuficiencia de la misma.

En este contexto, a principios de siglo fueron retomadas las conclusiones del arrêt Blanco, de 1873, que versaba sobre una cuestión de responsabilidad

de la Administración pública, y se empezó a determinar el ámbito del Derecho administrativo como Ordenamiento jurídico a través del criterio del servicio público. Pero si esta orientación tiene un origen pragmático y jurisprudencial, los autores de la Escuela del servicio público aportaron rápidamente un fundamento ideológico para la identificación de la actuación de las Administraciones públicas en su conjunto con el servicio público.

Partiendo de una perspectiva pretendidamente realista, estos autores manifestaban su rechazo frente a la concepción "metafísica" del Estado como ente soberano y querían ver en aquél una federación de servicios públicos gobernada por las reglas objetivas de Derecho nacidas de la conciencia social.

Las tesis de la Escuela de Burdeos alcanzaron un importante éxito por su carácter novedoso y su sensibilidad hacia las nuevas funciones que los Poderes públicos estaban asumiendo en los ámbitos económico y social, pero también encontraron fuertes resistencias entre los partidarios de la vieja teoría de los actos de autoridad o de poder público.

Además, sufrieron un duro revés por parte de la misma jurisprudencia francesa, que en los años veinte identificó la nueva categoría de los servicios públicos industriales y comerciales, cuyo régimen jurídico estaría regido por el Derecho privado, de manera que la determinación del ámbito de aplicación del Derecho administrativo a través del criterio del servicio público

quedó en entredicho y se reavivó una polémica que ha llegado hasta nuestros días. En todo caso, como consecuencia del esfuerzo de construcción dogmática de los autores de la Escuela de Burdeos y del debate que generaron sus propuestas, el concepto de servicio público adquirió un puesto propio dentro el estudio científico del Derecho administrativo. Por influencia de la doctrina francesa, la teoría jurídica del servicio público se extendió a lo largo de los treinta primeros años de nuestro siglo a otros países con regímenes de Derecho administrativo, como Italia o España, aunque ello conllevó inevitablemente una adaptación de aquélla a las peculiaridades de cada Ordenamiento jurídico.

En especial, a la larga en ninguno de esos países se pudo aceptar un concepto de la institución tan amplio como el que se había acabado imponiendo en Francia.

La teoría francesa del servicio público se introdujo en varios países tempranamente gracias a la labor de Adolfo POSADA. Este autor era sin duda proclive a una construcción de ese tipo, pues antes incluso de que se hubiesen desarrollado las ideas de la Escuela de Burdeos ya defendía que "la función administrativa se resuelve concretamente en servicios", consagrando, por tanto, en el ámbito doctrinal el concepto de "servicio administrativo" al que tanto uso se le ha dado y se le sigue dando en la legislación y en la práctica administrativa española.

4.2.6.1. Elección del personal.- ***"todo servidor público está obligado a cumplir sus deberes con honestidad y rectitud. Para su selección se hará concursos de merecimientos y conocimientos, teniendo en cuenta la capacidad técnica y profesional¸ las experiencias y habilidades; y el comportamiento con relación al carácter.***

La selección se hará por medio de pruebas de idoneidad.

Los empleados de nuevo nombramiento estarán sujetos a un periodo de prueba de seis meses, el cual podrá restringirse a tres o ampliarse a un año"..[47]

4.2.6.2. Adiestramiento.- una de las obligaciones del Estado para generar transformación, es la capacitación de los servidores de la administración pública. Mediante programas de adiestramiento, la capacitación no es otra cosa que el mejoramiento de los conocimientos y aptitudes de los servidores para que desempeñen bien sus funciones. Las empresas del Estado deben capacitar permanentemente a sus servidores con miras a que exista un personal debidamente adiestrado, capacitado y desarrollado para mejor rendimiento en sus puestos de trabajo.

Será obligatorio del Estado procurar el mejoramiento de las labores y ampliar los conocimientos de los servidores públicos, mediante la implantación y

[47] JARAMILLO, Hernán, Diccionario de Derecho Administrativo. Segunda Edición. 1986, págs. 102 y 103.

desarrollo de programas de adiestramiento. Art. 104 de la Ley.

Los cursos de adiestramiento serán de asistencia obligatoria para los servidores seleccionados. La Dirección Nacional de Personal planeará y dirigirá el adiestramiento de los servidores públicos. Art. 105 y 106 de la Ley.

"El Estado de Derecho, según lo explicado por Montesquieu y Kant, se basaba en los principios reconocidos en la Constitución. De esta manera, se resalta que el poder se ejerce en el nombre del pueblo y a favor del pueblo. El diseño institucional es de fuente constitucional y regulada por las Leyes que determinarían el límite al ejercicio del poder. Es a través de la democracia participativa que se crean las normas que regularían el sistema social, pues es una facultad exclusiva y excluyente del legislador (Estado de la Legalidad)[48]".

"Las Instituciones ecuatorianas del Derecho Administrativo se contrastan con la doctrina del Derecho Administrativo de otros países, como Francia, Argentina, España e Italia, principalmente; aunque tomando en cuenta también los criterios de autores de Colombia, Chile, incluyendo los enfoques de obras de Inglaterra y Estados Unidos"[49].

La doctrina de los servicios públicos, fue sin duda una de las instituciones más exitosas en la naciente historia del Derecho Administrativo, hasta el

[48] JHOEL Escudero S. http:www.inredh.org, 15/09/2014
[49] EFRAÍN, Pérez, Camacho, Normativa Jurídica y Doctrinaria comparada tercera edición. Pág. 67

punto que en forma renovada es una de las más importantes figuras de la actividad estatal contemporánea, toda la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se definió por mucho tiempo y todavía ahora, alrededor de los servicios públicos.

Toda la regulación se orienta a estandarizar los esquemas administrativos e institucionales y transparentar los insumos y productos de la Administración Pública, frente a los particulares. De ahí se derivan una serie complicada de reglas, que muy poco aportan a la doctrina del Derecho Administrativo

El propósito de este trabajo, es generar una orientación del enfoque en las normas constitucionales en el accionar práctico, tomando en cuenta al pueblo como auditorio ideal de la justicia constitucional; así como, unificar el desarrollo doctrinario de los valores y principios, mediante la incorporación de los nuevos saberes constitucionales. Este enfoque permitirá proponer un cambio en las prácticas jurídicas en el Ecuador, relacionado a la interpretación de los valores antes citados y la inclusión de estos en la reparación integral, diferenciado el modelo de justicia positiva legal, del modelo positivista constitucional.

El fin de la administración es prestar servicios eficientes y eficaces para satisfacer necesidades generales y lograr el desarrollo económico, social y cultural del País. Para obtener estos resultados la administración tiene que formular objetivos, trazar políticas, elegir procedimientos, decidir

correctamente, ejecutar las resoluciones y controlar las acciones de los servidores.

4.2.7. FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS

El Régimen de la Carrera de los Funcionarios y Empleados del Tribunal Superior de Cuentas, en adelante. El Régimen tiene por finalidad establecer un sistema racional de Administración de Personal en el Tribunal Superior de Cuentas, en adelante denominado. El Tribunal, regulando las relaciones entre este y sus funcionarios y Empleados

Las cuentas con los funcionarios y empleados, por concepto de préstamos u otros anticipos, pueden mostrarse en el grupo de activos circulantes si los plazos de tales cuentas por cobrar y la experiencia de la compañía con ellos indican que se cobrarán justo con los adeudos circulantes ordinarios; de lo contrario deben aparecer por separad

4.2.8 CLIENTELISMO POLÍTICO EN LOS CARGOS PÚBLICOS.

Ardua literatura se ha ocupado del denominado clientelismo político. Esta categoría, lejos de caracterizar nuevas dinámicas políticas, nació para describir la particularidad de las relaciones políticas en sociedades tradicionales, poco desarrolladas, asociadas a Latinoamérica y a los gobiernos populistas de la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, a partir de la década del `90, en el marco de la «crisis» y la transformación de la política, se instaló en el *discurso público* como una característica central, incluso principal, del funcionamiento de la política.

Es un problema eminentemente moderno: al constituir un sistema desigual y vertical de redistribución de bienes estatales, el clientelismo supone la existencia de un Estado y de una burocracia con más o menos recursos y capacidades para regular la vida cotidiana. El clientelismo constituiría una forma de poner al alcance de la comunidad y de una manera mucho más "personalizada" servicios ofrecidos por el Estado burocrático, generalmente anónimo, lejano e impersonal. La pervivencia de este fenómeno al interior del moderno aparato burocrático nos habla de una forma particular a través de la cual se establece el vínculo entre la comunidad y el Estado en países de América Latina, motivo de escándalo moral, asimilado sin más a "corrupción", "atraso" y "subdesarrollo".

El clientelismo se aplica en las políticas de hoy en día y en especial en el Municipio de Santo Domingo de los Tsáchilas, luego de trabajar en las campañas políticas los ciudadanos aspirantes de un cargo público y a ocupar ciertas dignidades en dicha entidad, no ingresan por concursos de merecimiento si no que ingresan por compromiso político, creando con esto un mal servicio por parte de los nuevos empleados, que muchas veces no se encuentran capacitados y no permite brindar oportunidades de superación a través de un concurso de mérito.

4.2.9. RECURSOS HUMANOS

Considerar la labor de recursos humanos como una estrategia fundamental para el buen funcionamiento de una empresa pues de ella dependen todas las demás áreas que comportan la organización.

Adquirir las habilidades de Dirección de Personal basadas en la captación, retención y gestión de los mejores profesionales para que estos favorezcan a la consecución de objetivos y estrategias empresariales.

Estar capacitado para gestionar a los diferentes departamentos de la empresa garantizando una comunicación eficaz y factible tanto interna como externa de la empresa, fomentando así las sinergias interdepartamentales.
Capacidad para seleccionar al personal y por competencias, así como planificar la plantilla de la empresa.

Adquirir conocimientos y destrezas de liderazgo para la gestión del personal y sus habilidades que favorezcan el rendimiento de la empresa en su aspiración por la consecución de objetivos.

Gestionar y planificar las diferentes acciones formativas necesarias que redunden en la eficacia, rendimiento y calidad del personal.

Capacidad para motivar a los equipos de trabajo de manera que su satisfacción en la empresa sea óptima.

Ser conocedor de los principales riesgos laborales y de las correspondientes pautas de prevención en relación a los factores de seguridad, higiene, ergonomía y los diferentes planes de evacuación.

Dotarse de conocimientos informáticos basados en el uso de herramientas de gestión interna del personal de la empresa.

Intercambiar experiencias entre los participantes u ponentes, procedentes de distintas empresas, de distintos países, con distintas visiones.

4.3. Marco Jurídico.

4.3.1 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

La Constitución de la República del Ecuador, con relación a los derechos de igualdad, señala: en su artículo 11 numeral 2 que ***"Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.***

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por

cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad"[50].

''Esto establece claramente que todos los ecuatorianos en goce de nuestros derechos constitucionales somos iguales ante la ley, por lo tanto no puede existir ninguna normativa legal que violente este principio universal.

Además la misma constitución en su artículo 66 numeral 4 establece el "Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación"[51]

Por lo que los ciudadanos Ecuatorianos, independientemente de la función que cumplamos somos iguales y gozamos de los mismos derechos y oportunidades.

Es necesario señalar también lo que establece el mismo cuerpo legal en su Artículo 229, donde señala que "Serán servidoras o servidores públicos

[50] **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010, Art. 11.**
[51] **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010, Art. 66; numeral 4.**

todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores". Con lo que se demuestra claramente que el servicio notarial, y por ende los notarios al prestar una función pública, son considerados como servidores públicos, normándose en lo que sea pertinente también con la Ley Orgánica de Servicio Público.

4.3.1. Garantía Constitucional en la administración Pública

La potestad es, en consecuencia, el poder público único del Estado, dosificado y distribuido para su efectivo ejercicio, en el cumplimiento de fines específicos, entre varios órganos, además, sometido al derecho formal positivo, en el ámbito en el cual, éste siempre tiene la última palabra.

El Art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: ***"El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición,***

en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.”[52]

Esta disposición contempla del ingreso, el ascenso y promoción de un servidor público, debe realizarse mediante un concurso de mérito y oposición de acuerdo a lo señalado en la Ley en este caso en la Ley Orgánica del Servicio Público, es decir que los servidores públicos deben ceñirse a normas objetivas, o sea a la situación jurídica general. Y esto es lo importante para la eficaz prestación de los servicios públicos y para la consiguiente responsabilidad.

El Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador dispone Art. 227.- “***La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación***.” 53

Para ejercer la potestad administrativa, el sujeto que la tiene atribuida, debe ejercer su actividad para la realización del fin público, a través de un procedimiento administrativo regido por los principios de eficacia, eficiencia,

[52] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 228

[53] IBIDEM, Art. 217

calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. A esta actividad servicial a la colectividad es a la que se refiere la norma contenida en el Art. 227 de la Constitución.

El Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: "***Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.***

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia."[54]

[54] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art 229

Este artículo trae la definición de lo que son los servidores públicos, refiriéndose a todos los que trabajan en el sector público, éste puede ser trabajador, empleado, funcionario o dignatario, pero tal clasificación no guarda uniformidad en la ley ni en la doctrina, solo puedo decir que el servidor público cumple un servicio público con una actividad amplia por sus características, organización y forma. Estos servidores gozan de derechos en los que incluye ingreso, ascensos, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones. Uno de los aspectos por lo que luchan los servidores, es la garantía de la estabilidad, la misma que podría perjudicar la eficiencia, pues, cuando la permanencia de los servidores está asegurada contractualmente, cualquiera que sea la calidad de su desempeño y rendimientos, estos baja. Por otra parte, hay que tener en cuenta que las remuneraciones y otras ventajas han estado desfasadas casi permanentemente con relación a la de los empleados privados, y en tales condiciones no se podía exigir igual o superior eficiencia. Ese nivel tiene que corregirse y entonces la administración pública mejorará

El Art. 230 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: ***"En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley:***

1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita.

2. El nepotismo.

3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo."55

Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.

No podrán ser funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan.

Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios. Las autoridades públicas de nivel jerárquico superior determinadas en la ley, una vez que hayan cesado en su cargo no podrán, durante los siguientes dos años, formar parte del directorio o ser representantes legales o apoderados de personas jurídicas nacionales o extranjeras que celebren o tengan vigentes contratos con el Estado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, o ser funcionarios de instituciones financieras internacionales acreedoras del país.

---

[55] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador Art. 230

La Constitución de la República del Ecuador, en su 11 numeral 9 indica que "***El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas."***[56]

Esto constituye si, si es demandado al Estado por la condenada a pagar como responsable de la actuación dolosa o negligente de un servidor o funcionario en el ejercicio de sus funciones, podrá repetir, esto es, actuar contra ese funcionario para que le resarza del importe demandado.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado.

[56] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 11 núm. 9

4.3.3. Análisis de la limitación a una función o cargo Público en la LOSEP

El Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece quienes están comprendidos como servidores públicos, indicando los siguientes: ***"Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función, dignidad dentro del sector Público"***[57]

De acuerdo a esta disposición legal el servidor público es cualquier persona que presta sus servicios por una remuneración y que tales servicios los desempeña en las entidades y organismos que señala la Constitución y la Ley. Esta disposición no diferencia que servidor público puede ser ecuatoriano o extranjero. Es preciso hacer una aclaración que numeral 7 y 8 del Art. 326 de la actual Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho de organización de empleadores y trabajadores.

De conformidad con el Art. 6 de la Constitución de la República del Ecuador ***"Todas las ecuatorianas y ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución."***[58]. Por lo tanto todos los ecuatorianos tenemos derecho a formar parte de los servidores públicos bajo la condición de cumplir con los requisitos determinados por las leyes para cada cargo.

---

[57] LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 4

[58] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 6

La Ley Orgánica de Servicio Público en el Art. 10 determina la prohibiciones especiales para desempeño de puestos públicos: "***Las personas contra quienes se hubiera dictado sentencia condenatoria que se encuentre debidamente ejecutoriada, por el delito de peculado, abuso de recursos públicos, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito están perpetuamente incapacitados para el desempeño bajo cualquier modalidad de todo cargo, dignidad o función pública.***

También lo están quienes han sido condenados por los delitos de contrabando, tráfico de estupefacientes y psicotrópicos; y en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado.

Igualmente, esta prohibición se extiende a aquellas que directa o indirectamente hubieren recibido créditos vinculados o por medio de terceros, en contravención a la Ley"59.

Las prohibiciones en el desempeño de un cargo en la función público, no pueden ejercerlo cuando una persona ha sido sentenciada por sentencia ejecutoriada, pero no se indica si la persona se ha rehabilitado, o que la sentencia haya ocurrido en la actualidad, y la haya recibido hace algunos años atrás, ya se señala que en los delitos de administración público, no serán considerados como servidores públicos, y no se permite su ingreso, lo

[59] LEY ORGANICA DE SERVICIO PÚBLICO, Edimpres.SA. Edición Codificada, 2010, Quito-Ecuador, Art.10.

cual contraviene el derecho que señala la Constitución, que ninguna personas será discriminada por razón del pasado judicial.

Por su parte el artículo 48 incorpora entre las causas para la destitución de un cargo público, "***c) Haber sido sancionado por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito y en general por los delitos señalados en el Artículo 10 de esta Ley"***[60]

Estas disposiciones colisionan con el principio constitucional, que prohíbe cualquier forma de discriminación por pasado judicial; al efecto, debemos considerar que la Constitución es fuente de unidad y de validez de todo el ordenamiento jurídico del Estado: de unidad, porque las normas secundarias se encuentran obligatoriamente subordinadas a ella y de validez porque para su vigencia y aplicación deben ser formuladas conforme al procedimiento establecido en la misma Constitución y mantener concordancia con ella.

En todos los requisitos para un concurso de mérito y oposición se menciona, para el ingreso del sector público el Art. 48 literal c) y el Art. 10 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el primero se refiere como causal de destitución haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito; y, en el segundo caso prohíbe el ingreso de una persona para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público a

[60] LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Segundo Suplemento del Registro Oficial No 294 Año I, 6 de octubre del 2010, Art. 48

quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos señalados anteriormente, con lo cual viola el derecho consagrado en la constitución de la República del Ecuador en el Art. 11 numeral 2, que nadie puede ser discriminado por pasado judicial, con lo cual anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

4.3.4 Análisis Jurídico del Principio de Igualdad.-

Nuestra Constitución prevé que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. ***"Nadie puede ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual…".***[61]

Ahora bien, en esas condiciones el Estado debe tratar y ver a los particulares en la misma situación, esto es, un trato igualitario, sin privilegios, ni favores, de ello se infiere que el principio de igualdad se presenta como uno de los valores superiores al orden jurídico.

Aparentemente la norma constitucional se presenta de fácil entendimiento, más resulta que no es así, ¿Por qué?. El principio de igualdad bajo ningún concepto implica que todas las ciudadanas y ciudadanos ecuatorianos

[61] CONSTITUCION de la República del Ecuador.

deben estar siempre en condiciones de igualdad absoluta, toda vez de que, la igualdad a la que se refiere el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador se refiere a la igualdad jurídica.

Esta igualdad es vulnerada?. Creemos que si. ¿Cuándo?. En el momento en que la misma Constitución protege y reconoce por ejemplo la propiedad privada, la libertad económica, con ello se reconoce manifiestamente la existencia de desigualdades materiales y económicas (ricos y pobres), ello implica que no todas la ciudadanas y ciudadanos se encuentren en todo instante, en condiciones de absoluta igualdad, por ello es imprescindible tener presente de que el espíritu del principio de igualdad que proclama nuestra Constitución se refiere a la

IGUALDAD JURÍDICA.

De esta forma se tiene que el importe de este principio ***"consiste en prescindir que existan criterios a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, causen como efecto de su aplicación la desavenencia de esa igualdad al generar un trato segregacionista entre situaciones similares, o bien, propicien secuelas parecidos sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.***

Insistimos de lo expuesto nos permite concluir que el principio de igualdad puede ser efectivamente vulnerado, dado que lo que

correctamente se protege es la igualdad jurídica, por ello es necesario que bajo el mismo supuesto de hecho, la norma que está llamada a regirlo produzca en su aplicación un trato desigual, que sobrelleve a quien lo digiere a tener que sufrir un detrimento o a quitarse de un favor por causa de esa desigualdad, lo que causa que la misma norma, regulatoria del mismo imaginario genere un trato discriminatorio entre situaciones similares; o bien, que a pretendidos de hecho distintos se les haga incumbir similares situaciones jurídicas y con ello se mueva la violación de la garantía especial referida[62].

Para concluir este marco teórico es indispensable establecer lo referente al servicio público, indicando:

ES TODA ACTIVIDAD QUE EJERCE directa e indirectamente la Administración Pública para satisfacer necesidades colectivas, sujeto a un régimen jurídico especial y al control de autoridad competente.

Objeto de la Administración Pública

El objeto de la administración es prestar servicios permanentes, regulares, continuos, iguales, eficientes y eficaces para satisfacer las necesidades e intereses generales.

[62] http://www.diariocorreo.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=3606:el-principio-de-igualdad&catid=9:editorial&Itemid=15- 13/09/2014

El servicio evoca una acción y efecto de servir pero también es la piedra de choque por los criterios políticos que se tienen sobre la buena o mala prestación.

Eustorgio Sarría, en su obra "Derecho Administrativo" sostienen que, "***Servicio Público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del Derecho Público, bien que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios, de administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas"[63].***

4.3.5 ANÁLISIS JURÍDICO DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Más de alguna vez hemos estado frente a un contrato de trabajo, pero ¿qué sabemos sobre él…? Tal vez muchos ya conozcan la respuesta, pero para aquellos que no la saben, dedicamos el presente trabajo.

Partiremos diciendo que dentro de un contrato de trabajo existen normas implícitas y explícitas, es decir, al leerlo hay cosas que no aparecen pero que se dan por entendido.

Un contrato está regido por el Código del Trabajo, que consta de varios libros, títulos y capítulos. Para el efecto de los contratos individuales, se

[63] http://www.diariocorreo.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=3606:el-principio-de-igualdad&catid=9:editorial&Itemid=15- 13/09/2014

utiliza el primer libro, donde se explicitan definiciones, normas y formas de realizarlos.

El Contrato de trabajo

La expresión "contrato de trabajo" es tan moderna como la propia legislación del trabajo. El Código Civil no se refiere a ella, sino que en su Art. 1779 habla del arrendamiento de servicios y del arrendamiento de obra, que corresponden a la descripción romana de la locatio conductio y la locatio conductio operi faciendi.

No es sino a principios del siglo XX cuando aparece la expresión "contrato de trabajo". Donde primero se usó fue en Bélgica. Luego reaparece en Suiza, en el Código Federal de las Obligaciones (Arts. 319 y siguientes). De aquí su uso se extiende en toda Europa hasta llegar a la aceptación general que tiene hoy en el mundo.

La Ley 637, de 1944, sobre Contratos de Trabajo, definió dicho contrato (Art. 1ro.) como ***"una convención en virtud de la cual una persona se obliga a prestar sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y bajo la dirección inmediata o delegada de ésta y por una retribución de cualquier clase o forma"[64].*** Esta definición recoge

[64] http://www.diariocorreo.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=3606:el-principio-de-igualdad&catid=9:editorial&Itemid=15- 13/09/2014

el concepto moderno del contrato de trabajo y fija el ámbito de aplicación de las leyes que le conciernen.

El Código de Trabajo de 1951, en su Art. 1ro. Definía el contrato de trabajo como ***"aquel por el cual una persona se obliga mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta"***[65]. El Código de Trabajo de 1992 mantiene esta definición eliminando la palabra permanente.

Elementos y caracteres del contrato

El consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa, son elementos comunes, esenciales y presentes en todo contrato.

Además de estos elementos comunes, el contrato de trabajo reviste las siguientes notas especiales: es consensual, sinalagmático o bilateral, conmutativo, oneroso, personal y de trato sucesivo.

La Subordinación.

La relación de dependencia del trabajador en el contrato de trabajo tiene sentido técnico, económico, social y jurídico. El trabajador realiza su actividad conforme a los planes de trabajo, objetivos y ordenamientos

[65] Ibidem.

técnicos del empleador. El producto del trabajo es propiedad de éste. La subordinación es precisamente el elemento que distingue al trabajador propiamente dicho del contratista de obra por ajuste o del trabajador independiente.

El Salario.

Es la retribución que el empleador debe pagar al trabajador como compensación del trabajo realizado.

Prestación de un Servicio

.

Es la acción de someterse a la obligación de cumplir con una obra o trabajo determinado, a cambio de una retribución.

Las partes en el Contrato de trabajo

Los Sujetos del Contrato.

En el contrato individual de trabajo intervienen, de un lado, el empleador, y del otro, el trabajador. Ellos son los sujetos del contrato. En otros términos, son sujetos del contrato de trabajo aquellos que como trabajador o como empleador, intervienen en el mismo. O, quienes como trabajadores o como patronos, con una calidad o con otra, controlan la prestación de sus servicios o los servicios ajenos, esto es, contrato de trabajo.

El Empleador.

Empleador es toda persona física o moral a quien es prestado un servicio subordinado. De manera que, mientras el trabajador debe ser una persona natural, una persona física, el empleador puede ser tanto una persona física, natural, como una persona jurídica, una compañía por acciones, o un sindicato de trabajadores.

El Trabajador.

El trabajador es toda persona física que presta un servicio material o intelectual, en virtud de un contrato de trabajo.

Concepto de Empresa.

Conforme el Código de Trabajo, se entiende por empresa ***"la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios"***[66]. El concepto de empresa interesa igualmente a la economía y al derecho no solamente al Derecho de Trabajo, sino también al derecho comercial, tributario, al internacional privado, y, si se quiere, también al industrial, marítimo y aeronáutico, pero su definición está bien lejos de ser uniforme.

La empresa entraña el conjunto de elementos que son factores en la producción y coinciden en determinada actividad. Ella comprende un

[66] http://www.diariocorreo.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=3606:el-principio-de-igualdad&catid=9:editorial&Itemid=15- 13/09/2014

objeto específico, una finalidad, el personal y la dirección. La empresa es una comunidad de producción. Su fin es económico. Es una unidad económica de producción. La empresa no es la mera resultante de una relación a base de contratos individuales, como lo era en un régimen de economía de mercado. Tiene carácter de comunidad; responde al concepto y realidad de lo institucional, en que todos sus elementos se funden en un haz superior. Es sociedad organizada con carácter jerárquico. Se dan en ella 1ro. El elemento capital; 2do., el elemento trabajador; 3ro., la colaboración, y 4to., la jerarquía. En la empresa tiende a prevalecer la idea de lo social sobre el interés particular de las clases que la integran.

Clasificación del Contrato de trabajo

Clasificación Legal.

Clasifica los contratos de trabajo de acuerdo a su duración (por tiempo indefinido, por cierto tiempo o para obra o servicios determinados), por la forma (verbal o escrita); por el carácter de la relación de trabajo (individual o colectivo). Ella también se refiere a los contratos estacionales o de temporada que corresponden a trabajos que sólo duran una parte del año y a los trabajadores ocasionales, contratados con el objeto de "intensificar temporalmente la producción" o cuyo empleo "responde a circunstancias accidentales de la empresa".

Contrato por Tiempo Indefinido.

El contrato por tiempo indefinido es el contrato por excelencia. Cuando un trabajador labora sucesivamente con un mismo empleador, en más de una obra determinada, se reputa que existe entre ellos un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

El contrato de trabajo por tiempo indefinido, constituye pues, la regla general, porque corresponde a la realidad continuada de la prestación de labores en la inmensa mayoría de los casos. Este hecho, sirve de guía al juez para apreciar la naturaleza del contrato en los casos dudosos.

Contrato de Duración Limitada.

Los contratos de trabajo de duración limitada, lo son en razón del tiempo de duración convenido, conforme a la naturaleza del trabajo que hace que éste sólo dure una parte del año, por la necesidad temporal del servicio, para intensificar temporalmente la producción o cuando los trabajos correspondan a circunstancias accidentales de la empresa.

Contrato por Cierto Tiempo.

El contrato de trabajo por cierto tiempo es un contrato de excepción. Los casos en que puede celebrarse están limitativamente señalados por la ley.

Los contratos de trabajo celebrados por cierto tiempo fuera de estos casos legalmente permitidos o para burlar las disposiciones del Código de Trabajo se consideran hechos por tiempo indefinido.

Los contratos por cierto tiempo terminan sin responsabilidad para las partes con la llegada del plazo convenido. Este texto no permite la tácita reconducción del contrato de trabajo por cierto tiempo, siendo legalmente, el nuevo contrato que se forma de continuar prestando el trabajador los mismos servicios al empleador por tiempo indefinido y se considerará que ha tenido este carácter desde el comienzo de la relación de trabajo.

Contratos para Obra o Servicios Determinados.

Estos contratos de trabajo deben redactarse por escrito y sólo pueden celebrarse cuando lo exija la naturaleza del trabajo. Tienen lugar generalmente en la industria de la construcción. Los trabajadores ocupados en la construcción de una carretera, una vía férrea, un puente, una vivienda, etc., se ligan al empleador por contratos de trabajo para obra o servicio determinados. Estos contratos terminan sin responsabilidad para las partes con la prestación del servicio o con la conclusión de la obra. La duración de estos contratos en una obra cuta ejecución se realiza por diversos trabajadores especializados, se fija por la naturaleza de la labor confiada al trabajador y por el tiempo necesario para concluir dicha labor.

Contratos de Trabajo por Temporada.

También se les denomina contratos de trabajo estacionales. Se trata de contratos relativos a trabajos que por su naturaleza, sólo duran una parte del año. Estos contratos tienen lugar principalmente, en los trabajos de la siembra, corte y recolección de productos agrícolas, cuyos cultivos se realizan en ciertas estaciones o temporadas del año.

Los contratos de trabajo estacionales terminan sin responsabilidad para las partes con la conclusión de la temporada. Sin embargo, si los trabajos se extienden por encima de cuatro meses, el trabajador tendrá derecho a la asistencia económica establecida en el Art. 82, conforme a la duración del servicio prestado.

Trabajadores Estacionales de la Industria Azucarera.

El Código de Trabajo reputa por tiempo indefinido los contratos de trabajo estacionales de la industria azucarera. El texto legal no es claro. Hace depender dicha presunción de disposición contraria de la ley o del convenio colectivo, de este modo se crea una categoría especial de contrato por tiempo indefinido para los fines de aplicación de las reglas establecidas para éstos en caso de desahucio, cuya existencia puede depender de lo pactado al respecto por las partes en el convenio colectivo. Los períodos de prestación de servicio correspondiente a varias zafras o temporadas

consecutivas, se acumulan para la determinación de los derechos del trabajador.

Trabajadores Eventuales, Móviles u Ocasionales.

Estos contratos tienen lugar en ocasión de los trabajos que tienen por objeto intensificar temporalmente la producción, o responder a circunstancias accidentales de la empresa o cuando la necesidad de su trabajo cesa en cierto tiempo, Terminan sin responsabilidad para las partes con la conclusión del servicio si ocurre antes de los tres meses contados desde el inicio del contrato.

Contrato de Trabajo por Equipo.

El Art. 8 del Código de Trabajo señala que los jefes de equipo de trabajadores y todos aquellos que ejerciendo autoridad o dirección sobre uno más trabajadores, trabajan bajo la dirección y dependencia de un empleador, son a la vez intermediarios y trabajadores. El propio código reputa por tiempo indefinido el contrato de trabajo de los trabajadores pertenecientes a cuadrillas que son intercaladas entre varias obras a cargo del mismo empleador.

Contratos de trabajo verbales y por escrito.

En cuanto a la forma, el contarte de trabajo puede clasificarse en contrato verbal y en contrato de trabajo por escrito.

Contrato de Trabajo Verbal.

Contrato verbal es aquel que no consta por escrito, cuyo contenido, esto es, las condiciones bajo las cuales se presta el servicio, las obligaciones de las partes, no figuran, no constan en un instrumento escrito. El contrato de trabajo verbal es el de más uso, es el más corriente.

Generalmente, el trabajador se incorpora a la empresa, no suscribe ningún documento por escrito. El vínculo jurídico queda caracterizado por la prestación misma del servicio, por el hecho de la incorporación a la empresa. La ley no exige con carácter esencial u obligatorio que el contrato de trabajo se haga por escrito; basta el simple acuerdo de voluntades entre las partes.

Contrato de Trabajo por Escrito.

Este contrato es menos frecuente que el contrato verbal, y tiene lugar, principalmente, en los contratos por cierto tiempo o para obra o servicio determinado, en los casos de altos empleados, técnicos o trabajadores altamente calificados, en ciertas empresas muy organizadas, que usan de contratos modelos impresos, donde constan, generalmente, las especificaciones mínimas de ley, y que los trabajadores firman al momento de ingresar a las mismas.

El contrato de trabajo por escrito debe hacerse en cuatro originales, uno para cada una de las partes, y los otros dos, para ser remitidos por el

patrono al Departamento de Trabajo, o a la autoridad local que ejerza sus funciones, dentro de los tres días de su fecha.

El contrato de trabajo por escrito enunciará:

1) Los nombres y apellidos, nacionalidad, edad, sexo, estado civil, domicilio y residencia de los contratantes y las menciones legales de sus cédulas personales de identidad.

2) El servicio que el trabajador se obliga a prestar, las horas y el lugar en donde debe hacerlo.

3) La retribución que habrá de percibir el trabajador, con indicación de lo que gane por unidad de tiempo, por unidad de obra, o de cualquier otra manera, la forma, tiempo y lugar del pago.

4) La duración del contrato, si es por cierto tiempo, la indicación de la obra o servicio que es objeto del contrato, si es para una obra o servicio determinado, con la mención de que se hace por tiempo indefinido.

5) Los demás que las partes puedan convenir de acuerdo con la ley.

De la formación y prueba del contrato

El título II del Libro 1 del Código de Trabajo, denominado "Formación y Prueba del Contrato", se refiere a la presunción hasta prueba en contrario, en toda relación de trabajo personal, de la existencia del contrato, a las

situaciones mixtas en las cuales el contrato individual de trabajo se haya involucrado con otros contratos, a los hechos relativos a la modificación del contrato, a la capacidad del menor y de la mujer casada y a la redacción del contrato por escrito así como a otras presunciones legales y disposiciones relativas a dicho contrato.

LA REDACCION DEL CONTRATO.

El título II, faculta a empleadores y a trabajadores a exigir que su contrato celebrado verbalmente se formalice por escrito, dirigiéndose al Departamento de Trabajo o a la autoridad local que ejerza sus funciones en caso de negatividad de la contraparte.

Cuando el contrato de trabajo conste por escrito, dispone el Art. 20, sus modificaciones deberán hacerse en igual forma. El trabajador o el empleador que no sepa firmar deben suplir su firma válidamente fijando sus señas digitales en las actas relativas al contrato o a su ejecución o modificación. Estas actas además, deben ser firmadas por dos testigos, los cuales certificarán que han sido leídas a las partes y éstas las han aprobado en la forma indicada.

De todo contrato de trabajo por escrito, se harán cuatro originales, uno para cada una de las partes, y los dos restantes, para ser remitidos por el empleador al Departamento de Trabajo o a la autoridad local que ejerza sus

funciones, dentro de los tres días de su fecha. Dicha autoridad local archivará uno de los originales, después de ser registrado en el libro que llevará con tal objeto, y enviará el otro original dentro de los tres días de haberlo recibido al Departamento de Trabajo para su registro y archivo en esta oficina. En caso de pérdida o destrucción del contrato escrito en todos sus originales, la prueba de su contenido se hará por todos los medios.

De todo el articulado del Título II, del Libro I del Código de Trabajo, denominado Formación y Prueba del Contrato, varios textos merecen particular atención. Ellos se refieren a la presunción legal de la existencia del contrato; a la capacidad del menor y de la mujer casada, y al principio de la libertad de pruebas en materia laboral.

La Presunción Legal del Contrato.

Toda relación de trabajo, presume hasta prueba en contrario, la existencia del contrato. El contrato de trabajo "se presume entre el que presta un servicio personal y aquel a quien le es prestado". Así lo dispone el Art. 15 del Código de Trabajo. Este texto consagra una presunción juris tantum de la existencia del contrato, que libera de prueba al trabajador. El empleador que niega la existencia del contrato, es a quien corresponde establecer la existencia de una de las situaciones previstas en el Art. 5 de dicho Código, o la existencia de cualquier otro contrato excluyendo de la aplicación de las leyes de trabajo.

La Capacidad del Menor.

El menor emancipado o el menor no emancipado que haya cumplido dieciséis años de edad, se reputan mayores de edad para los fines del contrato de trabajo. De igual modo, el menor no emancipado mayor de catorce años y menor de dieciséis puede, con la autorización de su padre o de su madre o de aquel de éstos que tenga sobre el menor la autoridad, o a falta de ambos de su tutor, celebrar contratos de trabajo, percibir las retribuciones convenidas y las indemnizaciones fijadas por la ley o establecidas por el tribunal y ejercer las acciones que de las relaciones de trabajo se deriven. En caso discrepancia de los padres o a la falta de éstos y del tutor, el Juez de Paz del domicilio del menor puede conceder la autorización. Pero, ningún caso el trabajo del menor podrá impedir su instrucción escolar obligatorio, la que estará a cargo y correrá por cuenta del empleador, bajo la supervigilancia de las autoridades, cuando por el hecho de dicho trabajo el menor no pueda recibir la instrucción escolar obligatoria.

La Capacidad de la Mujer Casada.

La mujer, soltera o casada, goza de los mismos derechos y tiene los mismos deberes que el hombre en lo que concierne a las leyes de trabajo. Por cuanto, tiene plena capacidad para celebrar contratos de trabajo y ejercer todos los derechos y acciones que le acuerda la ley al trabajador.

La Libertad de Pruebas.

El Art. 16 del Código de Trabajo consagra el principio de la libertad de pruebas en materia de trabajo, principio que es completado y robustecido por los Arts. 341 y siguientes del Código de Trabajo. Por consiguiente, todos los medios legales de prueba son admisibles en los litigios que se originan en materia de trabajo, y los jueces gozan de un poder soberano de apreciación en el conocimiento de los mismos. La presunción legal prevista en el párrafo del Art. 16 del Código de Trabajo no coarta ni limita el principio de la libertad de prueba. Sin embargo, la admisibilidad de los medios de prueba queda subordinada a que su producción se realice en el tiempo y en la forma determinada por la ley.

El juez de trabajo goza de un poder activo que le impone la obligación de diligencia en la aplicación de la ley en la administración de justicia, debiendo suplir de oficio cualquier medio de derecho y decidir en una sola sentencia sobre el fondo y sobre los incidentes, si los ha habido, excepto en los casos de irregularidades de forma. En los casos de omisión de una mención sustancial, de oscuridad o de mención incompleta o ambigua que impida o dificulte la sustanciación y solución del caso o el ejercicio del derecho de defensa, el juez puede de oficio o a solicitud de parte, otorgar plazo no mayor de tres días o quien corresponda, para la corrección de los errores o dificultades, si esto es posible. Podrá asimismo, dictar de oficio, o a petición de parte, las medidas que estime pertinentes para el esclarecimiento de los

hechos, gozando asimismo de un poder soberano de apreciación, en virtud del principio de la libertad de pruebas, que no le impone modo de prueba alguno, ni somete éstas a una tarifa legal de rigurosa aplicación. Naturalmente, que estas facultades del juez de trabajo, en principio soberanas, no son absolutas, tienen sus límites; sus decisiones están sujetas al recurso extraordinario de la casación, donde la Suprema Corte de Justicia tiene del deber de apreciar si la ley ha sido bien o mal aplicada estableciendo su criterio orientador; que da lugar y determina el alcance del derecho.

Naturaleza jurídica del contrato de trabajo

La naturaleza del contrato de trabajo ha sido objeto de un cuidadoso estudio por parte de la doctrina. Los tratadistas de derecho laboral han elaborado numerosas tesis sobre la naturaleza de este contrato. Algunos tratan de colocarlo dentro del marco de los contratos conocidos del derecho común; otros los consideran como un contrato propio del Derecho de Trabajo, que es una disciplina jurídica autónoma.

El Derecho de Trabajo es un derecho esencialmente humano y proteccionista del trabajador, quien es una persona humana. Por consiguiente, el contrato de trabajo tiene que revestir las características propias de este derecho. Se trata pues, de uno de los institutos naturales nacidos de esta nueva disciplina jurídica.

El trabajo humano trasciende el círculo vital del hombre individualmente considerado, beneficiando a la colectividad y al universo. El producto del trabajo y las condiciones de trabajo en un lugar determinado, tienen indudable repercusión sobre el resto del mundo. De ahí que el trabajo haya sido considerado como una función social, como un problema social, como una necesidad social.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

Los empleadores y los trabajadores son acreedores y deudores recíprocos de obligaciones. Esto es una consecuencia del carácter sinalagmático del contrato de trabajo. Por ello, los derechos del empleador son deberes del trabajador y de los derechos de éste son obligaciones del empleador.

Las obligaciones de empleadores y trabajadores pueden clasificarse en legales o contractuales, según provengan de la ley o del contrato; esenciales y complementarias o accesorias, según sean de la esencia del contrato indispensable para la existencia o continuidad de la relación de trabajo; o si se trata de obligaciones cuyo incumplimiento no entraña ni es susceptible ni puede justificar el rompimiento legítimos del contrato.

La principal obligación esencial del trabajador es prestar el servicio personal convenido. Esta obligación implica: a) el deber de diligencia; b) el deber de obediencia; c) el deber de prestar personalmente el servicio, en la forma, tiempo y lugar convenidos.

La principal obligación esencial del empleador es la de pagar el salario, el cual debe ser pagado completo, en efectivo, en la forma, tiempo y lugar convenidos y entregado personalmente al trabajador o a su representante debidamente autorizado.

El incumplimiento de estas obligaciones esenciales da lugar a despido o dimisión, esto es, genera el derecho del empleador al despido y el derecho del trabajador a presentar su dimisión.

La ley provee otras obligaciones a cargo de cada una de las partes. Una de las más importantes es el respeto recíproco a la persona del empleador o del trabajador. Ni el uno ni el otro tienen derecho a maltratar con hechos o palabras a su contraparte.

La ley prevé sanciones para el incumplimiento de las obligaciones a cargo de empleadores y trabajadores. Estas sanciones son: la amonestación, que puede ser en privado, en público, o por ante las autoridades administrativas de trabajo; la anotación de la falta, con valoración de su gravedad, en el registro del trabajador; el requerimiento de la intervención de la autoridad de trabajo para exigir el cumplimiento de la obligación desatendida, so pena de levantar acta de infracción, con apoderamiento de los tribunales competentes a fin de imponer las sanciones penales que fueren pertinentes; el desahucio, el despido, la dimisión o la acción en justicia en demanda de ejecución o cumplimiento o reparación del derecho violentado o desconocido

o en reparación del daño causado en los casos excepcionales en que la ley de trabajo lo permite.

Los contratos especiales

Con el nombre de contratos especiales de trabajo se agrupan aquellas relaciones de dependencia que revisten ciertas particularidades que, jurídicamente, han justificado en el Código de Trabajo, un tratamiento legal distinto, sin que ello implique una separación total y absoluta de las normas generales del Derecho de Trabajo. En el fondo de estos contratos especiales existe el contrato de trabajo común, con todos sus elementos básicos, pero, por modalidades propias de la naturaleza de la actividad o de forma o lugar de prestación del servicio, se han establecido para regular estos trabajos normas particulares.

En ningún caso se pueden sostener válidamente que estos trabajos excluyen la condición de trabajador del personal que los ejecuta. Todos son trabajadores, todos prestan un servicio personal subordinado a cambio de un salario.

El Trabajo de los Menores.

La protección legal del trabajo de los menores está estrechamente ligada a la historia del derecho de trabajo. Desde los inicios de la revolución industrial se notó la necesidad de establecer normas que garantizaran la

vida, salud, educación, aprendizaje, formación profesional, derecho físico, moral, intelectual y espiritual de estos jóvenes trabajadores.

El régimen especial que protege el trabajo de los menores de edad, está previsto fundamentalmente en el Código de Trabajo, el reglamento para la aplicación de dicho código y la resolución No. 4-58 de la SET ampliada y modificada por la resolución 36-91 de dicha Secretaría de Estado, y se enmarca dentro de los siguientes principios:

Capacidad para contratar (Art. 17 del CT). El menor emancipado o el menor no emancipado que haya cumplido diez y seis años de edad, es reputado mayor de edad para fines del contrato de trabajo, y el no emancipado mayor de catorce años y menor de diez y seis puede celebrar contrato de trabajo, percibir las retribuciones convenidas y las indemnizaciones fijadas por las leyes y ejercer las acciones que de tales relaciones se deriven, con la autorización de su padre y de su madre o de aquél de estos que tenga sobre el menor la autoridad, o a falta de ambos, del tutor.

Igualdad de trato, derechos y obligaciones (Art. 244 del CT). Gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones en lo que concierne a las leyes de trabajo, con las modalidades de protección que prevé la ley.

Prohibiciones legales. A saber: a) Prohibición de trabajo de menores de 14 años (Art. 245 del CT), b) Prohibición de trabajo nocturno, con las excepciones que prevé la ley (los menores de diez y seis años realicen

trabajos familiares en las que solamente estén empleados sus padres, hijos, hermanos y pupilos).

De La Formación Profesional

Contrato para la formación profesional: Se trata de aquél por el cual el trabajador se obliga, simultáneamente, a prestar un trabajo y a recibir formación, y el empleador a retribuir el trabajo y al mismo tiempo, a proporcionar a aquél una formación que le permita desempeñar un puesto de trabajo.

La pasantía o prácticas profesionales: El Art. 255 trata también sobre las pasantías o prácticas profesionales realizadas por estudiantes al amparo de la legislación educativa vigente, como parte integrante de sus estudios académicos. Este contrato, como el contrato de beca, desborda el ámbito del derecho del trabajo. Las responsabilidades de las partes se rigen por el derecho común.

La formación y capacitación profesional: Se trata de un derecho que el Código de Trabajo de 1992 reconoce a todo trabajador al imponer al empleador la obligación de proporcionarle formación profesional y capacitación adecuadas que permitan al trabajador elevar su nivel de vida y su productividad, conforme a la naturaleza del servicio prestado y a los requerimientos de la empresa.

El Trabajo de los Domésticos.

Trabajadores domésticos son los que se dedican de modo exclusivo y en forma habitual y continua a las labores de cocina, asistencia y demás, propias de un hogar o de otro sitio o de residencia particular, que no importen lucro o negocio para el empleador o sus parientes. En principio, la retribución de los domésticos comprende, además los pagos en dinero, alojamiento y alimentos de calidad corriente. Estos últimos se estiman como equivalentes al cincuenta por ciento del salario que reciba el numerario.

Jornada y descansos obligatorios. La ley deja a la costumbre y el acuerdo de voluntades la jornada de trabajo y el horario en que el doméstico prestará servicios al empleador o ama de casa, aunque dispone que estos trabajadores deben gozar, entre dos jornadas, de un reposo ininterrumpido de nueve horas por lo menos, y que disfrutarán del descanso semanal obligatorio reconocido a todo trabajador. El Código de Trabajo le acuerda derecho a vacaciones anuales también le reconoce el derecho a los permisos necesarios para asistir a una escuela, siempre y cuando sea compatible con su jornada de trabajo.

El Trabajo del Campo

El trabajo del campo tiene contenidos y modalidades distintos que el trabajo industrial. A ello contribuyen grandemente factores climatológicos y el

rendimiento del suelo, las plagas que afectan plantaciones y al ganado y las variedades de vegetales, semillas y especies animales.

Los fenómenos naturales (sequía, frío, calor, grandes precipitaciones fluviales, etc.) escapan generalmente al control de previsión y voluntad del hombre y son susceptibles de ocasionar grandes daños al trabajo agrícola y ala ganadería, particularmente en las épocas de sequías o en las temporadas de huracanes. Ello obliga a que parte de la producción agrícola sólo pueda producirse en forma periódica, o por temporada. La tierra que produce está sujeta a un proceso de preparación del terreno, plantaciones de semillas, germinación, limpieza de la tierra, entre otros. En todas estas actividades no participan los mismos hombres, y ellas obligan a la interrupción del trabajo, o dicho en otra forma, a que el trabajo de campo se realice en forma discontinua, por temporadas.

Régimen legal. Los trabajadores del campo, que son todos aquellos que ejecutan trabajos propios y habituales de una empresa agrícola-industrial, pecuaria o forestal, están sujetos a un régimen de protección legal que los hace beneficiarios de todas las disposiciones de código de Trabajo. Con excepción de las relativas a la jornada de trabajo y cierre de establecimientos, pero la jornada de trabajo no excederá de diez horas diarias y las disposiciones concernientes al trabajo de los menores, no se aplicará cuando estos se utilicen en el campo en los trabajaos ligeros de recolección.

El Trabajo a Domicilio.

Trabajo a domicilio es el que es ejecutado por cuenta de una o más personas físicas o morales, en un lugar o taller distinto al de éstas o en la casa o vivienda del trabajador. El trabajo a domicilio está sujeto a un acentuado control de parte de las autoridades administrativas del trabajo.

El Transporte Terrestre.

El Código de Trabajo establece un régimen especial para los servicios que se prestan en vehículos destinados al transporte terrestre. Las relaciones de trabajo de las personas que laboran en vehículos destinados al transporte terrestre, se rigen en principio, por las disposiciones legales comunes a todos los trabajadores, con las siguientes excepciones: a) no están sujetos a la jornada ordinaria de trabajo, b) tampoco están sujetos a la jornada ordinaria de trabajo los trabajadores ocupados en el transporte de vehículos que prestan sus servicios entre dos o más municipios y cuyo trabajo sea remunerado con salario fijo, con viaje u otra forma de retribución, c) la jornada de los trabajadores y los servicios de ferrocarriles particulares, pueden principiar en cualquier parte del día o de la noche y puede ser de más de ocho horas al día, siempre que la duración del trabajo en cada semana no exceda de cuarenta y cuatro horas, d) los trabajadores ocupados en el transporte de vehículos al servicio personal de una sola persona o de sus parientes, por orden del mismo, se rigen por las disposiciones referentes al trabajo de los domésticos.

Trabajo Marítimo.

Las normas sobre el trabajo marítimo se mantienen casi totalmente inalterables desde 1951. Esto obedece al escaso desarrollo de esta actividad. El Código de Trabajo de 1951, dispone que son aplicables a los trabajadores marítimos, todas las disposiciones, con excepción de las relativas a la jornada de trabajo y cierre de establecimientos.

El Contrato de Enrolamiento.

Por el contrato de enrolamiento se regulan las relaciones a bordo entre empleadores y la dotación de las embarcaciones. Este contrato puede celebrarse por tiempo determinado, por tiempo indefinido o por viaje.

La ley exige que en los contratos de enrolamiento por cierto tiempo indefinido, las partes deben fijar el lugar donde será restituido el trabajador, y en su defecto, se tendrá por señalada el lugar donde éste embarcó.

Los Vendedores y Viajantes de Comercio.

Son trabajadores, los vendedores, viajantes de comercio o propagandistas, promotores de ventas y quienes realizan actividades similares, siempre que presten sus servicios en forma permanente en subordinación a un empleador. La ley distingue entre quienes ejecutan directa y personalmente el trabajo o quienes únicamente intervienen en operaciones aisladas.

Trabajo de Los Minusválidos.

El Código de Trabajo al trabajo de los minusválidos, les reconoce el derecho a obtener una ocupación fija y permanente, de acuerdo a la capacidad de trabajo del minusválido, sin discriminación de ningún género y cualquiera que sea el origen de la invalidez. Entiende como minusválido toda persona con defectos corporales congénitos o adquiridos que determinen una reducción en la capacidad normal de su trabajo.

La suspensión de los efectos del contrato

Las causas de suspensión pueden afectar todos los contratos de trabajo vigentes en una empresa o solamente uno o varios de ellos. La suspensión de los efectos del contrato no implica su terminación ni compromete la responsabilidad de las partes, durante la suspensión de los efectos del contrato, el trabajador queda liberado de prestar sus servicios y el empleador de pagar la retribución. Son causas de suspensión:

1) El mutuo consentimiento de las partes;
2) El descanso por maternidad;
3) El hecho de que el trabajador esté cumpliendo obligaciones legales que lo imposibiliten de trabajar temporalmente;
4) El caso fortuito o de fuerza mayor;
5) La detención, arresto o prisión preventiva del trabajador;

6) La enfermedad contagiosa del trabajador;
7) La falta o insuficiencia de materia prima;
8) La falta de fondos para la continuación normal de los trabajos;
9) El exceso de producción, la huelga y el paro calificados legales.

LA MODIFICACION DEL CONTRATO

El contrato de trabajo consentido válidamente entre las partes puede ser modificado, por efecto de las disposiciones de Código de Trabajo, por efecto de los convenios colectivos de condiciones de trabajo, por mutuo consentimiento; pero dichas modificaciones nunca deberán ir en perjuicio del trabajador, su estabilidad o sus condiciones de vida.

LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Todo contrato de trabajo puede concluir o llegar a término con o sin responsabilidad para las partes.

LA TERMINACION CON RESPONSABILIDAD.

El Código de Trabajo prevé tres formas de terminación del contrato de trabajo con responsabilidad para las partes; a saber: el desahucio, el despido y la dimisión. El desahucio conlleva siempre un plazo, mediante el cual una de las partes en el contrato por tiempo indefinido, le comunica a la

otra su decisión de ponerle término. Vencido este plazo, el contrato de trabajo termina.

Se trata de una forma de terminación privativa del contrato por tiempo indefinido. Dicho plazo puede ser omitido, en cuyo caso es preciso pagar a la contraparte los salarios correspondientes a la duración del mismo. Siempre, a su vencimiento, se opera la terminación del contrato; por lo que es exigible la obligación de pagar el auxilio de cesantía que determina la Ley. Esta obligación está a cargo exclusivamente del empleador. La Ley no impone a éste el pago de dicha obligación cuando el desahucio es ejercido por el trabajador.

El despido es la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador. En cambio, la dimisión es la resolución del contrato por la voluntad unilateral del trabajador. Lo que determina en ambos casos la terminación del contrato, es la voluntad unilateral del empleador o del trabajador. Tanto la dimisión como el despido, para ser declarados justificados por los jueces, requieren que obedezcan a una justa causa, o sea, a una causa legal de despido o de dimisión, prevista en el Código de Trabajo.

La Terminación por Desahucio.

Desahucio es el acto por el cual una de las partes, mediante aviso previo a la otra y sin alegar causa, ejerce el derecho de poner término a un contrato

por tiempo indefinido. El empleador que ejerza el desahucio debe pagar al trabajador un auxilio de cesantía, dicho auxilio debe pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro empleador. No hay responsabilidad para el empleador cuando el desahucio es ejercido por el trabajador.

La Terminación por Despido.

Despido es la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador, es justificado cuando el empleador prueba la existencia de una justa causa para el mismo prevista en el Código de Trabajo. Es injustificado en el caso contrario, en este caso es con responsabilidad para el empleador.

La Terminación por Dimisión del Trabajador.

Dimisión es la resolución del contrato por voluntad unilateral del trabajador, es justificado cuando el trabajador prueba la existencia de una justa causa prevista al respecto en el Código de Trabajo. Es injustificada en caso contrario, en dicho caso, no hay responsabilidad para el empleador.

LA TERMINACION SIN RESPONSABILIDAD.

El mutuo consentimiento: Si el contrato de trabajo se forma por el mero acuerdo de voluntades, el mutuo consentimiento que le da origen puede también ser causa legal de su terminación. Pero para que esta forma de

terminación tenga validez, dispone el Art. 64, del Código de Trabajo, debe hacerse ante el Departamento de trabajo, la autoridad local que ejerza sus funciones, o ante un notario.

Esta formalidad es requerida con el fin de evitar que el trabajador, al celebrar su contrato o en el curso de su ejecución suscriba una renuncia sin fecha, para ser usada por el empleador en el momento que lo juzgue oportuno. El propósito de la ley es proteger al trabajador, de posibles abusos del empleador en perjuicio de sus derechos y de la estabilidad del trabajador en el empleo.

La ejecución del contrato: La conclusión de la obra o la ejecución del servicio prestado son causas legales de terminación del contrato individual de trabajo. Esta forma de terminación es frecuente en los contratos de trabajo para obra o servicios determinados, los cuales terminan sin responsabilidad para las partes con la prestación del servicio o con la conclusión de la obra.

La duración del contrato de trabajo para servicios determinados en una obra cuya ejecución se realiza por diversos trabajos especializados se fija por la naturaleza de la labor confiada al trabajador y por el tiempo necesario para concluir dicha labor.

Reducción de personal: Si en el curso de la ejecución de la obra o de parte de ella, hay necesidad, justificada por la naturaleza del trabajo, de reducir el

número de trabajadores, se seguirán las reglas establecidas en el Art. 141 del Código de Trabajo, según el cual dispone ***"En caso de que haya necesidad de disminuir el personal de una empresa, por causa autorizadas por la ley, las reducciones deben ser hechas en el orden siguiente 1ro. Trabajadores extranjeros solteros; 2do. Trabajadores extranjeros casados; 3ro. Trabajadores extranjeros casados con personas dominicanas; 4to. Trabajadores extranjeros que hayan procreado hijos dominicanos; 5to. Trabajadores dominicanos solteros; 6to. Trabajadores dominicanos casados"[67].*** En igualdad de condiciones se declaran cesantes los que hayan trabajado menos tiempo y si todos tienen el mismo tiempo de servicio el empleador tendrá derecho a elegir, salvo convención contraria, Art. 142 del Código de trabajo.

4.3.6 ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO

- **Los Servicios Públicos**

Los servicios públicos pueden ser:

- **Servicios Públicos Esenciales.**

Los esenciales se vinculan con la existencia como el agua potable, luz eléctrica, vivienda; y,

[67] http://www.diariocorreo.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=3606:el-principio-de-igualdad&catid=9:editorial&Itemid=15- 13/09/2014

- **Servicios Públicos No-esenciales.**

Los no esenciales son de carácter secundario, como museos, teatros estadios, etc.

- **Servicios Públicos Propios.**

Son prestados directamente por el Estado.

- **Servicios Públicos Impropios.**

Son prestados por intermedio de otros órganos o personas particulares de acuerdo a disposiciones reglamentarias establecidas por la Administración Pública.

Además, los servicios pueden ser nacionales, provinciales, cantonales y parroquiales.

Modalidades de Servicios prestados por el Estado

Los servicios prestados por el Estado pueden ejecutarse de acuerdo con las siguientes modalidades:

a) Servicios prestados directamente por la Administración pública;

b) Servicios prestados por instituciones;

c) Servicios prestados por empresas públicas;

d) Servicios prestados por administración delegada; y,

e) Servicios prestados mediante concesión.

Hoy en día el Estado para satisfacer necesidades generales no sólo se preocupa de los servicios básicos como agua potable, luz eléctrica, salubridad, educación, correos, obras públicas, sino también del control de precios, de la distribución y la venta de artículos de consumo popular.

El Estado por intermedio de la administración interviene para defender al consumidor del acaparamiento, del abuso de precios, de la especulación, dirigiendo el control como una característica republicana y democrática, El intervencionismo es producto de los reclamos y necesidades sociales de los pueblos.

Igualdad de los Servicios

La igualdad significa que todas las personas tienen los mismos derechos y garantías a requerir la prestación de servicios. El principio constitucional de "igualdad ante la ley" es una garantía ciudadana que nos indica que todo ser humano tiene acceso al uso de los servicios públicos, pero no al abuso. Por lo tanto, la igualdad reconoce privilegios. La igualdad debe ser cumplida y aplicada sin excepción de persona alguna.

Regularidad y continuidad de los servicios

Los servicios tienen que ser permanentes como el agua potable y la luz eléctrica. Estos servicios no pueden ser desatendidos porque su paralización afectaría gravemente a las personas. Si bien es cierto que la Constitución en su Art. 31 literal h), reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro, ciertos servicios como la atención de la salud no pueden ser desatendidos, tienen que ser prestados en forma regular y continua. El concepto de la regularidad y continuidad de los servicios ha calado profundamente en la conciencia y en el espíritu del pueblo, su interrupción es rechazado y protestado de inmediato, ya que la paralización atenta contra la vida y la existencia de los pueblos.

Elementos del Servicio Público

Los servicios públicos están integrados por cuatro elementos indispensables, que son:

Los Servicios Públicos

Son recursos humanos calificados que prestan servicios personales a la administración central, institucional o seccional para satisfacer necesidades generales. Los servidores públicos llamados también "agentes públicos" se los ha llegado a identificar como "funcionarios" y "empleados".

El Funcionario.- Es una persona natural que ejerce constitucional, legal y reglamentariamente una "función", y que se encuentra investido de un poder de decisión y de mando.

El Empleado.- es una persona natural, que debido a la jerarquía administrativa cumple órdenes de los funcionarios mediante la ejecución de determinadas actividades. Tanto el "funcionario" como el "empleado" se encuentran incorporados legalmente en los cuadros de la organización Administrativa. La organización y disciplina administrativa impone la obediencia y subordinación jerárquica.

La Ley Orgánica de Servicio Público, dice en su Art. 2.- ***"...el servidor público es toda persona natural legalmente nombrada para prestar servicios remunerados en instituciones de Derecho Público o de instituciones del Derecho Privado, con finalidad social o pública".***

Bienes

El Estado y las demás entidades del sector público para satisfacer necesidades de carácter general, requiere contar con bienes y recursos financieros. Todos los bienes del Estado integran el patrimonio. La tenencia y conservación de los bienes patrimoniales del Estado les corresponde a los servidores públicos caucionados, legalmente designados, que se les haya entregado inventariados.

Obligaciones

Es obligación de la máxima autoridad velar por la conservación de los bienes de dominio público, que han sido adquiridos o designados para uso, cuidado o administración del respectivo organismo o entidad.

La máxima autoridad velará por el uso de los bienes para los fines que estén destinados.

Los organismos del Estado y más entidades públicas está obligados a llevar un registro contable de los bienes que le pertenecen, para conocer con exactitud con qué patrimonio cuentan y detectar oportunamente la pérdida, el hurto, el robo o la destrucción o su mal uso.

Prohibición de uso de los Bienes Públicos

Los bienes del Estado deben utilizárselos para la finalidad que se le ha designado, está prohibido el uso de los bienes públicos para los siguientes casos:

- Para fines políticos;
- Para fines electorales;
- Para fines doctrinarios;
- Para fines religiosos; y,

- Para otras actividades extrañas al servicio público.

Recursos Financieros

Los recursos financieros son ingresos que el Estado y otras entidades del sector público prescriben de los contribuyentes en forma de impuestos, tasas y contribuciones especiales, para financiar servicios públicos y la ejecución de programas de desarrollo económico en beneficio del país.

La facultad de establecer, modificar o extinguir tributos, es exclusiva del Estado mediante la ley; en consecuencia, "no hay tributo sin ley". Para atender servicios públicos es indispensable que el Estado cuente con recursos económicos, que únicamente los logra obtener mediante financiamiento anual del presupuesto.

Estos recursos los obtiene directa o indirectamente de la posesión, de la riqueza de las personas naturales o jurídicas del sector público y privado, mediante el pago de tributos.

Necesidad de Carácter General

"No basta que existan servidores públicos, bienes y un régimen jurídico especial para prestar servicios públicos, es indispensable una necesidad de carácter general, con dimensión social.

Son las necesidades sociales, las demandas colectivas, los reclamos populares, los que protagonizan el nacimiento, la creación y el funcionamiento de tal o cual servicio. Todo lo que sea necesario, provechoso y pertinente para la sociedad, determina la creación de un servicio. La necesidad expresa deseos, inquietudes y aspiraciones de la colectividad de proveerse de todo aquello que le pueda producir satisfacción. A medida que satisface una necesidad social, como educación, trabajo, transporte se va ampliando la gama de nuevas necesidades[68].

Régimen Jurídico Especial

Para la prestación de servicios por parte del Estado en favor de la Sociedad, se requiere la adopción de un régimen jurídico especial, que proteja y garantice el uso de los servicios. "***En este caso las leyes especiales que se relacionan con los servicios públicos tienen por objeto señalar los rasgos generales sobre la creación, organización, funcionamiento y extinción de los servicios; y establecer los derechos, deberes, prohibiciones y garantías de los servidores; y determinar que tienen que ser eficientes, transparentes, simples, económicos y racionales"***[69]***.***

[68]http://www.diariocorreo.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=3606:el-principio-de-igualdad&catid=9:editorial&Itemid=15- 13/09/2014
[69]http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2390&Itemid=426

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

5.2. Métodos y Técnicas.

Métodos

En el proceso de investigación socio-jurídico es preciso indicar que apliqué el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca del proceso sus delaciones frente a la vulneración de derechos de los trabajadores y esto es, relativo al efecto social que cumple la norma en carencia de determinadas relaciones sociales o interindividuales. De modo concreto he procurado establecer la insuficiencia de la ley al no permitir fijar medidas cautelares desde el inicio del juicio laboral y los efectos socio-jurídicos de la misma, lo cual me sirvió para fundamentar mi propuesta de reforma al Código del Trabajo.

Fue válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de la hipótesis, realicé el análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis,

mediante la argumentación, la reflexión y la demostración como en efecto se ha realizado.

Técnicas

Utilicé los procedimientos de observación, análisis y síntesis en la investigación jurídica propuesta, auxiliándome de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta.

La investigación de campo se concretó a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo que ubique en treinta profesionales del derecho como entrevistas realizadas a consultores del derecho; en las dos situaciones se planteó un cuestionario derivado de la hipótesis general, cuya operativización partió de la determinación de variables e indicadores puestos en los objetivos de la presente investigación.

Los resultados de la investigación empírica se presentan en barras y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, los que sirvieron de base para la verificación de objetivos e hipótesis y para deducir las conclusiones y recomendaciones.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la Encuesta.

Dentro del análisis y presentación de los resultados de la encuesta de la presente investigación jurídica, desarrollada de conformidad al proyecto de investigación, que dentro de su contexto, como lo es un marco teórico y jurídico adecuado en el campo conceptual, doctrinario y normativo, tomando como estudio la problemática planteada, se hace relevante el garantizar el derecho al acceso al derecho constitucional al Trabajo a todas las y los ecuatorianos; así mismo, como parte de la investigación a desarrollarse, el campo de investigación planteado, se lo ha hecho en base a los instrumentos y medios, estuvo dirigida mediante la aplicación de 30 encuestas y 5 entrevistas, estructurada sobre los principales aspectos de la problemática en estudio, así como de los objetivos e hipótesis; y que fuera contestada por profesionales del derecho.

Cumpliendo con la metodología de trabajo trazada en el proyecto de investigación, al desarrollar este tipo de metodología aplicable en la realidad jurídica, orgánica, social y ante todo económica; han sido considerados los profesionales del Derecho y Funcionarios Judiciales de Loja y Docentes universitarios; resultados logrados a través de las preguntas planteadas, ésta se desarrolló de la siguiente forma:

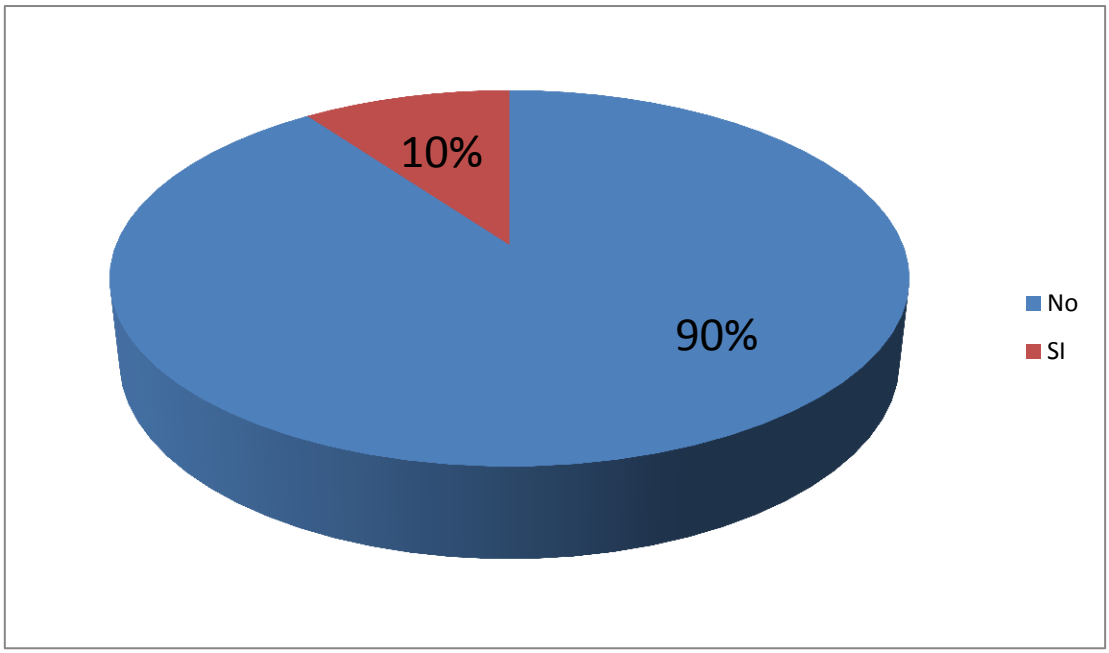
PRIMERA PREGUNTA

1.- ¿Considera Usted que El principio de Igualdad Jurídica consagrado en nuestra Carta Magna se cumple actualmente?

CUADRO Nº 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	27	90%
SI	3	10%
TOTAL	30	100%

GRAFICO Nº 1



Fuente: 30 Abogados.
Investigadora: Ana Elena Moser Cazar

ANÁLISIS:

De las personas encuestadas 27 responden a la primera pregunta que NO, lo equivale al 90%, mientras que 3 personas contestan que SI, que corresponde al 10 % del total de la muestra.

INTERPRETACIÓN:

No podemos dar cuenta que la gran mayoría de los encuestados coinciden en establecer que actualmente el principio de igualdad preceptuado en nuestra Carta Magna, no se cumple a cabalidad, puesto que aún existe discriminación y maltrato social; mientras que un número reducido de encuetados coinciden en decir que este principio se cumple a cabalidad en todos los ecuatorianos.

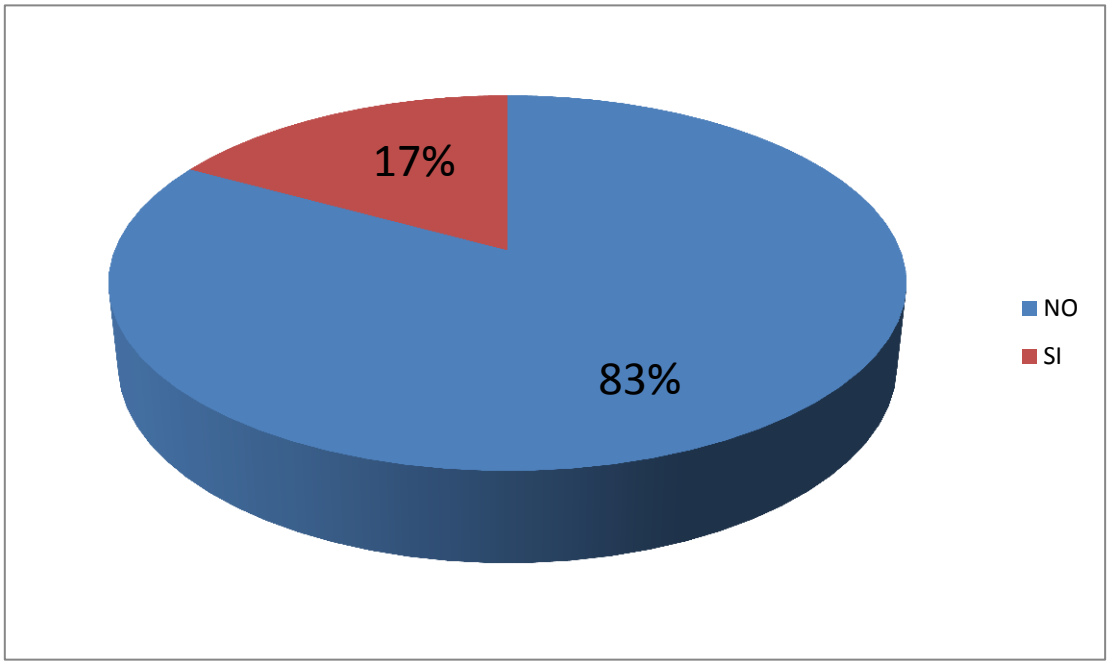
SEGUNDA PREGUNTA

2.- ¿Cree usted que existe igualdad jurídica entre los trabajadores y los servidores públicos?

CUADRO Nº2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	25	83%
SI	5	17%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO Nº2



Fuente: 30 Abogados.
Investigadora: Ana Elena Moser Cazar

ANÁLISIS:

A la interrogante formulada, 25 personas que corresponden al 83% de la muestra, respondieron que NO existe igualdad; mientras que 5 de los interrogados que representan el 17% del total de la muestra, manifestaron que si existe igualdad.

INTERPRETACIÓN:

La mayoría de encuestados manifiestan que si bien es cierto existe una disposición constitucional con la finalidad de que exista igualdad jurídica ante la ley, esta se torna en un mero enunciado, ya que entre los trabajadores y los servidores públicos existen muchas diferencias, puesto que los servidores públicos gozan de muchas más prebendas. Mientras que un número considerable de encuestados consideran que por tratarse de un derecho constitucional tanto servidores como trabajadores deben tener los mismos derechos.

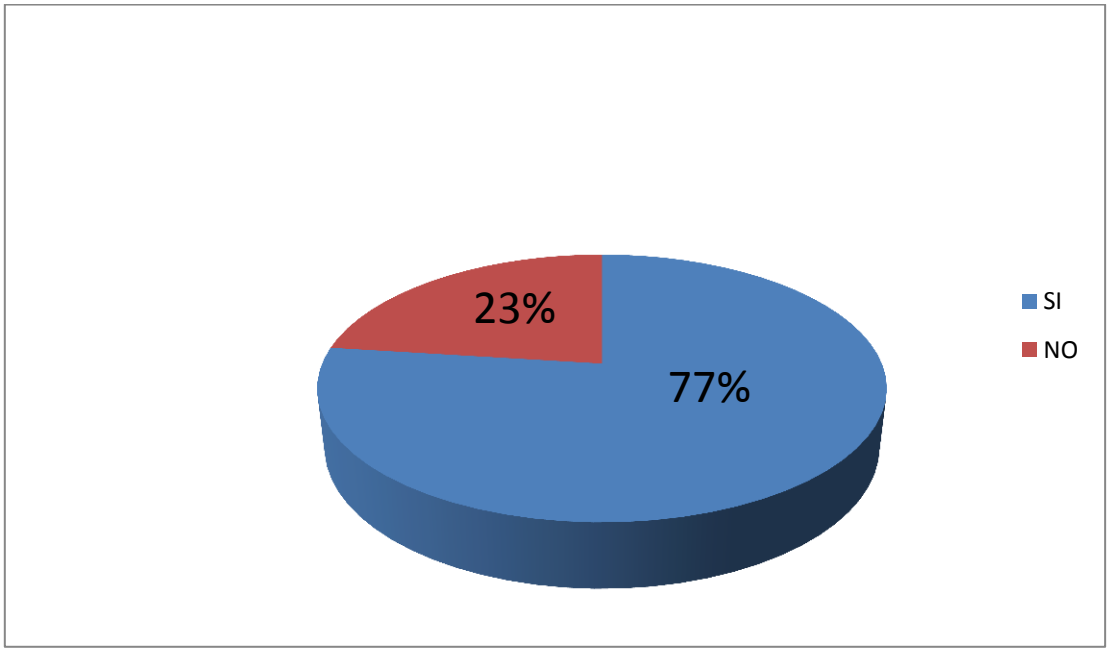
TERCERA PREGUNTA

3.- ¿Cree usted que los ciudadanos mayores de 35 años, gozan de las mismas oportunidades que los ciudadanos entre 18 y 30 años ?

CUADRO N. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	23	77%
SI	7	23%
TOTAL	30	100%

GRAFICO N. 3



Fuente: 30 Abogados.
Investigadora: Ana Elena Moser Cazar

ANALISIS:

De las 30 personas encuestadas 23 de ellas consideran que NO, lo mismo que vulnera los derechos constitucionales y laborales; lo cual representa el 77%, mientras que 7 de ellos considera que SI gozan de las mismas oportunidades, lo que representa el 23% de la muestra total de los interrogados.

INTERPRETACIÓN:

La mayoría de encuestados manifiestan que no existe las mismas oportunidades para los ecuatorianos que se encuentran en un rango de edad de 35 años en adelante, frente a los ciudadanos que se encuentran en plena juventud, lo que causa desigualdad jurídica; mientras que un número considerable de encuestados manifiestan que no existe esta desigualdad puesto que la ley establece que no exista beneficios por edad en determinados sectores.

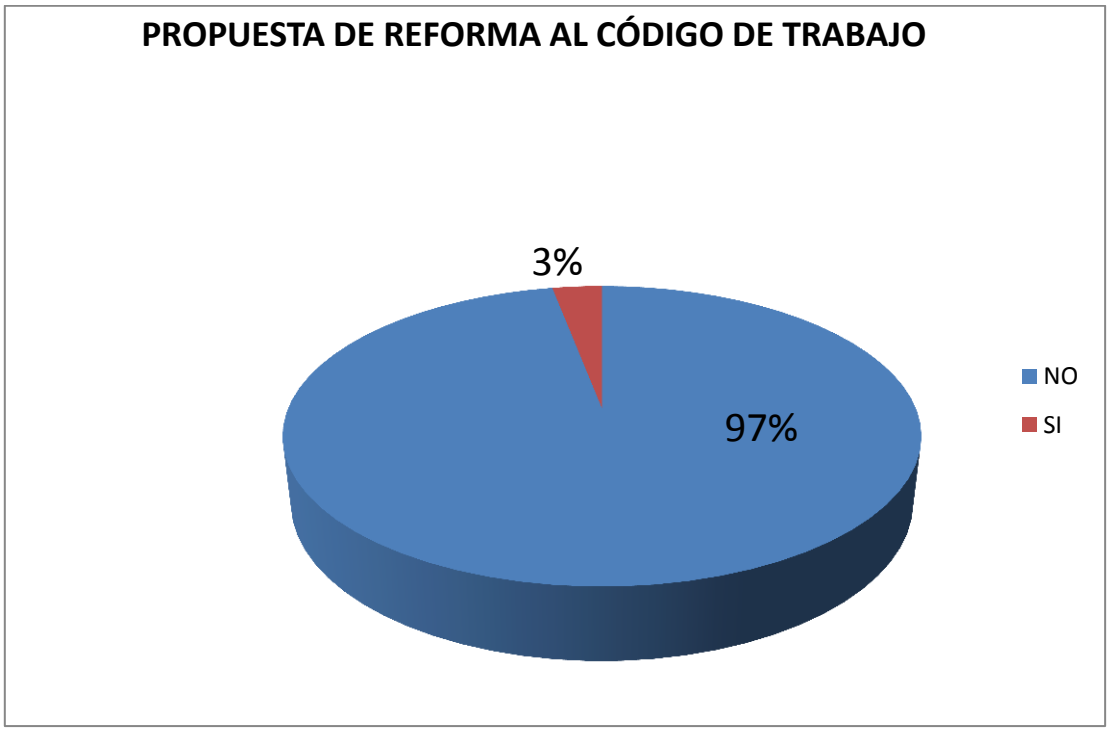
CUARTA PREGUNTA

4.- ¿Cree Usted que es justo y legal que el Código de Trabajo no establezca parámetros de obligatoriedad para ciertos sectores que sufren de desigualdad de oportunidad laboral?

GRÁFICO Nº4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	29	97%
SI	1	3%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO Nº4



Fuente: 30 Abogados.
Investigadora: Ana Elena Moser Cazar

ANALISIS:

A la interrogante formulada, 29 de los encuestados afirman que NO es justo, que corresponde al 97% de los encuestados, en tanto que una persona de los encuestados, manifiesta que Si lo que representa el 3% de la muestra total

INTERPRETACION.

De las opiniones vertidas, nos podemos dar cuenta que los encuestados coinciden en que no es justo que el Código de Trabajo no considere o establezca parámetros de obligatoriedad que fomenten la participación de los ciudadanos en edad productiva en las instituciones públicas y privadas. Mientras que uno solo considera que no sería justo que se establezcan estos parámetros.

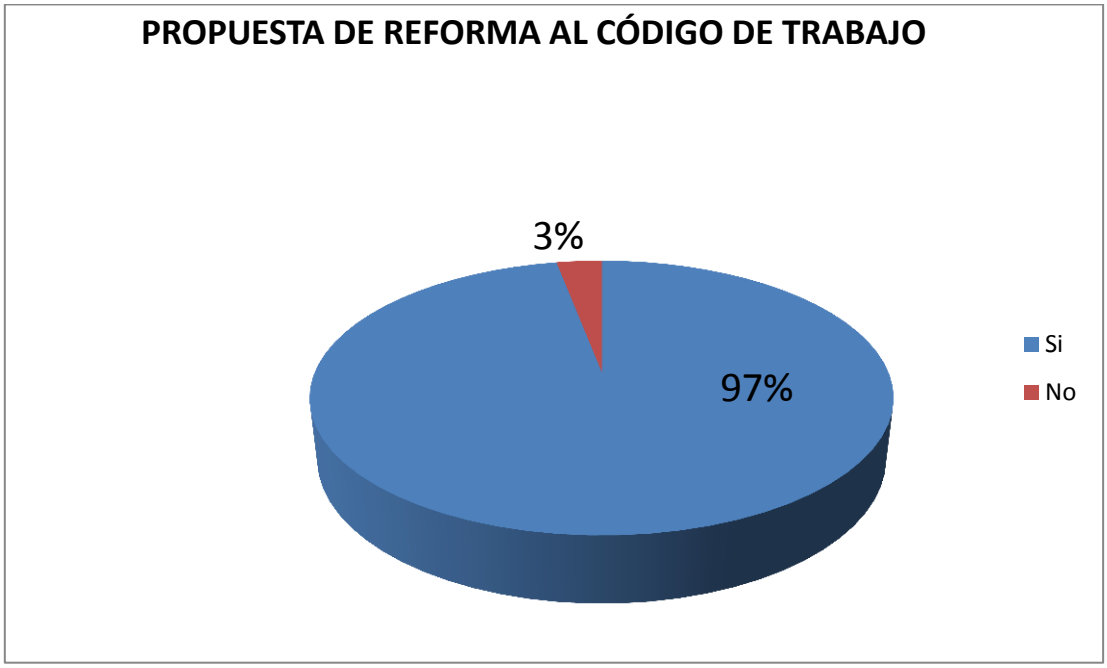
QUINTA PREGUNTA

5.- ¿Cree Usted que es necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código de Trabajo con la finalidad de que las Instituciones Públicas y Privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad?

GRÁFICO Nº5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO Nº5



Fuente: 30 Abogados.
Investigadora: Ana Elena Moser Cazar

ANALISIS:

A la interrogante formulada, 29 de los encuestados afirman que es necesario de manera urgente reformar el Código del Trabajo, en lo referente a obligar a instituciones públicas y privadas para que en su planta de trabajadores cuente con una porcentaje mínimo de ciudadanas y ciudadanos mayores de 35 años de edad, que corresponde al 97% de los encuestados, en tanto que una persona de los encuestados, manifiesta que no es necesario realizar reforma alguna al Código del Trabajo, lo que representa el 3% de la muestra total.

INTERPRETACION.

De las opiniones vertidas, podemos concluir que los encuestados consideran que es necesario que se norme en el Código del Trabajo la necesidad de que las instituciones públicas y privadas cuenten en su planta de trabajadores con un porcentaje mínimo de ciudadanas y ciudadanos mayores de 35 años de edad, para garantizar la inclusión de este importante sector productivo. Mientras que uno manifiesta que no le parece necesario puesto que lo que se encuentra tipificado actualmente en el Código de Trabajo le parece justo y legal.

6.2. Resultados de la Entrevista.

Continuando con el cronograma establecido para el desarrollo de mi tesis de grado, procedí a realizar cinco entrevistas a Abogados, quienes respondieron de acuerdo a su conocimiento, y todas relacionadas al tema y la problemática propuesta en el proyecto de investigación, de los cuales realizaré el análisis que corresponde:

PRIMER ENTREVISTADO

Nombre: Dr. Darwin Guachizaca

PRIMERA PREGUNTA

1.- Cuál es su opinión acerca del Principio Constitucional de la Igualdad Jurídica.

Este principio Constitucional debe ser respetado, más si se trata de proteger a un importante sector de la sociedad, representativo en la producción y desarrollo de la economía nacional como es la modalidad de trabajo.

SEGUNDA PREGUNTA

2.- Cree usted que actualmente existe igualdad Jurídica entre los Trabajadores y los servidores públicos.

Definitivamente No, puesto que los servidores públicos tienen muchas más prebendas que los trabajadores en general.

TERCERA PREGUNTA

3.- ¿Cree usted necesaria una reforma legal al Código de Trabajo, con la finalidad de que las Instituciones Públicas y Privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad?

Me parece interesante, puesto que así se incentivaría el sistema productivo de las personas que están dentro de los 35 años.

SEGUNDO ENTREVISTADO

Nombre: Dr. Pablo Muñoz

PRIMERA PREGUNTA

1.- Cuál es su opinión acerca del Principio Constitucional de la Igualdad Jurídica.

En lo que tiene que ver con su pregunta, en todo ámbito es indispensable que se respete este principio constitucional, puesto que es la base de un estado Constitucional de Derechos y Justicia Social.

SEGUNDA PREGUNTA

2.- Cree usted que actualmente existe igualdad Jurídica entre los Trabajadores y los servidores públicos.

NO existe igualdad, ya que los servidores públicos tienen derechos que los trabajadores no, por lo tanto hablar de igualdad es un mero enunciado

TERCERA PREGUNTA

3.- ¿Cree usted necesaria una reforma legal al Código de Trabajo, con la finalidad de que las Instituciones Públicas y Privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad?

Se debe impulsar un proyecto de Reforma al Código del Trabajo, donde se garanticen igualdad de oportunidades a todos y todas las ciudadanas.

TERCER ENTREVISTADO

Nombre: Dr. Juan Carlos Jiménez

1.- Cuál es su opinión acerca del Principio Constitucional de la Igualdad Jurídica.

Es un principio fundamental de todo orden constitucional, puesto que es el pilar del convivir social y de la armonía entre todos los ciudadanos.

SEGUNDA PREGUNTA

2.- Cree usted que actualmente existe igualdad Jurídica entre los Trabajadores y los servidores públicos.

No existe igualdad entre los trabajadores y los servidores públicos, puesto que se encuentran regulados por cuerpos legales distintos y por lo tanto sus derechos son diferentes.

TERCERA PREGUNTA

3.- ¿Cree usted necesaria una reforma legal al Código de Trabajo, con la finalidad de que las Instituciones Públicas y Privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad?

Su idea es interesante, ya que a través de los años los trabajadores mayores de 35 años han sido discriminados, por lo tanto regular esta obligatoriedad puede constituirse como un hito histórico en nuestra legislación.

CUARTO ENTREVISTADO

Nombre: Dr. Walter Guerrero

PRIMERA PREGUNTA

1.- Cuál es su opinión acerca del Principio Constitucional de la Igualdad Jurídica.

La igualdad Jurídica, es un precepto constitucional que garantiza que frente a la ley todas las personas somos iguales, y por lo tanto merecedoras a los mismos derechos.

SEGUNDA PREGUNTA

2.- Cree usted que actualmente existe igualdad Jurídica entre los Trabajadores y los servidores públicos.

Podría decirle que No; puesto que sus derechos, deberes y obligaciones son diferentes.

TERCERA PREGUNTA

3.- ¿Cree usted necesaria una reforma legal al Código de Trabajo, con la finalidad de que las Instituciones Públicas y Privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad?

Claro que SI, es necesario que nuestros legisladores se preocupen de un sector tan vulnerable como es el sector laboral en nuestro país, especialmente en el ámbito privado.

QUINTO ENTREVISTADO

Nombre: Dra. Beatriz Learrategui

1.- Cuál es su opinión acerca del Principio Constitucional de la Igualdad Jurídica.

La Igualdad ante la ley hoy en día se constituye en el principio fundamental que regula al aparato estatal, puesto que es la forma en que nuestra carta política ve a los ciudadanos.

SEGUNDA PREGUNTA

2.- Cree usted que actualmente existe igualdad Jurídica entre los Trabajadores y los servidores públicos.

Por donde se lo vea no existe igualdad, los servidores públicos tienen muchas más ventajas jurídicas que los trabajadores.

TERCERA PREGUNTA

3.- ¿Cree usted necesaria una reforma legal al Código de Trabajo, con la finalidad de que las Instituciones Públicas y Privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad?

SI, esta reforma legal sería muy importante, porque así se cumpliría en algo el principio de igualdad ante la ley, y por lo tanto se garantizaría los derechos laborales de las personas.

COMENTARIO GENERAL:

Mediante la aplicación de la presente entrevista, nos podemos dar cuenta que todos los entrevistados sin excepción consideran que el principio de la igualdad jurídica consagrado en nuestra Constitución de la República, es el más

importante principio constitucional, por lo que cualquier tipo de violación al mismo se constituye como una aberración jurídica grave.

Además que actualmente las y los ciudadanos, son vistos de una manera muy distinta ante la ley, donde aquellos mayores de 35 años, por lo general no gozan de las mismas oportunidades que los ciudadanos y profesionales jóvenes; causando un grave perjuicio al núcleo familiar; debido a que por lo general, las personas que se encuentran en ese rango de edad, mantienen responsabilidades familiares, que por no contar con una fuente de ingreso digna, no pueden cumplir a cabalidad.

Es indispensable que como estudiantes de la universidad busquemos soluciones a los problemas jurídicos y sociales que azotan a las ciudadanía, por lo tanto los entrevistados me dan la pauta para la reforma legal que me planifique en el proyecto y que pondré en práctica en la presente tesis de grado.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos.

Objetivo General:

Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la Legislación Laboral Ecuatoriana en lo referente a la No Discriminación laboral y a la Igualdad de Oportunidades.

En el desarrollo de la revisión de la Literatura, durante la recolección de la información y mediante la aplicación de las encuestas y entrevistas, pude cumplir con mi objetivo general se cumple, determinando que la violación del principio constitucional a la seguridad e igualdad jurídica se ve violado, debido a que normas jerárquicamente inferiores a la Constitución de la República, no se encargan de velar por dicha igualdad, y por lo tanto violenta principio básicos de los trabajadores, puesto que no se generan políticas que permitan que las personas mayores de 35 años, puedan acceder a las mismas oportunidades laborales sin ningún tipo de discriminaciones.

Objetivos específicos:

Demostrar la discriminación en el ámbito Laboral, en personas mayores de 35 años, y la falta de normativa en el Código de Trabajo para que este tipo de discriminación no se cometa.

Como hemos analizado en el marco conceptual y doctrinario, como además en la investigación de campo, existe fragante discriminación en las diferentes instituciones públicas y privadas en torno a la edad de los trabajadores, puesto que existe preferencia para los trabajadores jóvenes, lo que se torna completamente atentatorio con el principio universal y constitucional de la igualdad ante la ley.

Concretar una propuesta jurídica que incorpore al Código de Trabajo del Ecuador, la posibilidad de pedir que las empresas públicas y privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad.

La necesidad de esta reforma legal se ve verificada en toda mi tesis de grado; sin embargo se fundamenta especialmente en la investigación de campo realizada, puesto que los encuestados y entrevistados coinciden en la necesidad de realizar la reforma legal y por lo tanto permitir que exista igualdad jurídica entre los trabajadores generando políticas públicas que permitan la inserción laboral de las y los ciudadanos mayores a 35 años.

7.2. Contrastación de Hipótesis.

La Hipótesis ha sido la siguiente:

“La imposibilidad de acceder a un trabajo después de cumplir 35 años de edad lesiona a los y las Ecuatorianas su garantía constitución a la tutela efectiva de su derecho al Trabajo”.

Mi hipótesis queda confirmada mediante la investigación teórica como de campo, porque podemos constatar que el Código de Trabajo, si bien es cierto otorga medidas de acción afirmativa como a personas con discapacidad y adultos mayores, no considera a los ciudadanos económicamente activos, que tienen 35 años de edad, a pesar de que se encuentran en condiciones básicas y elementales para ejercer una actividad laboral, y sustentar mediante está, a sus cargas familiares; lo que definitivamente violenta un principio básico e indispensable como es la igualdad jurídica. Esta violación de la igualdad jurídica afecta gravemente a los trabajadores del país, quienes ven menoscabado un derecho constitucional básico afectándoles social, económica y físicamente.

7.3. Fundamento Técnico-Jurídico de la Propuesta de Reforma Jurídica.

El trabajo es un derecho y un deber social, gozara de la protección del estado, el que asegura al trabajador el respeto a su dignidad , una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia, precepto legal que, sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y que el trabajador al realizar su labor o preste el servicio convenido por las partes, el empleador será responsable y solidario en el cumplimiento de las obligaciones laborales, a más de ser un derecho constitucional conforme lo señala nuestra normativa laboral en el código del trabajo.

Al proponerse y ejecutarse el sistema de dolarización en el ecuador, se justificó por parte de los entendidos en economía el cambio de moneda en el país, y que de éste, nuestra economía iba a cambiar, en especial en cuanto a la inversión interna de otros países, bajos intereses respecto a la banca con el público, y un sistema salarial que satisfaga las necesidades de los trabajadores.

“El pueblo ha sido afectado, en especial a los trabajadores, porque los salarios y remuneraciones no son suficientes para cubrir las necesidades básicas y ser creadores de un sistema económico en crecimiento, de ahí que es imperante investigar esta temática, en relación a la forma de contratación,

la estabilidad laboral, y el crecimiento del mercado laboral; para conocer la realidad de los trabajadores en los diferentes sistemas contractuales, tanto individuales y colectivos, y en éste campo, lograr a través de las conquistas sindicales, una remuneración justa y equitativa, acorde con la vanguardia de un desarrollo competitivo y globalizante, por parte de las empresa estatales, privadas, de economía mixta y otras".

El salario es un tema de exclusivo interés jurídico, y que ha motivado numerosos convenios y recomendaciones de la organización internacional del trabajo y variados pronunciamientos de congresos y foros científicos y nacionales e internacionales, que lo han hecho también objeto de reflexión desde ángulos filosóficos, políticos, económicos y morales. El salario es el centro de atención de la legislación de indias que nos rigiera durante el coloniaje, y de las codificaciones y ordenanzas de políticas regionales y municipales sobre arrendamiento de servicios de jornaleros y sirvientes, dictadas en nuestro país hasta bien avanzada su etapa republicana.

El poder adquisitivo respecto de los salarios debe guardar relación con la productividad laboral, y esto nos lleva a que se consolide a través de las negociaciones contractuales, de los sindicatos, en flexibilizar los incrementos salariales generales y mantenerlo como un tema de negociación en cada empresa.

A la vez, cada organización, por las garantías constitucionales normadas, y específicas en el código laboral, deben negociar libremente las

remuneraciones, como una obligatoriedad entre el patrono y la clase obrera. El sector gubernamental y empresarial está obligado a coincidir en que el pago de las remuneraciones debe estar acorde a la productividad y a sus niveles de ingresos, y que por parte de los legisladores, se considere, el tema de los bonos de eficiencia, vía negociaciones contractuales, para incentivar al trabajador a capacitarse y mejorar su actividad laboral, aplicando la teoría de la productividad laboral, como cambio sustancial de la economía del país.

Considero que el país necesita una legislación más clara, sencilla y directa, para que todos los trabajadores, empiecen a gozar de las garantías establecidas en la carta magna, y que en nuestro código del trabajo, impere normas claras y certeras, para que el empresario sepa que tiene que atender a sus trabajadores, y crear más fuentes de trabajo.

Una vez esquematizado la problemática, es necesario el que se analicen algunos elementos teóricos conceptuales, de las disposiciones constitucionales referentes al problema que investigo, así mismo la naturaleza jurídica de analizar las leyes constantes y las leyes vigentes; para lo cual puedo indicar que el derecho laboral se subdivide en derecho individual del trabajo y derecho colectivo del trabajo. El primero versa sobre las relaciones laborales entre un empleador y un trabajador, mientras que el segundo se refiere a las condiciones comunes de trabajo (especialmente en lo referente a sindicatos y negociación colectiva).

De lo dicho se desprende que el derecho al trabajo nace del derecho laboral colectivo, pues este se extiende como efecto natural a la esfera de las relaciones laborales individuales sin agotarse en estas. Este hecho se justifica ya que la finalidad de defender los intereses de los trabajadores en lo referente al ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones frente al patrono, al estado y a la sociedad en general, se encuentra sin permanente evolución.

Este derecho no es la suma de intereses individuales si no su combinación en busca de satisfacción de una necesidad común a pesar de sus principales efectos económicos se manifiesta en la relación individual, que es la estructura de un mercado laboral, en el cual ha de considerarse los derechos específicos de los trabajadores, respecto de un contrato de trabajo. El Dr. Jorge Vásquez López, nos señala que el derecho al trabajo es en beneficio para todos los trabajadores que están inmersos en el derecho social, y de este en el derecho laboral ecuatoriano, y de carácter personal o individualizado, también nos señala que el fundamento ultimo del derecho laboral es la existencia legal de las relaciones entre empleadores y trabajadores y que son legalmente reconocidas, que actúen en defensa de intereses de los trabajadores.

El reconocimiento de nuestro sistema legislativo a la legitimidad de la existencia de los contratos de trabajo, para mantener las mejores relaciones entre empleadores y trabajadores, y de los derechos laborales individuales

no está en duda ya que la potestad estatal, que permite su existencia y ejercicio, se encuentra en sentido positivo.

Conceptos de derecho laboral.-“Rama diferenciada y autónoma de ciencia jurídica que surgió para disciplinar las relaciones de la prestación subordinada y retribuida del trabajo, ha recibido diversos nombres desde mediados del siglo xx hasta la época contemporánea, en que se consolida como núcleo de doctrina y sistema de norma positiva”. Nos señala que el derecho laboral surge con la finalidad de establecer un equilibrio entre el empleador y el trabajador, en el mantener las relaciones, vinculadas el desarrollo de la empresa, sea está a nivel público o privado, en el mantener dichas relaciones en la armonía, la equidad y la flexibilidad laboral.

Además, considero que el derecho del trabajo, nos lleva a establecer el conjunto de normas y principios teóricos que regulan las relaciones jurídicas entre empleadores y trabajadores y de ambos con el estado, originado por una prestación voluntaria, subordinada. Retribuida por la actividad humana, para la producción de bienes y servicios. Son normas y principios que deben ser conocidos tanto por el empleador como para el trabajador, para que de esta forma se regulen bien las relaciones de trabajo, sin olvidar que el código del trabajo, en su normativa, incluye los principios y características fundamentales de las relaciones entre empleadores y trabajadores, sujetándose a las normas para el buen desempeño de las actividades entre las partes; con el objetivo y propósito de aunar esfuerzos para el adelanto y desarrollo individual, colectivo, empresarial, comercial, económico y social.

El derecho laboral es protector de los derechos de los trabajadores, tradicionalmente la parte más débil en la relación laboral, en que el trabajador es el más débil en la relación laboral, nos da a entender de que el derecho laboral nace como conjunto de normas aisladas y en pequeña cantidad, que están dirigidas a proteger al trabajador y también a pacificar el conflicto social entre los trabajadores y los empresarios, y tiene la finalidad de proteger al trabajador como también de solucionar los conflictos que se dan en el aspecto laboral.

La Constitución de la República del Ecuador determina la obligación de asegurar a todo trabajador. Por lo tanto el trabajador percibirá los derechos de recibir: asistencia médica, cirugías, medicinas, entre otros, de acuerdo al accidente laboral que haya sufrido; e incluso, una indemnización a sus familiares, por muerte o incapacidad permanente. Para ello, los empleadores están en la obligación de afiliar a sus trabajadores al IESS, desde el primer día de labores, ya sea en un trabajo temporal o de prueba.

La Constitución de la República del Ecuador en su art. 325 nos señala: "***Art. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores".***

Existen algunos fundamentos jurídicos en los que he basado y fundamentado mi propuesta jurídica, entre ellos tenemos lo establecido en la

Constitución de la República en el Art. 33 que establece ***"El Trabajo es un derecho y un deber social, fuente de la realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado."***[70]

El trabajo está protegido en todas sus modalidades, siempre que estas sean lícitas por la Constitución, el Código del trabajo. También tenemos como fundamento lo dispuesto en el Art.326. De la misma Constitución en el que se reconoce y garantiza por parte del Estado, el derecho al trabajo y todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomo, el trabajo que desempeñan los obreros y aprendices de artesano constituye una modalidad bajo dependencia. Y según lo manifestado en el artículo 33 tienen derecho a una remuneración justa, digna, que les permita desarrollar una vida decorosa. El Art. 8 del Código de Producción Comercio e Inversión determina que ***"El salario digno mensual es el que cubra al menos las necesidades básicas de la persona.***

Trabajadora así como las de su familia, y corresponde al costo de la canasta básica familiar dividido para el número de perceptores del hogar. El costo de la canasta básica familiar y el número de perceptores del hogar serán determinados por el organismo rector de

[70] Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449 del 20 de Octubre del 2008, 1era Edición, Aporte del Ministerio de Relaciones Exteriores y otras entidades públicas, Pág. 17.

las estadísticas y censos nacionales oficiales del país, de manera anual, lo cual servirá de base para la determinación del salario digno establecido por el Ministerio de Relaciones laborales"[71].

Como vemos en este artículo existe una descripción de lo que constituye el salario digno para el trabajador, en el que contempla la cobertura de la canasta básica, las necesidades del trabajador y las de su familia, a esto aspiramos al referirnos que los operarios y aprendices de artesano merecen un salario digno, y en al artículo 9 del antemencionado Código manifiesta ***"Única y exclusivamente para fines de cálculo, para determinar si un trabajador recibe el salario digno mensual, se sumarán los siguientes componentes:***

a. El sueldo o salario mensual;
b. La decimotercera remuneración dividida para doce, cuyo período de cálculo y pago estará acorde a lo establecido en el Art. 111 del Código del Trabajo;
c. La decimocuarta remuneración dividida para doce, cuyo período de cálculo y pago estará acorde a lo señalado en el Art. 113 del Código del Trabajo;
d. Las comisiones variables que pague el empleador a los trabajadores que obedezcan a prácticas mercantiles legítimas y usuales;

[71] CODIGO DE COMERCIO, PRODUCCIÓN e INVERSION, R.O. No. 351, publicado el 29 de diciembre 2010.

e. El monto de la Participación del trabajador en utilidades de la empresa de conformidad con la Ley, divididas para doce;

f. Los beneficios adicionales percibidos en dinero por el trabajador por contratos colectivos, que no constituyan obligaciones legales, y las contribuciones voluntarias periódicas hechas en dinero por el empleador a sus trabajadores; y,

g. Los fondos de reserva;

En caso de que el trabajador haya laborado por un período menor a un año, el cálculo será proporcional al tiempo de trabajo.

La fórmula de cálculo aquí descrita, en ningún caso significa el pago mensualizado de la décimo tercera, decimocuarta remuneración y de la participación del trabajador en las utilidades de conformidad con la Ley, cuyos montos seguirán percibiendo de modo íntegro los trabajadores y en las fechas previstas por la Ley'"[72].

De estas descripciones de los componentes de un salario digno para el trabajador, podemos deducir que los operarios y aprendices están percibiendo un salario inferior al salario justo y digno, y fundamentándome en el Art. 11 de la Constitución en la que se establece la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos ecuatorianos, me permito proponer una reforma al Código del Trabajo al art. 115 mismo que debe ser derogado por ser atentatorio a los derechos de los operarios y aprendices de artesano como trabajadores

[72] CODIGO DE TRABAJO. ART. 115. EDICIONES LEGALES. ECUADOR

8. CONCLUSIONES

1. El trabajo se constituye en el pilar fundamental del desarrollo económico del país, y por lo tanto es imprescindible para cada uno de los habitantes del Estado.

2. El Derecho Laboral aparece como una rama del Derecho Positivo, y particularmente del Derecho Público, por lo tanto se debe regir estrictamente a su tenor literal, y por ende respetar los derechos del trabajador y regular las relaciones obrero- patronales.

3. La igualdad Jurídica, no implica igualdad para todos y todas, sino más bien, generar políticas públicas que permitan el desarrollo de todas y todos, y por lo tanto se involucren o beneficien a los sectores que son discriminados y no cuentan con las mismas posibilidades.

4. Los Ciudadanos, que de acuerdo a nuestra normativa legal, que gozan de obligatoriedad para ocupar un espacio laboral y trabajar en las empresas públicas y privadas simplemente son los discapacitados.

5. La igualdad y seguridad jurídica, son principios básicos que deben regular a las relaciones laborales, y por lo tanto, garantizar, derechos, deberes y atribuciones.

9. RECOMENDACIONES.

Me permito realizar las siguientes sugerencias o recomendaciones:

1. Al Ministerio de Relaciones Laborales y Asamblea Nacional; puesto que la Constitución de la República del Ecuador, como norma suprema del Estado; está sobre todas las demás leyes, que deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales, por tanto, debe prevalecer los principios que garantizan el derecho a los trabajadores a un trato igualitario y uniforme.

2. Que la Asamblea Nacional legisle a favor de los Trabajadores, leyes que fomenten la igualdad jurídica.

3. Que las Instituciones Públicas y Privadas, generen espacios reales de capacitación, con la finalidad de que los trabajadores de todas las edades, cuenten con la suficiente capacitación y actualización de conocimientos.

4. Que el Gobierno Nacional y por ende el Estado Ecuatoriano a través de sus organismos correspondientes, se busque mejores alternativas y soluciones para los problemas laborales.

5. A los estudiantes de la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia; para que sigan elaborando tesis de grado que permitan la solución de los problemas jurídicos y sociales que se suscitan a diario en nuestro país.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

ASAMBLEA NACIONAL

C O N S I D E R A N D O:

Que la Constitución de la República del Ecuador, es el conjunto de reglas fundamentales que organizan la sociedad, estableciendo la autoridad y el cumplimiento de las garantías de los trabajadores.

Que es indispensable armonizar las normas jurídicas que consagran en el ejercicio del Derecho Social, el derecho de los trabajadores, como es el Código del Trabajo, actualizar y mejorar algunas disposiciones legales, para que este derecho sea justo y equitativo .

Que la Constitución de la República establece como principal principio jurídico que los ecuatorianos y extranjeros que habiten en el territorio ecuatoriano cuentan con los mismos deberes, derechos y obligaciones.

En uso de las atribuciones que le concede la Constitución de la República del Ecuador, Art. 120, numeral 6:

LA SIGUIENTE LEY REFORMATORIA AL:

CÓDIGO DEL TRABAJO

CAPITULO III

De los efectos del contrato de trabajo

Art. 42 Agréguese un inciso que establezca lo siguiente:

El empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, y mantener dentro de su fuerza laboral al menos, el 10 por ciento de personas mayores a 35 años, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad, en el primer año de vigencia de esta Ley, contado desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial. En el segundo año, la contratación será del 15% del total de los trabajadores, en el tercer año el 20%, en el cuarto año el 25% hasta llegar al quinto año en donde la contratación será del 30% del total de los trabajadores, siendo ese el porcentaje fijo que se aplicará en los sucesivos años.

Esta obligación se hace extensiva a las empresas legalmente autorizadas para la tercerización de servicios o intermediación laboral.

Articulo Final.

Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los días del mes de Octubre del 2012

Presidente de la Asamblea Nacional Secretario General

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo, **DERECHO CIVIL: DE LOS CONTRATOS**, s/e, Editorial Zamorano y Caperán, Santiago de Chile, 1976.
- BÉJAR NAVARRO Raúl, **ASPECTOS CULTURALES Y PSICOSOCIALES**, Editado por UNAM, Año de Publicación 1994, México D. F.
- BUCKHARDT François, **L' ASPETTO ARTISTICO NELL OPERA DI MANGIAROTTI**, Domus 807, Septiembre 1998.
- CABANELLAS, Guillermo, **DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL**, Editorial HELIASTA, 14va. Edición, Buenos Aires-Argentina, 2002.
- CALDERA Rafael, **DERECHO DEL TRABAJO**, Editorial Puerto Cabello, Caracas, 1939.
- **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS Y JURISPRUDENCIA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a enero del 2012, Quito-Ecuador.
- **CODIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSION**, Suplemento R.O. No. 351, publicado el 29 de diciembre 2010.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, R. O. Nro. 449 del 20 de Octubre del 2008, 1era Edición, Aporte del Ministerio de Relaciones Exteriores y otras entidades públicas.
- DE BUEN Néstor, **DERECHO DEL TRABAJO**, Editorial Porrúa, 5ta

Edición, México, 1974.

- De la CUEVA Mario, **EL NUEVO DERECHO MEXICANO**, Segunda Edición, POM S.A México 1974.
- DOUCHI Jean Mary, **HACIA EL CERO DEFECTOS EN LA EMPRESA**, De la calidad global (TQC) a los círculos de calidad, Editorial Prince Waterhouse, España 1988.
- FABREGAT Claudio Esteban, **ANTROPOLOGÍA INDUSTRIAL**, 1era Edición, Anthropos Editorial del Hombre, Año de Publicación1984, España.
- GARCÍA Manuel, **CURSO DE DERECHO DEL TRABAJO**, 5ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona-España, 1975.
- LEVI-STRAUSS Claude, **RAZA Y CULTURA**, Colección Teorema, Ediciones Cátedra, Año de Publicación 1996, España.
- **LEY DE DEFENSA DEL ARTESANO**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Actualizada a marzo del 2011.
- **LEY NÚM. 213**, que establece el CÓDIGO DEL TRABAJO. PARAGUAY (Gaceta Oficial, 29 de octubre de 1993, núm. 105 bis, págs. 1-30.)
- **LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO VENEZOLANO** Art. 247-273, Publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.152 Extraordinario de 19 de junio de 1997.
- MALDONADO Tomás, **EL DISEÑO INDUSTRIAL RECONSIDERADO**, 3era Edición, Ediciones G. Gili, CG Diseño, Año de Publicación 1993, España.

- MENDOZA GARCÍA Luis, **DICCIONARIO JURÍDICO**, 1era Edición, Editorial LIPAE, Quito-Ecuador.
- PÉREZ Benito, **DERECHO DEL TRABAJO**, s/e, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1983.
- PIERROTTI Nelson, **TRATADO DEL DERECHO ARTESANAL**, 3era Edición, Editorial Alfaro, México. 1998.
- RAMÍREZ Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Vol. 6 Colección Diccionarios, 8ª Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires-Argentina, 1976.
- ROBALINO, Isabel, **MANUAL DEL DERECHO DEL TRABAJO**, 2da. Edición, Fundación Antonio Quevedo.
- SAMANIEGO CASTRO Víctor, **DERECHO LABORAL**, 1era Edición, Imprenta del Área jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, Loja-Ecuador, Año 2003.
- SILVESTER Hugo, **DICCIONARIO JURÍDICO DEL TRABAJO**, Vol. 7 Colección Diccionarios, 1ª Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires-Argentina, 1960.
- www.definicionelegal.com

11. ANEXOS

11.1. ENCUESTA

Dr. (a)

La presente encuesta tiene como finalidad, recabar su ilustrado criterio sobre mi tesis de grado titulada: **"LA NECESIDAD DE INCLUIR UN NUMERAL EN EL ART. 42 CAPITULO IV. DEL CÓDIGO DE TRABAJO, QUE GARANTICE LA OBLIGATORIEDAD DEL EMPLEADOR DE CONTRATAR EL PORCENTAJE MÍNIMO DEL 30% DE PERSONAS MAYORES A 35 AÑOS DENTRO DE SU PLANTA LABORAL";**

Cuestionario

1.- ¿Considera Usted que El principio de Igualdad Jurídica consagrado en nuestra Carta Magna se cumple actualmente?

Si ( )

No ( )

Porqué……
……
……..

2.- ¿Cree usted que existe igualdad jurídica entre los trabajadores y los servidores públicos?

Si ( )

No ( )

Porqué……
……
……..

3.- ¿Cree usted que los ciudadanos mayores de 35 años, gozan de las mismas oportunidades que los ciudadanos entre 18 y 30 años ?

Si ( )

No ( )

Porqué……
……
……..

4.- ¿Cree Usted que es justo y legal que el Código de Trabajo no establezca parámetros de obligatoriedad para ciertos sectores que sufren de desigualdad de oportunidad laboral?

Si ( )

No ( )

Porqué……
……
……..

5.- ¿Cree Usted que es necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código de Trabajo con la finalidad de que las Instituciones Públicas y Privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad?

Si ( )

No ( )

Porqué……
……

Gracias por su colaboración

11.2. ENTREVISTA

Señor Doctor

La presente entrevista tiene como finalidad, recabar su ilustrado criterio sobre mi tesis de grado titulada: **"LA NECESIDAD DE INCLUIR UN NUMERAL EN EL ART. 42 CAPITULO IV. DEL CÓDIGO DE TRABAJO, QUE GARANTICE LA OBLIGATORIEDAD DEL EMPLEADOR DE CONTRATAR EL PORCENTAJE MÍNIMO DEL 30% DE PERSONAS MAYORES A 35 AÑOS DENTRO DE SU PLANTA LABORAL".**

Preguntas

1.- Cuál es su opinión acerca del Principio Constitucional de la Igualdad Jurídica.

2.- Cree usted que actualmente existe igualdad Jurídica entre los Trabajadores y los servidores públicos.

3.- ¿Cree usted necesaria una reforma legal al Código de Trabajo, con la finalidad de que las Instituciones Públicas y Privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad?

Gracias por su colaboración

11.3. PROYECTO APROBADO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"LA NECESIDAD DE INCLUIR UN NUMERAL EN EL ART. 42 CAPITULO IV DEL CODIGO DE TRABAJO, QUE GARANTICE LA OBLIGATORIEDAD DEL EMPLEADOR DE CONTRATAR EL PORCENTAJE MINIMO DEL 30% DE PERSONAS MAYORES A 35 AÑOS DENTRO DE SU PLANTA LABORAL".

PROYECTO DE TESIS PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA.

AUTORA:

Ana Elena Moser Cazar

Loja – Ecuador

2014

1. TEMA

"LA NECESIDAD DE INCLUIR UN NUMERAL EN EL ART. 42 CAPITULO IV DEL CODIGO DE TRABAJO, QUE GARANTICE LA OBLIGATORIEDAD DEL EMPLEADOR DE CONTRATAR EL PORCENTAJE MINIMO DEL 30% DE PERSONAS MAYORES A 35 AÑOS DENTRO DE SU PLANTA LABORAL".

2. PROBLEMÁTICA.

La Constitución de la República del Ecuador, en todo su texto, garantiza a los ciudadanos un principio básico y universal el mismo que es el Libre acceso al Trabajo, y por lo tanto igualdad de oportunidades; por consiguiente en su Art. 33 establece que "El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado"[73]. Y en concordancia con esta disposiciones legal, los artículos 3, numeral (1), 11, numeral (2), 33, 66, (4). Del Código de Trabajo Garantizan el goce de los derechos, sin ningún tipo de discriminación y con iguales oportunidades. Estas garantías que al parecer se cumplen a cabalidad; en la realidad no cumplen con el objetivo de la ley, y peor aún con el espíritu de la misma, puesto que en reiteradas ocasiones podemos observar a simple vista, por medio de anuncios de periódico, cada vez que se llama por una oferta de

[73] Constitución de la República del Ecuador. Ediciones Legales. 20 de Octubre del 2008. Art. 33

trabajo, se pone límite de edad, **“edad máxima 35 años”,** o **“se necesita señoritas jóvenes de buena presencia entre 18 y 25 años”**; afectando directamente a las personas mayores de 35 años quienes se encuentran en óptimas condiciones de prestar su contingente humano en cualquier institución pública o privada, debido a su experiencia, formación y capacitación.

Sin embargo estas prácticas laborales hacen que los mayores de 35 años se enfrente a un proceso de discriminación sin precedentes, mientras los entes encargados de regular y hacer respetar estos derecho no hacen nada para frenar esta discriminación, que día a día se vuelve parte de la convivencia, sin que nadie se percate o se detenga a observar que se está discriminando. Esta discriminación laboral por edad, hace que los ingresos de las personas empiecen a decaer 10 años antes de lo que sucede en otras economías, por lo que el grado máximo de ahorro puede no ser suficiente cubrir las necesidades del futuro, especialmente cuando no se puede ingresar a trabajar por motivo de la edad.

En este punto nuestros legisladores han dejado de lado el hecho de ser viejo a los 35 años de edad; dejando una ruptura en el marco constitucional y legal, violentando principios básicos como igualdad de oportunidades y no discriminación.

3. JUSTIFICACIÓN.

La investigación jurídica de la problemática se halla dentro del Área del Derecho Público, en la rama del Derecho Laboral, específicamente en el Código de Trabajo; por tanto, se justifica jurídica y académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo, Sustantivo y Adjetivo, que me permitirá optar por el Grado de Abogada.

Socio-jurídicamente la presente investigación es muy necesaria para lograr que las leyes amparen eficazmente a los trabajadores y se aplique lo ordenado por la Constitución de la República del Ecuador, que garantiza el derecho a la tutela jurídica y los derechos de los trabajadores irrenunciables e intangibles, conforme lo señala en su artículo 326, numeral 2.

El problema jurídico y social, materia del proyecto de investigación es significativo, ya que en el ejercicio profesional es muy común observar que los trabajadores luego de haber cumplido cierto tiempo de vida útil, se les dificultad poder acceder a una plaza de trabajo; unido a esto cabe resaltar el hecho de muchas empresa al momento de contratar entre los requisitos mínimos consideran que los postulantes sean menores de 35 años, algo que se puede observar en los diferente anuncios periodísticos-comunicacionales.

Esta discriminación ubica a los trabajadores mayores de 35 años en una situación de desventaja y discriminación absoluta. La Constitución de la República del Ecuador, es completamente garantista y por ende tiene como su principal objetivo el garantizar el efectivo goce de los derechos consagrados en la misma, por ende los trabajadores no son la excepción, y no solo se limita a la aplicación, sino al establecimiento de legislación efectiva que proteja a la clase obrera que es la más débil en una relación laboral. Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios alternativos de carácter jurídico-laboral que la prevengan y controlen en sus manifestaciones.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, cuento con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para realizar un estudio acerca de **"La necesidad de incluir un numeral en el Art. 42 CAPITULO IV. del Código de Trabajo, que garantice la obligatoriedad del Empleador de Contratar el porcentaje mínimo del 20% de personas mayores a 35 años dentro de su planta laboral".**

4. OBJETIVOS

General

Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la Legislación Laboral Ecuatoriana en lo referente a la No Discriminación laboral y a la Igualdad de Oportunidades.

Específicos:

- Demostrar la discriminación en el ámbito Laboral, en personas mayores de 35 años, y la falta de normativa en el Código de Trabajo para que este tipo de discriminación no se cometa.

- Concretar una propuesta jurídica que incorpore al Código de Trabajo del Ecuador, la posibilidad de pedir que las empresas públicas y privadas mantengan dentro de su planta laboral un porcentaje mínimo de personas mayores a los 35 años de edad.

HIPÓTESIS:

"La imposibilidad de acceder a un trabajo después de cumplir 35 años de edad lesiona a los y las Ecuatorianas su garantía constitución a la tutela efectiva de su derecho al Trabajo".

5. MARCO TEÓRICO

El trabajo es un derecho y un deber social, gozara de la protección del estado, el que asegura al trabajador el respeto a su dignidad , una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia, precepto legal que, sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y que el trabajador al realizar su labor o preste el servicio convenido por las partes, el empleador será responsable y solidario en el cumplimiento de las obligaciones laborales, a más de ser un derecho constitucional conforme lo señala nuestra normativa laboral en el código del trabajo.

Al proponerse y ejecutarse el sistema de dolarización en el ecuador, se justificó por parte de los entendidos en economía el cambio de moneda en el país, y que de éste, nuestra economía iba a cambiar, en especial en cuanto a la inversión interna de otros países, bajos intereses respecto a la banca con el público, y un sistema salarial que satisfaga las necesidades de los trabajadores.

“El pueblo ha sido afectado, en especial a los trabajadores, porque los salarios y remuneraciones no son suficientes para cubrir las necesidades básicas y ser creadores de un sistema económico en crecimiento, de ahí que es imperante investigar esta temática, en relación a la forma de contratación, la estabilidad laboral, y el crecimiento del mercado laboral; para conocer la

realidad de los trabajadores en los diferentes sistemas contractuales, tanto individuales y colectivos, y en éste campo, lograr a través de las conquistas sindicales, una remuneración justa y equitativa, acorde con la vanguardia de un desarrollo competitivo y globalizante, por parte de las empresa estatales, privadas, de economía mixta y otras".

El salario es un tema de exclusivo interés jurídico, y que ha motivado numerosos convenios y recomendaciones de la organización internacional del trabajo y variados pronunciamientos de congresos y foros científicos y nacionales e internacionales, que lo han hecho también objeto de reflexión desde ángulos filosóficos, políticos, económicos y morales. El salario es el centro de atención de la legislación de indias que nos rigiera durante el coloniaje, y de las codificaciones y ordenanzas de políticas regionales y municipales sobre arrendamiento de servicios de jornaleros y sirvientes, dictadas en nuestro país hasta bien avanzada su etapa republicana.

El poder adquisitivo respecto de los salarios debe guardar relación con la productividad laboral, y esto nos lleva a que se consolide a través de las negociaciones contractuales, de los sindicatos, en flexibilizar los incrementos salariales generales y mantenerlo como un tema de negociación en cada empresa.

A la vez, cada organización, por las garantías constitucionales normadas, y específicas en el código laboral, deben negociar libremente las

remuneraciones, como una obligatoriedad entre el patrono y la clase obrera. El sector gubernamental y empresarial está obligado a coincidir en que el pago de las remuneraciones debe estar acorde a la productividad y a sus niveles de ingresos, y que por parte de los legisladores, se considere, el tema de los bonos de eficiencia, vía negociaciones contractuales, para incentivar al trabajador a capacitarse y mejorar su actividad laboral, aplicando la teoría de la productividad laboral, como cambio sustancial de la economía del país.

Considero que el país necesita una legislación más clara, sencilla y directa, para que todos los trabajadores, empiecen a gozar de las garantías establecidas en la carta magna, y que en nuestro código del trabajo, impere normas claras y certeras, para que el empresario sepa que tiene que atender a sus trabajadores, y crear más fuentes de trabajo.

Una vez esquematizado la problemática, es necesario el que se analicen algunos elementos teóricos conceptuales, de las disposiciones constitucionales referentes al problema que investigo, así mismo la naturaleza jurídica de analizar las leyes constantes y las leyes vigentes; para lo cual puedo indicar que el derecho laboral se subdivide en derecho individual del trabajo y derecho colectivo del trabajo. El primero versa sobre las relaciones laborales entre un empleador y un trabajador, mientras que el segundo se refiere a las condiciones comunes de trabajo (especialmente en lo referente a sindicatos y negociación colectiva).

De lo dicho se desprende que el derecho al trabajo nace del derecho laboral colectivo, pues este se extiende como efecto natural a la esfera de las relaciones laborales individuales sin agotarse en estas. Este hecho se justifica ya que la finalidad de defender los intereses de los trabajadores en lo referente al ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones frente al patrono, al estado y a la sociedad en general, se encuentra sin permanente evolución.

Este derecho no es la suma de intereses individuales si no su combinación en busca de satisfacción de una necesidad común a pesar de sus principales efectos económicos se manifiesta en la relación individual, que es la estructura de un mercado laboral, en el cual ha de considerarse los derechos específicos de los trabajadores, respecto de un contrato de trabajo.

El Dr. Jorge Vásquez López, nos señala que el derecho al trabajo es en beneficio para todos los trabajadores que están inmersos en el derecho social, y de este en el derecho laboral ecuatoriano, y de carácter personal o individualizado, también nos señala que el fundamento ultimo del derecho laboral es la existencia legal de las relaciones entre empleadores y trabajadores y que son legalmente reconocidas, que actúen en defensa de intereses de los trabajadores.

El reconocimiento de nuestro sistema legislativo a la legitimidad de la existencia de los contratos de trabajo, para mantener las mejores relaciones

entre empleadores y trabajadores, y de los derechos laborales individuales no está en duda ya que la potestad estatal, que permite su existencia y ejercicio, se encuentra en sentido positivo.

Conceptos de derecho laboral.-“Rama diferenciada y autónoma de ciencia jurídica que surgió para disciplinar las relaciones de la prestación subordinada y retribuida del trabajo, ha recibido diversos nombres desde mediados del siglo xx hasta la época contemporánea, en que se consolida como núcleo de doctrina y sistema de norma positiva”. Nos señala que el derecho laboral surge con la finalidad de establecer un equilibrio entre el empleador y el trabajador, en el mantener las relaciones, vinculadas el desarrollo de la empresa, sea esta a nivel público o privado, en el mantener dichas relaciones en la armonía, la equidad y la flexibilidad laboral.

Además, considero que el derecho del trabajo, nos lleva a establecer el conjunto de normas y principios teóricos que regulan las relaciones jurídicas entre empleadores y trabajadores y de ambos con el estado, originado por una prestación voluntaria, subordinada. Retribuida por la actividad humana, para la producción de bienes y servicios. Son normas y principios que deben ser conocidos tanto por el empleador como para el trabajador, para que de esta forma se regulen bien las relaciones de trabajo, sin olvidar que el código del trabajo, en su normativa, incluye los principios y características fundamentales de las relaciones entre empleadores y trabajadores, sujetándose a las normas para el buen desempeño de las actividades entre

las partes; con el objetivo y propósito de aunar esfuerzos para el adelanto y desarrollo individual, colectivo, empresarial, comercial, económico y social.

El derecho laboral es protector de los derechos de los trabajadores, tradicionalmente la parte más débil en la relación laboral, en que el trabajador es el más débil en la relación laboral, nos da a entender de que el derecho laboral nace como conjunto de normas aisladas y en pequeña cantidad, que están dirigidas a proteger al trabajador y también a pacificar el conflicto social entre los trabajadores y los empresarios, y tiene la finalidad de proteger al trabajador como también de solucionar los conflictos que se dan en el aspecto laboral.

La Constitución de la República del Ecuador determina la obligación de asegurar a todo trabajador. Por lo tanto el trabajador percibirá los derechos de recibir: asistencia médica, cirugías, medicinas, entre otros, de acuerdo al accidente laboral que haya sufrido; e incluso, una indemnización a sus familiares, por muerte o incapacidad permanente. Para ello, los empleadores están en la obligación de afiliar a sus trabajadores al IESS, desde el primer día de labores, ya sea en un trabajo temporal o de prueba.

La Constitución de la República del Ecuador en su art. 325 nos señala: ”Art. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con

inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores”[74].

DISCRIMINACION LABORAL POR EDAD EN UN MUNDO QUE ENVEJECE

El presente año la Organización de las Naciones Unidas - ONU, presentó el "Estudio Económico y Social Mundial 2007. El Desarrollo en un Mundo que Envejece", donde destaca el envejecimiento de la población mundial y considera esta situación como una oportunidad para incorporar activamente a los adultos mayores a la sociedad y por ende a la economía. Sostiene que en países en vías de desarrollo el envejecimiento poblacional se está llevando a un ritmo más rápido que en los países desarrollados. Señala también que la discriminación basada en la edad es un problema que se está experimentando en muchos países, invocando a actuar para poner fin a esas tendencias negativas.

Ante esta situación algunas recomendaciones ya han sido emitidas en importantes eventos, tales como el Foro Económico Mundial de Davos reunido en enero del presente año, donde se propuso retrasar la edad de jubilación de los trabajadores europeos a fin de compensar los efectos de la reducción de la fuerza laboral por el envejecimiento de la población de ese continente.

[74] Constitución de la República del Ecuador. Ediciones Legales. 20 de Octubre del 2008. Art. 325

"La situación particular de América Latina fue analizada en la Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento, llevada a cabo en la ciudad de Santiago de Chile en el año 2003. Allí se determinó que el envejecimiento de la población latinoamericana es más acelerado que el frágil crecimiento económico de los países que la integran y que ocurre en un contexto que se caracteriza, entre otros, por niveles altos de pobreza, una alta y creciente participación laboral en el mercado informal y baja cobertura de la seguridad social.

Como se ha visto, globalmente existe una fuerte preocupación en relación a la futura disminución de la fuerza laboral; sin embargo, aparentemente el mundo empresarial va en una dirección contraria a ella; por ejemplo, en España, se ha determinado que el 30% de la población desempleada corresponde a trabajadores mayores de 45 años, siendo los grupos más vulnerables las mujeres y los mayores de 55 años (Fernández, 2006). En el caso de Italia se estima que 700,000 trabajadores están expuestos a la discriminación laboral por edad, por lo que muchos de ellos han optado por la prejubilación (Maldonado, 2007)"[75].

Por otro lado, en la mayoría de países latinoamericanos la presencia de la discriminación laboral por edad aunada a un mercado de trabajo precario y escaso, con deficientes sistemas de salud y seguridad social hacen más

[75] CHAVEZ SALAZAR, Mario, EL DESPIDO INTEMPESTIVO, Segunda Edicion, Quito- Ecuador, Año 2007, pág. 28.

compleja la situación de los adultos que requieren de un trabajo para obtener ingresos que les permita sobrevivir -ya que no disponen de jubilación o si cuentan con ella esta es exigua- posiblemente por no haber logrado un nivel de ahorro suficiente para mantenerse en esta etapa de su vida. En países como México (Morales, 2007); Argentina (Robles, 2006); Chile (La Semana Jurídica, 2001) y muchos otros, la discriminación laboral por edad se ha empezado a hacer notar.

En el caso peruano esto es aún más inquietante ya que esta discriminación no se presenta a partir de los 45 años, como es frecuente en la mayoría de países del hemisferio norte, sino por el contrario se empieza a sufrir antes de los 35 años. Datos interesantes al respecto podemos obtener del estudio realizado por Patricia Vera (Vera, 2006), publicado por la OIT denominado La Discriminación en los Procesos de Selección de Personal en el Perú que analizó las vacantes atendidas por la Bolsa de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), la Red CIL- RO Empleo y que confirmó la existencia de discriminación en los procesos de selección de personal ya que la totalidad de vacantes registradas durante el período de estudio, incluían al menos un requisito discriminatorio, entre estos el sexo y la edad eran los más característicos. Encontró, también, que el promedio de edad exigido en las convocatorias es de 26 años mientras que el límite máximo fluctúa entre los 29 y 36 años dependiendo del nivel de calificación requerido por el puesto de trabajo. Los resultados desagregados por sexo arrojan que los empleadores prefieren a gente más joven cuando ofrecen

vacantes para mujeres, lo que podría estar evidenciando una doble discriminación laboral en el acceso al trabajo.

Desafortunadamente en el Perú, no sólo está probada la discriminación laboral por edad en cuanto al acceso al trabajo, sino también para postular a becas que les permitan continuar con la formación profesional, basta solo ver la página web del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica – CONCYTEC que anualmente convoca su Concurso Nacional de Becas de Postgrado en Universidades Peruanas donde textualmente coloca dentro de los requisitos para postular el "No haber cumplido, respectivamente, 30 y 35 años de edad para los estudios de Maestría y de Doctorado, al cierre de la convocatoria." Lo más extraño es que esta limitación provenga de una entidad estatal cuyo objetivo es promover el desarrollo científico y tecnológico del país.

Otro aspecto importante de analizar es la Teoría del Ciclo de Vida sustentada por Franco Modigliani, Premio Nobel de Economía en 1986 y en la que está basada el sistema privado de pensiones peruano. Esta teoría sostiene que el perfil de ingreso de una persona se inicia cuando se incorpora a la fuerza de trabajo, crece en los años posteriores hasta alcanzar su punto máximo en la edad mediana y luego decrece hasta cierto límite, haciéndolo dramáticamente cuando la persona se retira o se jubila. También postula que las personas desean mantener constante su nivel de consumo durante toda su existencia y que para mantenerlo durante los inicios de su

vida laboral “desahorra”, es decir se endeuda; posteriormente cuando su ingreso alcanza los mayores niveles esta persona ahorra y paga sus deudas finalmente al jubilarse su ingreso laboral cae y debe contar con suficientes recursos para poder utilizarlos en esta etapa de su vida, es decir vuelve a “desahorrar”. En países desarrollados como los Estados Unidos el nivel máximo de ingresos se presenta aproximadamente a los 50 años de edad y la curva se asemeja a una “U” invertida. (Larraín & Sachs, 2002); mientras que en el Perú el ingreso laboral del jefe del hogar con educación secundaria y superior también muestra una curva en forma de U invertida pero alcanza su nivel más alto alrededor de los 40 años a partir del cual empieza a decrecer. (Saavedra & Valdivia, 2003). Estas dos conclusiones evidencian que en nuestro país, quizá como consecuencia de la discriminación laboral por edad, los ingresos de las personas empiezan a decaer 10 años antes de lo que sucede en otras economías, por lo que el grado máximo de ahorro puede no ser suficiente cubrir las necesidades del futuro, especialmente cuando el ingreso declina o es nulo. Falta citara fuente

¿QUIEN ES UN(A) TRABAJADOR(A) VIEJO(A)?

Un adulto es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española un “Llegado a su mayor crecimiento o desarrollo”. Los entendidos en el campo del desarrollo humano o desarrollo del ciclo vital como también suele llamarse, manifiestan que el desarrollo es un proceso complejo que generalmente se divide en tres dimensiones básicas: desarrollo físico, el

desarrollo cognoscitivo y desarrollo emocional-social pero que estas dimensiones se encuentran entrelazadas y se afectan entre ellas a lo largo de la vida humana. (Rice,1997). El estudio del ciclo de vida suele dividirse en tres grandes períodos de desarrollo: infantil, adolescente y adulto. Esta última etapa, que es la que nos interesa, se subdivide en: Juventud o Adulta temprana (de 20 a 40 años); Madurez o Adulta Intermedia (40 a 65 años) y Vejez o Adulta Tardía (de 65 años a más), cada una de estas subetapas cuenta con sus propias características"[76].

Por otro lado, la discriminación laboral por edad es una manifestación directa de distinción que excluye o desfavorece explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a sus años de vida. Este tipo de discriminación está basada en prejuicios, mitos y estereotipos que atribuyen a los trabajadores ciertas aptitudes o falta de éstas, independientemente de sus calificaciones y experiencia laboral (Vera, 2006). A los adultos discriminados se les cataloga como inflexibles, con problemas de salud e indispuestos a aprender o adaptarse a nuevas condiciones de trabajo (Agarwal, 2005) y son excluidos de cualquier proceso de reclutamiento al no permitirles postular por límite de edad.

En un proceso de selección de personal, al que una persona discriminada no puede acceder, una vez concluida la evaluación de las hojas de vida de los postulantes, generalmente se les somete a una serie de pruebas

[76] OSSORIO, Manuel, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Editorial Data Scan, Primera Edición 1999, Guatemala,pág. 954

psicológicas, que de acuerdo a lo que sostienen los autores Apud, E., Gutiérrez,M., Lagos, S., Maureira,F., Meyer,F. y Espinoza, J., permiten seleccionar a aquellas personas cuyas aptitudes respondan a los requerimientos del trabajo. Los factores que evalúan son los siguientes:

Capacidad general: Nivel de inteligencia o habilidad necesaria para adaptarse a situaciones nuevas y para resolver desde tareas simples, concretas, hasta aquellas complejas y abstractas, rapidez para comprender y aprender de la experiencia.

Habilidades específicas: Existen ciertas destrezas que predominan en algunos sujetos, tales como razonamiento mecánico, velocidad perceptual, coordinación, comprensión verbal, etc.

Criterios de personalidad: La personalidad se refiere a aquellos aspectos que distinguen a un individuo de cualquier otro, determinando sus acciones, pensamientos y sentimientos en diversas situaciones y momentos a través del tiempo, tales como equilibrio emocional, subordinación, apertura social, conciencia grupal, responsabilidad, flexibilidad, potencial de liderazgo, agresión y aceptación de riesgos[77].

[77] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, Primera Edición 1979, Undécima Edición 1993, Buenos Aires-Argentina; Pág. 313.

6. METODOLOGÍA

Métodos

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicará el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico, aplicado a las ciencias jurídicas, implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que me propongo realizar; en el presente caso me propongo realizar una investigación socio-jurídica, que se concreta en una investigación del Derecho, tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, relativo al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales. De modo concreto procuraré establecer la insuficiencia de la ley al no permitir fijar medidas cautelares desde el inicio del juicio laboral y los efectos socio-jurídicos de la misma, lo cual me servirá para fundamentar una propuesta de reforma al Código de Trabajo.

Procedimientos y Técnicas

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. El estudio de casos judiciales reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis general.

Los resultados de la investigación empírica se presentaran en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

Esquema Provisional del Informe

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; Introducción;

Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio de dicho esquema, es necesario que éste acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

- ✓ Acopio Teórico;
  - a) Marco Conceptual; el derecho laboral, derecho procesal laboral, el juicio laboral, las medidas cautelares, medidas cautelares en el juicio laboral.
  - b) Marco Jurídico- Laboral; Constitucional, legal y derecho comparado.
  - c) Criterios Doctrinarios; Consulta de autores nacionales y extranjeros.
- ✓ Acopio Empírico;
  - a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas,
  - b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas; y,
  - c) Presentación y análisis de estudio de casos.
- ✓ Síntesis de la Investigación Jurídica;
  - a) Indicadores de verificación de los objetivos,
  - b) Contrastación de las hipótesis,
  - c) Concreción de fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma.

d) Deducción de conclusiones,

e) Planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

7. CRONOGRAMA

Tiempo Actividades	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio	X				
Elaboración del Proyecto de Investigación y Aplicación	X				
Investigación Bibliográfica	X				
Investigación de Campo		X			
Confrontación de los Resultados de la Investigación con los Objetivos e Hipótesis			X	X	
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica				X	X
Redacción del Informe Final, revisión y corrección				X	X
Presentación y Socialización de los Informes Finales (tesis)				X	X

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Recursos Humanos:

- **Director de Tesis:** Por designarse.
- **Entrevistados:** 5 profesionales conocedores de la problemática.
- **Encuestados:**30 personas seleccionadas por muestreo
- **Proponente del Proyecto:** Ana Elena Moser Cazar

Recursos Materiales

	Valor USD.
• Material de oficina	**$ 160**
• Bibliografía especializada (Libros, revistas, etc.)	**$ 250**
• Elaboración del Proyecto	**$ 200**
• Reproducción de los ejemplares del borrador	**$ 200**
• Elaboración y reproducción de la tesis de grado	**$ 600**
• Gastos Varios	**$ 250**
Total	**$ 1.690.00**

Financiamiento

El presupuesto de los gastos que ocasionará la presente investigación, asciende a MIL SEICIENTOS NOVENTA DÓLARES AMERICANOS, los que serán cancelados con recursos propios de la postulante.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ✓ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011.

- ✓ CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011.

- ✓ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, Primera Edición 1979, Undécima Edición 1993, Buenos Aires-Argentina; pág. 313.

- ✓ CHAVEZ SALAZAR, Mario, EL DESPIDO INTEMPESTIVO, Segunda Edicion, Quito- Ecuador, Año 2007, pág. 28.

- ✓ OSSORIO, Manuel, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Editorial Data Scan, Primera Edición 1999, Guatemala, pág. 954.

- ✓ SALVIOLI Fabián: "El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos a partir de las Declaraciones Universal y Americana", en: Relaciones Internacionales N 13; Editorial, Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1997.

INDICES

CONTENIDO **PAG.**

- PORTADA i
- CERTIFICACIÓN ii
- AUTORÍA iii
- CARTA DE AUTORIZACIÓN iv
- DEDICATORIA v
- AGRADECIMIENTO vi

1. TÍTULO 1
2. RESUMEN 2
3. INTRODUCCIÓN 6
4. REVISIÓN DE LITERATURA 9
5. MATERIALES Y MÉTODOS 129
6. RESULTADOS 131
7. DISCUSIÓN 149
8. CONCLUSIONES 161
9. RECOMENDACIONES 162
10. BIBLIOGRAFÍA 166
11. ANEXOS 169