



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Humanidades

A.F Córdova

Escuela de Derecho

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO de

Graduado en Abogado (a) de Los Tribunales y Juzgados por la UIDE

Viabilidad de excepciones en la contratación laboral para empleador en condición

desfavorable

ESTUDIANTE:

LIU ZHENG PENG

DIRECTORA DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

Msc. ALBA GUEVARA BÁRCENAS

Quito, 08 de Mayo del 2024

ÍNDICE GENERAL

Certificación de autoría y honestidad académica

Autorización de cesión de derechos de propiedad intelectual

Agradecimientos

RESUMEN/ ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

Antecedentes, actualidad e importancia del tema	1
Formulación del problema	3
Objetivos.....	3
Estado del Arte y Marco Teórico.....	4
Metodología.....	6

CAPITULO I. MARCO TEÓRICO DE ATENCIÓN PRIORITARIA

1.1. Los fundamentos de derecho de atención prioritaria y su importancia.....	7
1.2. La atención prioritaria a adultos mayores - moral básica de una sociedad.....	10
1.3. Los Jóvenes- Otro grupo de atención prioritaria.....	13

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO EN EL ÁMBITO DE CONTRATACIÓN LABORAL

2.1. Derecho laboral- como un derecho social fundamental	16
2.2. Los fundamentos históricos y teóricos de la protección especial para trabajador.....	18
2.3. Los principios laborales	22
2.4. La legislación actual de contratación laboral del país.....	23
2.5. La importancia de la legislación laboral en perspectiva sociológica	27
2.6. La importancia de la legislación laboral en perspectiva económica	29

CAPÍTULO III. LAS EXCEPCIONES EN CONTRATACIÓN LABORAL Y VERIFICACIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD

3.1. Las excepciones por atención prioritaria en contratación laboral.....	31
--	----

3.2. Introducción de flexiseguridad laboral y sus parámetros.....	34
3.3. Advierte y Evite el abuso del concepto flexibilidad.....	38
3.4. La necesidad del mercado laboral y retroalimentación positiva a los trabajadores.....	39
3.5. Un test de ponderación para examinar la constitucionalidad de limitación de un derecho... <td>42</td>	42

CAPÍTULO IV. DISEÑO DE LAS PROPUESTAS DE LEGISLACIÓN EN CONTRATACIÓN LABORAL Y EVALUACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES.

4.1. Comparación del régimen laboral de China como referencia de las propuestas	48
4.2. Las posibles propuestas de excepciones y diseño de las propuestas óptimas en Ecuador ...	53
4.3. Conclusiones.....	60
4.4. Recomendaciones y llamado a la cooperación social.....	61

BIBLIOGRAFÍA

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y HONESTIDAD ACADÉMICA

Nombre: LIU ZHENG PENG

DNI: 1759840919

Facultad: Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Humanidades A. F. Córdova

Escuela: Derecho

DECLARO QUE

El trabajo de investigación de fin de carrera titulado “Análisis de la viabilidad de las excepciones en la contratación laboral para empleador en condición desfavorable” para optar por el título de abogado (a) de los Tribunales y Juzgados es de mi autoría exclusiva y producto de mi esfuerzo personal;

Las ideas, enunciaciones, citas de todo tipo e ilustraciones diversas; obtenidas de cualquier documento, obra, artículo, memoria, entre otros (versión impresa o digital), están citadas de forma clara y estricta, tanto en el cuerpo del texto como en la bibliografía.

Estoy plenamente informado de las sanciones universitarias y de otro orden en caso de falsedad de lo aquí declarado, en todo o en parte.

Quito, 08 de Mayo de 2024

LIU ZHENG PENG

C.I. 1759840919

AUTORIZACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Yo, **LIU ZHENG PENG**, con cédula de identidad número 1759840919 en calidad de autor del trabajo de investigación **Análisis de la viabilidad de las excepciones en la contratación laboral para empleador en condición desfavorable**, autorizo a la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE), a hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento en Ecuador.

Quito, 08 de Mayo de 2024

LIU ZHENG PENG

C.I. 1759840919

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo investigativo de grado, es el resultado del esfuerzo conjunto de varias personas que han aportado de alguna u otra manera para llegar a consolidarlo.

Primeramente, agradezco al estado constitucional de derechos y justicia- Ecuador, como mi segunda patria.

A la Universidad Internacional del Ecuador por darme la oportunidad de estudiar y porque me han permitido superarme.

A mi directora y tutora del presente trabajo investigativo, abogada ALBA GUEVARA BÁRCENAS, por su esfuerzo y dedicatoria quien, con sus conocimientos, experiencia, paciencia, comprensión y motivación ha logrado que pueda terminar mis estudios con éxito.

A mis docentes, porque han sabido despertar en mí el interés de aprender y superarme día tras día.

LIU ZHENGPENG

RESUMEN:

El derecho laboral como un derecho social fundamental, debe entenderse como un derecho tuitivo, que busca garantizar los derechos laborales de los trabajadores, a quienes tradicionalmente se los identifica como la parte débil de la relación empleador – trabajador. No obstante, el derecho laboral también debe propender al desarrollo productivo y a la generación de plazas de empleo, sin menoscabar los principios laborales y constitucionales.

En este escenario pocos son los estudios de la materia que se enfocan en las circunstancias particulares de los empleadores en la contratación laboral, por ello, la presente investigación intenta buscar y demostrar que es necesario se regule una excepción en la contratación para empleadores en condiciones desfavorables, me refiero a adultos mayores y jóvenes emprendedores.

La excepción que se analiza en este trabajo de investigación, busca otorgar a los empleadores que tienen la condición constitucional de atención prioritaria, flexibilidad en la contratación y desvinculación, para ello se ha realizado el test de ponderación del que se deduce que es plenamente constitucional estipular cláusulas legales de terminación de la relación laboral, según las situaciones de vulnerabilidad que enfrente el empleador de atención prioritaria y sin que ello represente una carga económica al producirse la ruptura del contrato.

Palabras claves: derecho al trabajo, derecho de atención prioritaria, flexibilidad y seguridad.

ABSTRACT

Labor law, as a fundamental social right, must be understood as a protective right that seeks to guarantee the labor rights of workers, who are traditionally identified as the weak part of the employer-worker relationship. Notwithstanding what has been expressed, labor law also aims to promote productive development and the generation of jobs, without undermining labor and constitutional principles.

In this scenario, there are few studies on the subject that focus on the particular circumstances of employers in labor contracting, therefore, the present investigation attempts to search for and demonstrate that it is necessary to regulate an exception in contracting for employers under conditions unfavorable, I mean - older adults and young entrepreneurs.

The exception analyzed in this research work seeks to grant employers who have the constitutional condition of priority attention, flexibility in hiring and dismissal, for this purpose the weighting test has been carried out from which it can be deduced that it is fully constitutional to stipulate legal clauses for termination of the employment relationship, according to the situations of vulnerability faced by the priority employer and without representing an economic burden when the contract is broken.

Keywords: right of work, right of priority attention, flexibility and security.

Introducción

Antecedentes, actualidad e importancia del tema.

La Corte constitucional (2022) en su Dictamen No. 4-22-RC/22 expresó lo siguiente:

“...los derechos constitucionales no son absolutos, la Constitución permite su regulación, desarrollo y ampliación por varias vías. Así, el legislador, en el ejercicio de su competencia de libre configuración del ordenamiento jurídico, puede regular los derechos, y como efecto de esa regulación, los puede limitar. El presidente, en el ejercicio de sus atribuciones extraordinarias en estados de excepción, también puede limitar o suspender derechos específicos establecidos en la Constitución. Los derechos también se pueden desarrollar y ampliar a través de la jurisprudencia y las políticas públicas.” De igual manera, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que los derechos pueden ser limitados cuando establece “32.2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática...”(p. 22 párrafo 84).

“Los derechos de trabajo no son absolutos, sino están limitados por los derechos de los demás”, este párrafo de la Corte Constitucional permite analizar la viabilidad de las excepciones en contratación laboral para los empleadores en condición desfavorable- los empleadores adultos mayores y los jóvenes emprendedores, quienes recién empiezan sus propios negocios¹. En el régimen laboral y la legislación laboral vigente (CRE- OIT- CT...) ha establecido protecciones rigurosas para trabajadores y no ha considerado excepciones racionales para facilitar flexibilidad a los empleadores en condición desfavorable.

A medida que la pandemia y crisis política han afectado la economía frágil del país, el mercado laboral aumentó la tasa de desempleo y subempleo: 21.6% de subempleo; 3.9% de desempleo hasta febrero de 2023. Tal situación llama la atención y nos invita a reconsiderar el régimen laboral y su influencia regulatoria en el desarrollo sostenible del mercado laboral, ya que las soluciones para los problemas económicos y sociológicos del país no solamente son las políticas públicas sino también incluyen una legislación óptima constitucional, especialmente en el ámbito laboral, por lo que se requiere de forma urgente una reforma para adecuarla al desarrollo económico y social.

¹ En este caso, el derecho de cuidado diario y la promoción de sus habilidades de emprendimiento para los jóvenes.

El plan de tesis partirá desde la perspectiva de empleadores con situación desfavorable en el ámbito de contratación laboral, centrando la presente investigación en dos grupos de atención prioritaria: en primer lugar los adultos mayores, cuya situación personal resulta siempre agravada por enfermedades crónicas o de cuidados especiales, sumado a ello los bajos ingresos lo que limita la contratación laboral o en su defecto una terminación contractual por decisión unilateral -despido intempestivo- produce una doble lesión a las partes (empleador-trabajador), en esta línea, se considera que la legislación de contratación laboral no debería solamente favorecer a una parte, sino también tomar en cuenta a los empleadores adultos mayores por sus derechos de atención prioritaria; en segundo lugar, otro grupo de atención prioritaria que merece especial atención son los jóvenes, concretamente los jóvenes emprendedores. La atención prioritaria es un derecho de los jóvenes y esto implica que el estado tiene el deber de promover sus habilidades de emprendimiento².

Sin duda, los jóvenes son el grupo de personas con gran capacidad de aprender e innovar, se adaptan a las tecnologías avanzadas con mayor voluntad y facilidad, por ejemplo, a la “E-business” y a la “IA- tecnología”, etc., sin embargo, se limitan por la carencia de dinero y experiencia, por ello, los jóvenes optan por trabajar como empleados, enfrentándose a la competencia despiadada en el mercado laboral, perdiendo sus pasiones día a día. Siempre hay jóvenes con misión, visión y autodisciplina con iniciativa de emprender bajo el gran riesgo de fracaso y quiebra, por ello, son valientes y a la vez pioneros, abriendo así un camino contra viento y marea, lo importante es que ellos no compiten por los pocos puestos de trabajo que existen, sino crean oportunidades de trabajo con sus actividades de emprendimiento para los demás y para la mejora de esta sociedad. En este contexto es el Estado el que tiene el deber de implementar políticas públicas a fin de apoyar su iniciativa de crecer en el mundo laboral, puesto que, la misma no solamente beneficia a ellos, sino a la sociedad como tal. En el ámbito laboral, las excepciones para los jóvenes emprendedores pueden mejorar el mercado laboral y remediar la situación de desempleo y subempleo, lo que beneficia a los trabajadores.

Denomino a este trabajo de tesis como “*Análisis de la viabilidad de las excepciones en la contratación laboral para empleador en condición desfavorable*”, puesto que se planifica

² Artículo 39 de la CRE.- ...El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento.

investigar si sería viable otorgar excepciones en la legislación de contratación laboral para empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores por las siguientes razones:

- A-Por sus derechos constitucionales de atención prioritaria en perspectiva jurídica;
- B-Por la moral social en perspectiva sociológica, ya que cada persona llega a la vejez y la sociedad tiene responsabilidad de cuidar a los adultos mayores, y los jóvenes emprendedores como la esperanza del estado, deberían ser apoyados en su primer emprendimiento;
- C-Por el desarrollo dinámico y sostenible de economía nacional y creación de más empleos en la perspectiva económico-social, ya que los jóvenes emprendedores son fuente dinámica.

Formulación del problema

Como lo expuesto en los antecedentes, y en consideración de la justicia material y el mejor desarrollo de la sociedad, es importante tomar en cuenta a los empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores, considerar otorgarles algunas excepciones en contratación laboral, no obstante, el derecho al trabajo es un derecho social fundamental establecido en la CRE y protegidos por varios principios, especialmente el principio de intangibilidad y no regresividad, estabilidad de la relación laboral, por lo tanto hay que considerar prudentemente las excepciones que en esta investigación se desarrollará:

¿Por qué considerar las excepciones para los empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores?

¿Cuáles son los fundamentos históricos y teóricos de la protección especial para los trabajadores, si las excepciones para dichos empleadores consistirían una vulneración de los derechos al trabajo y el principio de intangibilidad y no regresividad?

¿Sería viable otorgarles estas excepciones?, ¿cómo diseñar las propuestas de legislación?, ¿con qué parámetros?

¿Si las propuestas diseñadas serían constitucionales, cuáles serían las dificultades de materializarlas?

Para solucionar estos problemas jurídicos, profundizaré en cada aspecto relevante sobre el tema, emprenderé argumentaciones rigurosas por la sensibilidad del tema laboral y su impacto social trascendental.

OBJETIVOS

Objetivo General:

Analizar la viabilidad de varias excepciones para los empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores en contratación laboral, verificando su constitucionalidad.

Objetivos Específicos:

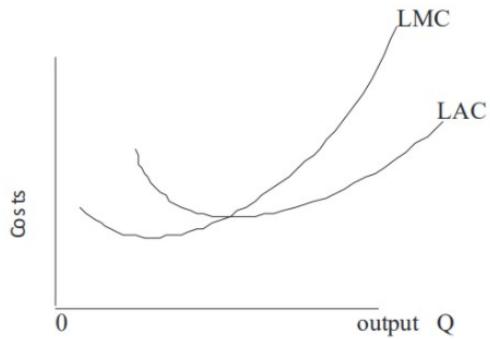
- I. Presentar la situación de los empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores, sus derechos constitucionales y la importancia de estos empleadores para la sociedad;
- II. Analizar los principios laborales, la legislación actual de contratación laboral, los fundamentos históricos y teóricos de la protección especial para los trabajadores, y el grado de desigualdad en contratación laboral;
- III. Diseñar las propuestas de legislación en materia de contratación laboral en perspectiva de economía y derecho comparado;
- IV. Verificar la constitucionalidad de las excepciones para los empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores en contratación laboral por un test de ponderación.

ESTADO DEL ARTE Y MARCO TEÓRICO

Según Rosanvallon (2013) “*los trabajadores como los proletarios vivían en miseria.*” (p. 98). Hoy en día muchos trabajadores todavía no pueden lograr una vida digna. Los derechos de trabajo no fueron regalados sino conseguidos por las luchas continuas de los trabajadores y sus organizaciones en cientos de años, a costa de sangre y lágrimas. Por tanto, la mayoría de las teorías en el ámbito laboral son favorables a una protección rigurosa de los derechos al trabajo y se debe procurar protección a los trabajadores. En el caso de Ecuador, también hay un sistema jurídico riguroso mixto, procesal y sustancial de protección a los derechos del trabajo: CRE- OIT- Código del Trabajo, etc.

Como un estudiante bi-cultural mediante una comparación rigurosa he notado las diferencias del mercado laboral y la legislación laboral entre Ecuador y China, como el Dr. Zengyi Xie (2017) señala que “*la flexibilidad de contratación laboral es uno de los indicadores para examinar el equilibrio de la protección laboral y la contratación libre, la flexibilidad laboral*

adecuada puede incentivar las actividades económicas para generar más empleos y consecuentemente favorecer a los trabajadores”(p. 10). Considero que la máxima rigidez de contratación laboral no puede lograr el fin constitucional “*el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir, y el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo*”, ya que, la seguridad y flexibilidad laboral son dos parámetros interaccionados intrínsecamente.



El Dr. Nicholas Gregory Mankiw señala en su libro *Principles of Economics* (2016) sobre “*el costo marginal*” como el diagrama, la relación entre el cost y output de short-term y longterm es como las curvas mostradas en la tabla, se puede demostrar que ambas curvas tienen un punto bajo y tendencia de crecimiento, en el lado derecho, aunque pongamos

más cost, casi no podemos lograr mucho más output. Este modelo aplicado en el mercado laboral representa que la mayor rigidez laboral no puede resultar en mayores beneficios a los trabajadores, ¿por qué? La rigidez laboral extrema causaría ciertas dificultades para los empleadores en su desarrollo y consecuentemente disminuirán las oportunidades de empleo, y por tanto será más difícil conseguir empleos adecuados para los trabajadores.

Para Diego Becerril Ruiz (2015), “*el conflicto tiene un claro carácter sociológico... la sociología ha sabido mostrar la funcionalidad y valor del conflicto que, entre otras cuestiones, hace posible la estabilidad de la estructura...*” (p. 58), entre trabajadores y empleadores también existe conflictos, pero aparte de los conflictos, la mayoría de tiempo los trabajadores y empleadores trabajan juntos para lograr beneficios comunes, como piedra angular de cooperación y desarrollo social. Entonces en la perspectiva económica y sociológica, teóricamente existe un punto óptimo que es el equilibrio de flexibilidad y seguridad laboral para lograr los mayores beneficios de trabajadores y el mejor desarrollo de los empleadores, así como mejorar la economía nacional, por lo tanto, los dos parámetros son sumamente importantes para el diseño de propuestas de las excepciones para los empleadores, en especial para los legisladores.

No obstante, por la sensibilidad del tema laboral (es decir, por su característica de derecho social fundamental y las posiciones políticas), muy pocas tesis enuncian bien la

correlación entre dichos parámetros, tampoco existen propuestas posibles para la legislación sobre dichas excepciones de los empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores. Otro obstáculo inevitable e indispensable por analizar es el principio de intangibilidad y no regresividad, como la Corte Constitucional señaló en su sentencia 037-16-SIN-CC: “*Principio constitucional de no regresividad de los derechos: Implica que si un derecho constitucional, al momento de su reconocimiento o desarrollo, alcanzó determinado nivel de protección, dicho nivel, no puede ser menoscabado a partir de una regulación normativa.*”, no obstante, la misma Corte en su dictamen No. 4-22-RC/22 expresó “*los derechos constitucionales no son absolutos, la Constitución permite su regulación, desarrollo y ampliación por varias vías.*”, por lo tanto, en la presente tesis se debería emprender un análisis riguroso sobre ¿si las excepciones para los empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores consisten una regresividad de los derechos al trabajo?

Además, por seguridad legislativa, como un investigador responsable debería desentrañar el concepto “flexibilidad laboral”, como Kabat Marina señala en el libro (2020) “*un mecanismo menos formal por el cual se flexibilizaron de hecho las condiciones laborales en las últimas tres décadas, que fue el desmantelamiento de las instituciones estatales que fiscalizaban el cumplimiento de las leyes laborales... en la práctica se transformaron en letra muerta.*” (p. 26). Además, Óscar Contreras (2018), también señala “*el concepto se ha desvirtuado debido a la inclusión indistinta de grupos heterogéneos de variables pertenecientes a diversas formas de análisis*” (p. 728), por lo tanto, se debe desarrollar un análisis riguroso sobre el parámetro flexibilidad para evitar el abuso de la misma en el ámbito laboral. Por esta trascendencia y el vacío teórico existente en la actualidad, voy a elaborar un proyecto que permite enunciar la viabilidad de varias excepciones en la contratación laboral para el empleador en condición desfavorable, en el marco teórico utilizando los siguientes instrumentos jurídicos:

I- Régimen jurídico nacional: CRE- OIT- Código del Trabajo, jurisprudencia, doctrina, etc.

II- Derecho comparado: China, España, Colombia, etc.

III- Teoría básica de economía;

IV- Teoría básica de sociología.

A.5. METODOLOGÍA

Para cumplir los objetivos planteados, se tomará una combinación de metodología cualitativa (primaria) y cuantitativa (secundaria), específicamente como los siguientes:

Utilizaré la metodología cualitativa dentro del marco teórico para esclarecer lo siguiente:

- I-** Las excepciones para los empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores;
- II-** Los fundamentos históricos y teóricos de la protección especial para los trabajadores, sobre vulneración de los derechos al trabajo y el principio de intangibilidad y no regresividad;
- III-** El diseño de las propuestas de legislación, los parámetros;
- IV-** Las dificultades de realizar estas propuestas.

Utilizaré la metodología cuantitativa por las cifras y análisis mayormente obtenido en la página del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a fin de probar lo siguiente:

- I-** La importancia del derecho laboral para la estabilidad social y el desarrollo de la sociedad;
- II-** La correlación de FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD de la contratación laboral;
- III-** La teoría del "COSTO MARGINAL" y su aplicación en el ámbito laboral, etc.

Variables de la investigación

- Variable independiente. - en el análisis de la viabilidad de las excepciones, coexisten dos parámetros: seguridad y flexibilidad laboral.
- Variable Dependiente. - las propuestas de excepciones en legislación laboral, la influencia regulatoria de legislación laboral, el desarrollo sostenible del mercado laboral, los problemas de desempleo y subempleo dependen de muchos factores, los cuales son seguridad y flexibilidad laboral.

Capítulo I. MARCO TEÓRICO DE ATENCIÓN PRIORITARIA

1.1. Los fundamentos de derecho de atención prioritaria y su importancia.

El Capítulo Tercero del Título II de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) establece derechos de atención prioritaria para nueve grupos de personas: adultas y adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras, que recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La presente tesis se enfoca en dos grupos de personas: los adultos mayores y jóvenes, por su relevancia en el tema de contratación laboral, puesto que todos los seres humanos atraviesan las etapas de la juventud y la vejez, por sus propias necesidades, están inevitablemente vinculados en alguna contratación laboral, sea como empleador o trabajador.

En primer lugar, como lo establece la CRE, esta atención es prioritaria y especializada solamente para estos grupos de personas por su vulnerabilidad e importancia social, como se señala a continuación:

1- Vulnerabilidad: por situaciones especiales como la vejez o la carencia de experiencia profesional y dinero, estos grupos de personas no pueden competir por los recursos en el mismo nivel de las demás, agravando su situación de vulnerabilidad día a día., por lo que, considero se les debe proporcionar los bienes y los recursos con prioridad, ya que han contribuido (o contribuirán) para el bienestar de la sociedad; por ejemplo, la mayoría de los adultos mayores han trabajado toda su vida por el bien común y el de sus familias, y los jóvenes van a empezar sus primeros trabajos o emprendimientos. Los adultos mayores están en situación de vulnerabilidad cuando compiten por recursos, ya que, en esta etapa las afecciones a la salud se hacen presentes, colocándolos en situación desfavorable. Para ellos la justicia distributiva es un reconocimiento a sus contribuciones pasadas y futuras, un apoyo social a fin de que puedan tener una vida digna, la atención prioritaria permite que puedan gozar de iguales recursos sociales y evitar la injusticia material.

2- Importancia social: juventud y vejez son dos etapas que todos los seres humanos atraviesan en la vida. Por un lado, se considera jóvenes a quienes están en la etapa ascendente de la vida, pues tienen iniciativa y pasión infinita como actores estratégicos del desarrollo del país³. Su crecimiento es un indicador del futuro de la patria; por otro lado, se considera como adultos mayores a quienes han cumplido 65 años, los mismos que presentan dificultades de percibir

³ Inciso 2 del artículo 39 de la CRE.

un ingreso sostenible, considerando su desgaste físico, pérdida de memoria y en algunos casos enfermedades catastróficas.

En segundo lugar, según el artículo 39 de la CRE, esta atención cubre ambos ámbitos, el público y el privado. Sobre la naturaleza del derecho laboral, existe discrepancia en la academia internacional: En caso de México, José Dávalos (2017) refiere que la doctrina según la cual el derecho del trabajo forma parte del derecho público fue adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En Ecuador, en cambio, el derecho laboral es un derecho público, ya que se impone de manera obligatoria en las instituciones, y regula la voluntad de las partes en la relación laboral. En el caso de China, según lo señalado en la página web oficial del Congreso Nacional de la República Popular de China: “El derecho laboral provino del Derecho Civil, y superó dicho Derecho, gradualmente se desarrolló como una materia independiente. Desde la perspectiva de su naturaleza, el derecho laboral ya no está clasificado en el derecho privado, ya que tiene característica de derecho social. Este concepto fue desarrollado en el siglo XX, y es considerado como el tercer tipo de derecho, aparte de los derecho público y privado.⁴

Pese a esta discrepancia, el artículo 35 de la CRE expresa que la atención prioritaria se aplica en los ámbitos de lo público y lo privado. Obviamente, se aplica en el ámbito laboral, por ejemplo, en caso de despido intempestivo, según regla general⁵, la indemnización depende del tiempo de servicio y para las personas con discapacidad se considera una especial de 18 remuneraciones, tomando en consideración para el cálculo la mejor percibida durante el vínculo laboral.

Se observa que en el ámbito laboral existe mucha protección para los trabajadores de atención prioritaria (mujeres en estado de protección materna), sin embargo, no se considera a los empleadores que comparten la condición de vulnerabilidad. Si bien el derecho laboral o trabajo es una rama que se enfoca en la protección laboral a los derechos de los trabajadores, se considera que la legislación, en el ámbito especialmente del Código del Trabajo, es para regular la relación laboral, en la cual existen dos partes, trabajadores y empleadores. Por lo

⁴ Traducido por LIU ZHENGPENG, Fuente: Administrador del congreso nacional (2006). Instituciones del derecho laboral. [Sesión 18 de la conferencia 10 del congreso nacional]. http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2006-03/21/content_347935.htm#:~:text=%E5%8A%B3%E5%8A%A8%E6%B3%95%E5%8F%91%E7%AB%AF%E4%BA%8E%E6%BO%91%E6%B3%95,%E7%A7%8D%E6%B3%95%E5%9F%9F%E2%80%94%E2%80%94%E7%A4%BE%E4%BC%9A%E6%B3%95%E3%80%82

⁵ Artículo 188 del Código del Trabajo.

tanto, los derechos de atención prioritaria en el ámbito laboral deberían ser recíprocos con los empleadores los cuales son fuente de trabajo.

A continuación, se presenta las situaciones de los adultos mayores y los jóvenes en el país y la relevancia de la atención prioritaria para aquellos.

1.2. La atención prioritaria a adultos mayores - moral básica de una sociedad.

Mencio⁶ (330 A.C, aproximadamente), señaló que “**老吾老，以及人之老；幼吾幼，以及人之幼。天下可运于掌。**” (“Expedid el respeto de los ancianos de la propia familia al de otras familias; gastad el amor de los jóvenes de la propia familia al de otras familias. Si hiciera lo anterior, podría gobernar el estado como si lo estuviera girando en la palma de la mano”)⁷. En China antigua, la moral cumplía un papel sumamente importante para regir el país y resolver disputas, en este contexto, el respeto y la atención prioritaria a los ancianos fueron el núcleo de la moral fundamental en la sociedad. Según la filosofía de Mencio, el orden de una sociedad se fundamenta en el respeto a los ancianos. Por un lado, por sus creencias radicales en las tradiciones de los antepasados⁸ la gente reconoció sus raíces en los apellidos conferidos por sus padres; por otro lado, el respeto a los ancianos hizo a la sociedad más estable y justa: si la gente se preocupaba por tener una vida digna en su vejez, se lo consideraba de mayor valor para la sociedad, y cada uno podía dedicar su vida para la creación de una sociedad armoniosa e ideal.

Hoy en día varios países desarrollados en Europa y Norteamérica aplican las políticas de bienestar que garantizan a los adultos mayores a recibir buenas pensiones jubilares del Estado, gozar de servicios públicos gratuitos y medicina gratuita. A pesar de las críticas de algunos sobre dichas políticas que causan agotamiento de los recursos públicos del Estado, nos preguntamos lo siguiente: ¿por qué mucha gente latinoamericana quiere emigrar a estos países? seguramente algunos han escuchado sobre la Trampa de la Renta Media⁹, o, lo que es

⁶ un filósofo chino, (372 a. C.-289 a. C.).

⁷ Traducido por LIU ZHENGPENG.

⁸ La gente antigua creía que los antepasados no murieron, sino entraron a otro mundo para bendecir a sus descendientes. En China antigua, la selección de los oficiales del estado dependió si ellos respetaron sus antepasados, aún hoy en día la gente prefiere no cooperar con personas que abandonan sus padres, ya que una persona egoísta que no trata bien sus propios progenitores, ¿cómo podría tratar bien a los otros o gobernar adecuadamente un estado?

⁹ Se considera a modo de una trampa, puesto que la riqueza de los países categorizados como atrapados en renta baja se queda paralizada entre el aumento de los importes laborales y la disminución de la competitividad de los costos en este caso no se puede prosperar más allá, por la incapacidad de los primeros de transitar de bajo a alto valor añadido. La economía no logra salir del ciclo de dicho enredo, porque las contradicciones acumuladas durante el rápido crecimiento

más miserable aún, sobre el ciclo de la pobreza (Chossudovsky, Michel. 2002), que se aplica en los países de África donde hay muchísimos recursos naturales como oro, diamantes, aluminio etc. No obstante, en estos países la mayoría de las personas no tiene esperanza y quieren ganar rápidamente una gran cantidad de dinero, sea por asalto o corrupción, para escaparse de dichos países, ¿por qué? Por el círculo vicioso de falta de confianza en la propia sociedad y de seguridad en el futuro. En cambio, en el caso de Dinamarca, no se puede decir que posea tantos recursos naturales, ni siquiera de energía solar, por su alta latitud, sin embargo, por su régimen social y moral óptimo, el Estado ha alcanzado un desarrollo próspero por los esfuerzos del pueblo de varias generaciones, desde la Segunda Guerra Mundial. Si una persona latinoamericana tiene la suerte de emigrar a Dinamarca, va a quedarse allí tranquilamente hasta su fallecimiento, porque su vida futura de jubilado estará garantizada. En fin, se afirma que, por un lado, la atención prioritaria para los ancianos es producto de una moral fundamental que afecta el orden de la sociedad de forma sobresaliente; por otro lado, es un principio de justicia básica que garantiza una vida digna para los adultos mayores, porque la mayoría de ellos ha contribuido para el bien de la sociedad y de los demás, y merece la atención prioritaria en la vejez.

Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia en vías de desarrollo:

Por un lado, la CRE, las leyes y la jurisprudencia establecen una garantía de protección sistemática a los derechos de atención prioritaria de los adultos mayores: Los derechos que constan en el artículo 37 de la CRE son los siguientes: la atención gratuita y especializada de salud, el trabajo remunerado, la jubilación universal, las rebajas en los servicios públicos y en servicios privados, exenciones en el régimen tributario y exoneración del pago por costos notariales¹⁰ y registrales, una vivienda que asegure una vida digna; y, el numeral 9 del artículo 11 de la CRE establece que el Estado tiene su deber más alto de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, para cumplir este deber y garantizar los derechos referidos.

económico estallaron de manera concentrada. El mecanismo progreso y el modelo de desarrollo originales no pudieron hacer frente con eficacia a los riesgos sistémicos resultantes, y consecuentemente la expansión económica fue propensa a fluctuaciones o estancamientos importantes.

¹⁰ Según el artículo 126 del REGLAMENTO DEL SISTEMA NOTARIAL INTEGRAL DE LA FUNCIÓN JUDICIAL expedida por la resolución Nro. 216-2017 del Consejo de la Judicatura, Las personas adultas mayores se encuentran exentas en el pago de la tarifa en los actos que contengan su única y exclusiva declaración de voluntad los cuales se detallan a continuación: ... Para el caso de contratos bilaterales, los adultos mayores pagarán el cincuenta por ciento (50%) por la tarifa del servicio, estandoles prohibido asumir el pago del porcentaje que corresponda cubrir a los demás intervinientes.

El artículo 38 de la CRE señala que el Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, etc., especialmente, se observa que el Estado deberá fomentar el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas, particularmente establece nueve medidas en este artículo, en los cuales los siete derechos se encuentran estipulados en el artículo 37 de la CRE. Aquí cabe recalcar la autonomía personal y participación en las políticas de los adultos mayores. El declive físico y mental no significa la pérdida del juicio de pensamiento, sino más bien que ellos tienen mejor juicio por sus experiencias acumuladas por más de 65 años de vida, como lo establece el artículo 3 literal d) de la ley orgánica de las personas adultas mayores, “*lograr la inclusión de las personas adultas mayores y su autonomía, teniendo en cuenta sus experiencias de vida y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos*”. Por tanto, ellos pueden participar en las políticas sobre sus propios beneficios y las actividades civiles y laborales que son indispensables en su vida diaria, dentro de las cuales la contratación del cuidado diario es el servicio que necesitan más en esta etapa.

Desafortunadamente, debido a la carencia de recursos presupuestarios (dicha carencia es causada por el problema del desarrollo y régimen del Estado, no es por la carencia de recursos naturales, pues, por el contrario, Ecuador es un país abundante en recursos) y la situación de endeudamiento del Estado, los derechos de los ciudadanos adultos mayores no se pueden cumplir en la medida exigida, traduciéndose exclusivamente en declarativas.

Según datos estadísticos de 2009, de Salud, Bienestar y Envejecimiento del Instituto Nacional de Estadística y Censos (en adelante “INEC”), hay en total 1.229.089 personas mayores a partir de 60 años en el país que corresponden 8,8% de la población nacional, y 10.7% de ellos viven solos, lo que corresponde a 131.512 habitantes mayores de edad. Esta cifra referencial no es estática, sino dinámica, porque la vejez es una etapa de vida de todas las personas. A fin de garantizar sus derechos, se debe considerar en esta etapa las siguientes cuestiones: ¿cuál es la necesidad más real para ellos? ¿La atención gratuita y especializada de salud o el trabajo remunerado? Según una cifra de la página web del Ministerio de Inclusión Económica y Social¹¹ (Dirección población adulto mayor, 2020), de los adultos mayores 45% viven en condiciones de pobreza y extrema pobreza, 42% vive en el sector rural, 14,6% de

¹¹ <https://www.inclusion.gob.ec/direccion-poblacion-adulta-mayor/>

hogares pobres se compone de un adulto mayor viviendo solo, 14,9% son víctimas de negligencia y abandono, 74,3% no accede a seguridad social de nivel contributivo, etc.

Como se observa, la mayoría de los adultos mayores en el país no tienen o no pueden trabajar. Aun si pudiesen trabajar no podrían conseguir puestos de trabajo apropiados, a su vez que ellos viven de pequeñas pensiones jubilares (muchos ni siquiera tienen acceso a una jubilación, por tanto, no generan ingresos) o con poco apoyo de sus hijos (un gran porcentaje de ellos sufre negligencia y abandono), y por la carencia de los recursos presupuestarios. El Estado o las empresas privadas no pueden ayudarlos con más ingresos, ni con el aumento de pensiones de jubilación. De lo citado se desprende que la necesidad más urgente para ellos no es un trabajo remunerado, sino la garantía de los servicios públicos y privados que garantice su derecho a la salud y una vida digna, lo que se traduce a servicios de calidad.

Cuando pierdan la capacidad de cuidarse solos, especialmente aquellos que sufren enfermedades crónicas o degenerativas¹², necesitarán contratar personas de cuidado diario para garantizar su derecho al buen vivir. Por tanto, la contratación de personal capacitado, es una necesidad indispensable para un gran número de personas adultas mayores, lo cual favorece a garantizar sus derechos constitucionales, gozando de una vida digna, lo que permite asumir que la presencia de adultos mayores en el ámbito laboral, en casos mayoritarios, son como empleadores y no como trabajadores. Justicia para ellos es que puedan tener los mejores servicios públicos y privados a menor costo, con sus exiguos ingresos, que en algunas ocasiones provienen de pensiones jubilares, o la ayuda de sus familiares.

1.3. Los jóvenes- Otro Grupo de atención prioritaria

Para introducir el tema de los jóvenes, se presenta la frase del pensador patriota chino Liang Qichao¹³ “*si los jóvenes son fuertes, el estado será fuerte.*” (febrero de 1900). En esa época China había sufrido la situación de monarquía absoluta, guerra civil, carencia de comida y pobreza extrema, tales factores influenciaron generando un círculo vicioso sin

¹² El artículo 38.8 de la CRE: Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

¹³ Erudito, periodista, filósofo y político. (1873-1929)

salida¹⁴. En tal situación, Qichao pensó profundamente en cómo podría cambiar el dialeto del país: la solución está en los jóvenes, ya que su fuerza, ánimo e inteligencia contribuye a mejorar toda la sociedad para alcanzar la prosperidad, y con este progreso salvar al país de los conflictos del círculo vicioso.

Por lo tanto, no es menos cierto que nunca serán suficientes las inversiones y apoyo dados para los jóvenes, de quienes depende el futuro próspero de un país. Por ejemplo, en China el Estado proporciona a los jóvenes que recién salen de la universidad un préstamo de hasta un valor más o menos equivalente a USD 1500 (el valor concreto depende de qué provincia), el cual podrán saldar al estado en unos años y sin ningún interés, para su fondo de inicio de negocios.

En Ecuador, la Constitución no ha definido en qué rango de edad se considera joven como en el caso del adulto mayor, según el artículo 1 de la Ley orgánica de juventud, “*se considera joven a todas las personas comprendidas entre los 18 y 29 años de edad.*”, en la presente tesis se adopta la definición de la Ley Orgánica de la Juventud: 18-29 años de edad. La Constitución, en el inciso 2 del artículo 39, reconoce a los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país y dicho artículo establece los derechos de atención prioritaria de los jóvenes como los siguientes: educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación; a través de políticas y programas, instituciones y recursos promoverá su efectivo ejercicio; participación e inclusión en todos los ámbitos; acceso al empleo y la promoción de emprendimiento.

Específicamente, la Ley Orgánica de la Juventud, en el Capítulo 1, ha establecido los siguientes derechos: “participación y organización social; salud; actividad cultural; tecnologías de la información; trabajo digno; educación; educación sexual; acceso al sistema financiero; acceso a la justicia; información sobre libre movilidad responsable y migración segura; práctica del deporte, educación física y recreación.”

En esta sección se enfoca en los derechos de acceso al empleo y la promoción de emprendimiento, ya que los mismos son los más trascendentales para el desarrollo de la economía y la sociedad. En primer lugar, el derecho de acceso al empleo está cumplido en el ámbito laboral, y consta en el artículo 34.1 del Código del Trabajo, ya que garantiza un porcentaje mínimo de trabajadores entre 18 y 29 años en las empresas, y corresponde al

¹⁴ La situación mala se repite de forma sistemática, por ejemplo, la pobreza causó guerra civil, y la guerra causó más pobreza.

Ministerio del trabajo regular un porcentaje coherente de personal joven, Por lo tanto se emitió el Acuerdo Ministerial MDT-2016-0158, según el artículo 3 de este documento, establece, por ejemplo, la actividad de agricultura y plantaciones, el porcentaje es 3 por cada 10, y en el artículo 16 del mismo acuerdo ministerial establece que se realizará una inspección bimensual de cumplimiento de los derechos de los trabajadores. Dicha garantía refleja la finalidad constitucional de impulsar el empleo juvenil, participación e inclusión en el trabajo. Sin embargo, comparado con el derecho al empleo, la promoción de emprendimiento no ha sido bien considerado en las legislaciones, pues sobre este no hay políticas, programas, instituciones ni recursos por parte del Estado Ecuatoriano.

Es de suma importancia analizar que los jóvenes emprendedores son los recursos estratégicos del Estado, imagínese si Ecuador tuviera los emprendedores jóvenes como Bill Gates, Steven Jobs, Jack Ma, etc., ¡cuán desarrollado estaría el país! No obstante, rara vez se escucha este tipo de historias en Ecuador. Se refieren con más frecuencia acerca de la familia Noboa, Lasso, etc., como los poseedores de los beneficios adquiridos o los monopolistas de los recursos comunes, etc. ¿Cómo, entonces, la sociedad podría ser dinámica en su camino hacia adelante, hacia el desarrollo?

Veamos la situación de empleo de los jóvenes. En el Resumen Ejecutivo del Estudio de Empleabilidad Juvenil No. MDT-DIET-0111-2021, hasta junio de 2021 el Ministerio de Trabajo publicó las cifras de 4,49 millones de jóvenes entre 15 y 29 años de edad, de los cuales, el 64,9% de los jóvenes tienen un empleo no pleno y el 9,6% se encuentra desempleado. Estas cifras de subempleo y desempleo de los jóvenes son más altas que las globales y son pésimas, ya que son obtenidas con base en la obligación de porcentaje de las empresas por el artículo 34.1 del Código del Trabajo y la promoción de inclusión por el Ministerio del Trabajo. ¿Por qué son mucho más altas las tasas de desempleo y subempleo entre los jóvenes? Según conversaciones informales con amigos ecuatorianos, el país carece de puestos de trabajo. Si una persona quiere conseguir un simple puesto de trabajo con más seguridades, se necesita alguna relación familiar o de amistad con el personal en la misma entidad, y esta relación como recurso social es de lo que carece la mayoría de jóvenes recién egresados del colegio o de la universidad y, además, ellos no tienen mucha experiencia ni dinero, o muchos de ellos no tienen opción de desarrollarse en su ámbito laboral que le apasiona. Por lo tanto, los jóvenes sufren la más alta tasa de subempleo y desempleo.

No obstante, como se expuso anteriormente, siempre hay jóvenes emprendedores que no quieren depender de otros; que poseen misión, visión y autodisciplina e iniciativa para emprender, bajo el gran riesgo de fracaso y quiebra. Por ello, son valientes y a la vez pioneros, abriendo así un camino contra viento y marea. Lo importante es que ellos no compiten por los pocos puestos de trabajo que existen, sino crean oportunidades de trabajo por sus actividades de emprendimiento para los demás y para el mejoramiento de la sociedad. Por ello los jóvenes, son el recurso más precioso de la sociedad, y también uno de los objetivos a analizar en la presente tesis, razón por la que se considera que sí vale la pena una ponderación entre sus derechos de promoción de emprendimiento y el régimen estricto de protección de los trabajadores a fin de encontrar un punto óptimo para el mejor desarrollo de esta sociedad y de este país.

Capítulo II. MARCO TEÓRICO EN EL ÁMBITO DE CONTRATACIÓN LABORAL.

Después de la exposición acerca de los empleadores, adultos mayores y jóvenes, sus derechos fundamentales, constitucionales, de atención prioritaria y sus situaciones en contratación laboral, cabe considerar otorgarles algunas excepciones en su calidad de empleadores. No obstante, el derecho laboral de los trabajadores es un derecho social fundamental establecido en la CRE, en los convenios de la OIT, en el Código del Trabajo, etc., y varios principios rigen el ámbito laboral, dentro de los cuales los más relevantes por discutir en el presente trabajo son la intangibilidad y no regresividad, la estabilidad y la continuidad de relación laboral.

Por el problema formulado, antes de llevar a cabo el análisis de las excepciones para los empleadores, se debe indagar el por qué los trabajadores están gozando y deberían percibir de una protección estricta por el régimen laboral establecido por la CRE, las leyes y los principios referidos. Adicionalmente, aparte de la perspectiva jurídica, también es relevante enunciar la importancia del mercado laboral en ambas perspectivas, sociológica y económica, para alcanzar los objetos del presente capítulo.

2.1. Derecho laboral, como un derecho social fundamental.

Este subcapítulo comienza con la interrogación del alma. Si bien Charles Darwin dice “Survival of the fittest¹⁵”, ¿por qué el ser humano cuida personas vulnerables como un adulto mayor, un niño o una mujer embarazada según su propio instinto natural, diferente al de los animales? Según el criterio somero de este autor, porque nuestra sociedad es un conjunto de todas las personas, el ser humano como supuesto “ganador” en la competición natural con las demás especies en este planeta. Es así como un conjunto de personas constituye una sociedad y, con la fuerza de la sociedad, todos logramos desarrollos, progresos, incluso milagros en la historia humana, y estos no por una, ni para una sola persona, sino para la sociedad integral. Por ejemplo, con la fuerza una persona normal no puede ni pelear con un perro grande, empero nuestra sociedad, el conjunto de ser humano logró visitar la Luna, logró extraer y modificar el ADN, convertir la reacción nuclear a energía limpia casi inagotable, etc., porque nosotros nos cuidamos y cooperamos para el progreso de nuestra sociedad.

Ahora bien, desde este concepto básico, entendemos el por qué tenemos un gobierno y los ordenamientos que debemos obedecer, por la regulación de las actividades entre los individuos y el colectivo hasta lograr una finalidad común: la mejora del conjunto- la sociedad de todas las personas. Estos ordenamientos se pueden dividir como derecho público y derecho privado. El primero regula las relaciones entre las personas privadas con los órganos públicos e introduce la intervención del Estado en las actividades privadas. ¿Por qué se necesita esta intervención del Estado? Por la desigualdad inevitable y la protección de las personas vulnerables para lograr la justicia material de distribución de los recursos en la sociedad.

Aristóteles definió la justicia como justicia conmutativa y distributiva: la primera implica que uno recibe lo mismo que uno hace, y, la segunda atribuye bienes iguales a personas iguales. En el caso concreto de una sociedad, debemos considerar profundamente qué forma de justicia se debe aplicar en la distribución de los recursos sociales. Existen ciertas excepciones entre personas desiguales, como adultos mayores o mujeres embarazadas, no porque no quieran hacer más para lograr lo mismo, sino por su vulnerabilidad ya que no pueden hacer lo que hacen los demás. Por lo tanto, para aquellos no debería aplicar la justicia conmutativa, sino la justicia distributiva para la protección de su vulnerabilidad y lograr la justicia material. Así que se puede explicar que la intervención del derecho público es para lograr este referido fin.

¹⁵ Traducción: Supervivencia del más apto.

El derecho social nace del derecho público. Según la definición de la Asamblea Nacional Popular de China, es el conjunto de ordenamientos que regulan las relaciones laborales, seguridad social, los derechos de personas vulnerables, organizaciones sociales, etc.¹⁶ Por el impacto trascendental de las dos revoluciones industriales, la movilización desde el campo a la ciudad generó una nueva clase social, un nuevo grupo de personas vulnerables: el trabajador proletario que gana poco salario y vive con bajos recursos.

Lamentablemente, en esa época fueron tratados como máquinas vivas por los llamados capitalistas, quienes se aprovecharon de ellos. Consecuentemente, los movimientos de trabajadores, después de numerosas luchas donde se derramó sangre y lágrimas, alcanzaron sus derechos laborales como derecho social fundamental reconocido por la Constitución. Por todo esto, los trabajadores en todas las sociedades han alcanzado la protección de sus derechos en la mayoría de países. Julio Armando Grisolia (2016) señaló que “El derecho del trabajo contiene normas imperativas, que restringen la autonomía de la voluntad, porque las partes se encuentran en una evidente desigualdad, debido a la hiposuficiencia, desigualdad e inferioridad prenegocial del trabajador” (p. 11). La definición del derecho laboral en China, un país de derecho estatutario, es el conjunto de las normativas promulgadas con base en la Constitución para proteger los derechos de trabajador, regular las relaciones laborales, establecer y mantener un régimen laboral óptimo para el desarrollo económico y el progreso social. Se concluye que el derecho laboral es una de las ramas más importantes del derecho social fundamental y tiene suma importancia para cada aspecto de la sociedad.

2.2. Los fundamentos históricos y teóricos de la protección especial para el trabajador.

En cuanto al fundamento histórico, es indispensable mencionar la primera Revolución Industrial en los siglos XVIII y XIX. No es menos cierto que hubo un gran progreso en el avance tecnológico y la producción. Fue una revolución de cada aspecto de la sociedad. En resumen, transformó la forma de producción, impulsó la economía de mercado y la concentración de población urbanizada. La tercera parte es más relevante para los estudios sociológicos. Cabe mencionar que en esa época, por la alta demanda de labor en las urbes, la población se concentró en las grandes ciudades, y los trabajadores, en su mayoría, se

¹⁶http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202011/t20201130_309000.html#:~:text=%E7%A4%BE%E4%BC%9A%E6%B3%95%EF%BC%8C%E6%98%AF%E6%8C%87%E8%A7%84%E8%8C%83,%E4%BF%9D%E9%99%A9%E6%B3%95%E3%80%81%E5%AE%89%E5%85%A8%E7%94%9F%E4%BA%A7%E6%B3%95%E7%AD%89%E3%80%82 (Página oficial de la Asamblea Nacional Popular de China, consultado el 09 de noviembre de 2023, Traducido por LIU ZHENGPENG)

convirtieron en obreros en cada sector de la producción, lo que causó un cambio estructural de la sociedad y de ahí se generó la clase trabajadora.

Perseguir el mayor beneficio personal es un instinto de ser humano. Los empleadores también actúan por este instinto. En aquella época, incluso algunos de esos empleadores trataron a los trabajadores como animales o máquinas vivas, por lo que la situación de los trabajadores fue de mal en peor. Eran personas libres, pero dependientes de los llamados capitalistas, porque vivieron pésimamente con el poco salario que no les garantizaba una vida digna. Fueron llamados *proletarios* por los comunistas, ya que no tenían bienes personales, como afirmó Rosanvallon (2013): “los trabajadores como los proletarios vivían en miseria.” (p. 98), y esta miseria subsistió hasta el siglo XX.

Casi en la misma época y en paralelo con la revolución industrial, surgió la teoría del Contrato Social¹⁷, que fue la teoría fundamental de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁸ y de la Declaración de independencia de EEUU¹⁹. Su autor, Rousseau, creía profundamente en esta teoría, principalmente en que la sociedad se constituye por el contrato de los individuos entre sí mismos, y entre el Estado constituido y los individuos.

El principio contractual implica que todos deben cumplir el contrato desde el momento de su suscripción. Sin embargo, el filósofo antiguo chino Lao-Tse había dicho “extrema resulta contrario²⁰”. Con estas palabras, predijo exactamente la situación que seguiría al contrato social, pues este tenía algún problema que no se podía solucionar: la división de la sociedad. Con la aplicación del Contrato, la sociedad se dividió en tres grupos: primero, los trabajadores que eran la mayoría de población y vivían en miseria, trabajando mucho, pero ganando poco; segundo, los empleadores, que eran una minoría, pero poseían la mayoría de patrimonios sociales, monopolizaron los recursos estratégicos y ganaron muchos beneficios, y, tercero, el grupo “neutral”, el Estado con base en los principios fundamentales como la inviolabilidad de la propiedad privada.

La nulidad del contrato puede entenderse por medio de una analogía: la de una “lesión enorme”. En derecho civil, la institución civil puede alegar la nulidad del contrato al sufrir dicha “lesión enorme”. Sin embargo, por el instinto humano de perseguir mayor beneficio

¹⁷ El contrato social, escrito por Jean Jacques Rousseau y publicado en 1762.

¹⁸ El 26 de agosto de 1789, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa.

¹⁹ El 4 de julio de 1776, ratificada por 56 delegados del Congreso Continental.

²⁰ Las cosas se desarrollarán en sentido contrario cuando se vuelvan extremas.

personal, no hubo un mejor mecanismo para modular dicho problema social. El propio mecanismo, que provenía del contrato social, dejó de surtir el efecto debido, ya que, por ley, el derecho de propiedad adquirido fue sagrado e inviolable. En aquella época, el Estado no tenía la potestad conferida por la constitución, para redistribuir el tesoro social para llegar a la justicia material tan importante para el progreso del conjunto de la sociedad. ¿Qué devino de todo esto? Los movimientos de trabajadores (que no deberían ser llamados movimientos sino “convulsión”. Un evento típico en EEUU fue el “*Great Railroad Strike of 1877*” también llamado “*Great Upheaval*”, causado por la reducción del salario de los trabajadores en la Compañía Railroad. A causa de sus bajos salarios, y de su misera vida, aproximadamente 10.000 trabajadores participaron en el paro, el mismo que duró 45 días hasta que fue reprimido por los militares de EEUU (Wolmar, 2012).

En Ecuador, la matanza del 15 de noviembre de 1922, fue el primer baño de sangre del proletariado ecuatoriano²¹. Movimientos similares subsistieron en EEUU, Europa y todo el mundo hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. Por este motivo, muchos Estados tomaron en cuenta la importancia de corregir la injusticia material causada por la desigualdad entre las partes, producto del Contrato Social referido.

Es cierto que los trabajadores, los proletarios, vivían en la miseria en aquella época. Aún hoy en día muchos trabajadores viven pésimamente y en la miseria. Los derechos laborales fueron alcanzados gracias a las luchas continuas de los trabajadores y sus organizaciones en muchos años. No los recibieron naturalmente, ni les fueron regalados, sino alcanzados al costo de sangre y lágrimas de los trabajadores en sus luchas por la dignidad y el buen vivir, con gran determinación y valor en contra de los órganos estatales y de la represión cruel de policías y militares manipulados por los “capitalistas”. Gracias a estas luchas, hoy en día tenemos los derechos laborales, que dignifican a los trabajadores, que son el camino para una vida decorosa, con remuneraciones y retribuciones justas, y que promueven el desempeño de un trabajo en un ambiente saludable, trabajo libremente escogido o aceptado. Y también es cierto que los trabajadores están en desventaja en la contratación laboral, ya que existen muchas estafas laborales y remuneraciones sin cancelar, incluso se pide a los trabajadores que paguen su aprendizaje etc. Necesariamente, el Estado tendría que dejar de ser el “tercero neutral”, asumir su responsabilidad e intervenir en la redistribución del tesoro nacional para garantizar al trabajador una vida digna y seguridad social.

²¹ <https://www.inclusion.gob.ec/direccion-poblacion-adulta-mayor/> (Página oficial del Ministerio de cultura y patrimonio. A las víctimas de la masacre de 1922. Consultado en 16 de Noviembre de 2023)

Desde una perspectiva histórica, hoy en día se protege al trabajador de la injusticia material, de la desigualdad imperante entre empleador y trabajador. Por lo tanto, el derecho laboral tiene el carácter de derecho público con intervención forzosa del Estado para garantizar a los trabajadores una condición igualitaria en la contratación y garantizar las cláusulas intangibles en el contrato laboral, es decir, con la intervención del Estado, los trabajadores logran igual posición que los empleadores en la contratación, y el segundo de estos debe obedecer las reglas imperativas para llegar esta justicia material.

En este sentido, se debe contemplar la protección de los trabajadores como una nueva institución o nueva cláusula incorporada en el Contrato Social, ya sea a través de una reforma, ya sea por una revolución, que vuelvan a la perspectiva del propio Contrato Social para desentrañar los detalles implicados en su teoría. Una revolución siempre es tan tempestuosa y enconada que no permite una reflexión profunda sobre todos los detalles del cambio y sus fundamentos jurídicos.

Hoy en día tenemos tiempo suficiente para reconsiderar el fundamento de esta protección para los trabajadores, que tenga su base en la desigualdad y vulnerabilidad. Por lo tanto, las normativas laborales vigentes son favorables a los trabajadores, sin duda, esta protección posee un fundamento legítimo, legal y moral.

Sin embargo, para abordar el tema de la protección a los trabajadores en el marco teórico del contrato social, excluyendo toda emoción personal, cabe analizar y pormenorizar esta desigualdad y su grado en situaciones distintas, es decir, en escenarios diferentes los grados de desigualdad son diversos. Por ejemplo, en una empresa capitalista avaluada en 100 millones de dólares y con 500 trabajadores, entre dicha empresa y un trabajador normal, como los elementos distintos, existe una gran desventaja y desigualdad en la contratación laboral, ya que la empresa tiene muchos más recursos sociales y opciones que el trabajador, y por el exceso de demanda laboral y la mayor competencia, el trabajador no cuenta con mucha oportunidad en la negociación de contratación laboral; en cambio, si el empleador fuera un joven de 20 años que recién empezó su propio negocio, sin experiencia ni muchos recursos económicos, o si fuese un señor mayor de edad que padece una enfermedad grave sin respaldo para su vida (la contratación de cuidado diario sería aquí una necesidad indispensable), la contratación laboral en estos escenarios no presentaría una gran desigualdad entre las partes. A veces el trabajador puede ser más rico que el empleador. Así que la desigualdad varía según los diversos factores en diferentes casos, generalmente se debe

al poder que posee cada parte, es decir: por parte del empleador, el capital suscrito, número de trabajadores, estado financiero, etc.; por parte del trabajador, edad, experiencia, si pertenece a grupos de personas vulnerables, etc. Por lo tanto, la legislación también debería ser pormenorizada por los diferentes grados de discrepancia en la contratación laboral, para lograr el fin constitucional de forma equilibrada y proporcional.

2.3. Los principios laborales

Con base a los fundamentos históricos y teóricos de protección para los trabajadores, se señalan los principios laborales relevantes para esta investigación. Sobre los principios que rigen el ámbito laboral, Julio Armando Grisolia (2016) señaló que “*los más importantes principios del Derecho Laboral son los siguientes: 1) Principio protectorio; 2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos; 3) Principio de la continuidad de la relación laboral; 4) Principio de primacía de la realidad; 5) Principio de buena fe; 6) Principio de no discriminación e igualdad de trato; 7) Principio de equidad; 8) Principio de justicia social; 9) Principio de gratuidad; 10) Principio de razonabilidad; 11) Principio de progresividad.*” (p. 61). De los cuales, en esta sección, cabe desentrañar dos principios: Continuidad o estabilidad de la relación laboral; Principio de progresividad o Intangibilidad.

El Principio de continuidad o estabilidad implica el mantenimiento de la fuente de trabajo, que permite al trabajador la seguridad y tranquilidad en la relación laboral, asegurando ingresos para su subsistencia. Está vinculado al concepto de estabilidad contra la desvinculación intempestiva de una relación laboral. En la práctica jurídica del derecho laboral, la institución de indemnización por despido intempestivo y despido ineficaz tienen su base en dicho principio. Es un gran progreso en el ámbito laboral. Por ejemplo, en el escenario de que un trabajador que ha pasado el periodo de prueba, sea despedido intempestivamente, según el artículo 188 del Código del Trabajo, recibirá 3 remuneraciones mensuales como parte de indemnización por despido intempestivo, y este monto puede sostener su vida digna hasta cuando encuentre un nuevo trabajo.

Otro principio relevante es el de Progresividad o Intangibilidad. El principio de Progresividad generalmente se aplica en todos los derechos constitucionales, según lo

establecido en el numeral 8 del artículo 11 de la CRE²². En primer lugar, se analizará el principio de Progresividad o no regresividad. La legislación de la CCC²³ explicó los criterios del test de No Regresividad como sigue: reduce el radio de protección de un derecho social; disminuye los recursos públicos invertidos en su satisfacción; aumenta el costo para acceder al derecho; retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho. En el capítulo siguiente se analizará estos criterios de manera más precisa. En otro lado, a pesar de esta discrepancia, cabe mencionar la intangibilidad en el ámbito laboral. Significa que los derechos laborales no pueden ser alterados ni modificados.

La intangibilidad de los derechos laborales sí ha sido alegada en la práctica jurídica y aceptada por la Corte Constitucional en varias sentencias de procesos constitucionales distintos. Cabe indicar que dicho sentido de intangibilidad implica la prohibición de cualquier alteración o modificación. No obstante, según la CADH²⁴ y la expresión de la propia Corte Constitucional en el dictamen Nro. 4-22-RC/22, “los derechos constitucionales no son absolutos, la Constitución permite su regulación, desarrollo y ampliación por varias vías”. En este caso, se ratifica que existe una posibilidad de limitar o restringir los derechos laborales con base en la ponderación entre principios y criterios estrictos para que el sacrificio inherente a la restricción de los derechos laborales no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

2.4. La legislación actual de contratación laboral del País:

La legislación laboral en China se divide en dos partes relevantes: la ley laboral y la ley de contratación laboral. En Ecuador tenemos un ordenamiento unificado como el Código del Trabajo, nació en el 5 de agosto de 1938²⁵ y ha sufrido varias codificaciones. Mencionemos que la parte dedicada a la contratación laboral es imprescindible y constituye una de las partes más esenciales del derecho laboral. Sobre el concepto de contratación laboral,

²² 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

²³ La sentencia C-503/14 de la Corte Constitucional Colombiana.

²⁴ 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

²⁵ Aprobado por la Asamblea Constituyente de 1938.

semánticamente, implica dos aspectos: “contratación” y “laboral”, es decir, la contratación en el ámbito laboral:

En primer lugar, según el numeral 16 del artículo 66 de la CRE, las personas tienen derecho de libertad de contratación como un derecho constitucional fundamental, que rige las actividades civiles de las personas y corresponde al principio de la autonomía de voluntad en el derecho privado. Sin duda, en ningún caso se puede obligar a una persona a contratar de manera forzosa, pues viola su voluntad, es decir, una persona tiene su libertad de decidir si contratar o no. Así mismo en materia laboral, también se respeta el derecho de libre contratación, donde teóricamente un empleador puede escoger a su trabajador libremente y un trabajador también puede decidir si trabajar para un empleador o no, aunque la realidad es que por la crisis económica, el exceso de suministro laboral y competencia, en la mayoría de los casos los trabajadores no tienen mucha opción.

Desde esta perspectiva, la protección jurídica para los trabajadores en las actividades de contratación está dentro del marco teórico del contrato laboral desde el momento de suscripción del contrato hasta el cese del mismo, amparado por los derechos laborales de la CRE y del Código del Trabajo, en concordancia con las disposiciones del contrato laboral. Las obligaciones de la relación laboral provienen del contrato, es decir, no se puede generar compromisos que violen la voluntad de las partes. En el ámbito laboral se reserva al mínimo la libertad de decidir si contratar o no y con quién crear vínculo laboral.

El derecho laboral tiene su fundamento en el artículo 33 de la CRE: “*el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía;*” y la contratación laboral está establecido en el artículo 327 de la CRE: “*la relación laboral entre trabajadores y empleadores será bilateral y directa*”. Lo fundamental de la legislación es salvaguardar los derechos laborales de los trabajadores, tanto en forma individual como colectiva, en términos de dignidad, vida decorosa y la remuneración con redistribuciones justas, junto con un desempeño de ocupación íntegra que sea libremente escogido o aceptado. En 2 títulos y 254 artículos del Código del Trabajo, se establecen las disposiciones de los acuerdos laborales individuales y colectivos de acuerdo con los preceptos convenidos en la CRE. En el apartado sólo se presentan los dos aspectos del mencionado contrato: contratación y desvinculación laboral.

En primer lugar, la contratación laboral individual, según el artículo 8 del Código del Trabajo “*es el convenio, cuyo contenido como prestar servicios lícitos y personales,*

remuneración y otras condiciones son fijadas por el convenio mismo, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”. Por un lado, la libre contratación, es determinado por consentimiento con base en la voluntad de las partes; por otro, corresponde a la intervención del Estado. Se observa que ciertas cláusulas imperativas son definidas y reguladas por la ley.

En este caso, están sujetas por las disposiciones del Código del Trabajo las formas de remuneración, tipo de contrato, período de prueba, etc., pues las partes no pueden estipular en contra de las disposiciones de la ley, sino que deben seguir las disposiciones determinadas. Por ejemplo, el tipo de contrato está regulado en el artículo 14 del Código del Trabajo²⁶, que dice: “*el contrato individual de trabajo a tiempo indefinido es la modalidad típica de la contratación laboral estable o permanente, otros tipos son las excepciones: por obra cierta, los contratos eventuales, ocasionales y de temporada, los de aprendizaje,etc.*”. Y las otras modalidades de contratos laborales como lo establecido en el artículo 17 del mismo código: contratos eventuales, ocasionales, de temporada, etc.

Los contratos eventuales, por ejemplo, son para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal y aumento de producción, refiriéndose a la segunda opción, el plazo del contrato no puede exceder 180 días al año. Si no fuese reemplazo de personal o no cumple los parámetros establecidos en dichos contratos, se debería estipular otro tipo de acuerdo: puede ser contrato de obra cierta o a tiempo indefinido.

Ahora bien, reflexionemos en un caso hipotético, un señor mayor de edad, después de una cirugía, tiene limitaciones para moverse por un tiempo mayor a 180 días (El tiempo debe ser definido por el doctor en consideración a las condiciones de recuperación del paciente, después de un mes de la cirugía), y el señor necesita contratar una persona de cuidado diario. En este caso es difícil decidir qué tipo de contrato laboral se propondrá, porque no se puede fijar un tiempo exacto de cuidado diario, y no se puede exigir a un señor mayor a 65 años estudiar derecho laboral para evitar controversias laborales en el futuro. Por lo expuesto, se observa ciertas restricciones técnicas en la contratación laboral, establecidas por el Código del Trabajo y es recomendable que los empleadores hagan un análisis racional para la contratación laboral. No obstante, tal análisis racional es difícil para ciertas personas como los adultos mayores con problemas de salud, o los jóvenes emprendedores que recién

²⁶ Artículo 14.- Contrato tipo y excepciones. - El contrato individual de trabajo a tiempo indefinido es la modalidad típica de la contratación laboral ...

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior: a) Los contratos por obra cierta, que no sean habituales en la actividad de la empresa o empleador; b) Los contratos eventuales, ocasionales y de temporada; c) Los de aprendizaje; d) Los demás que determine la ley.

empiezan sus propios negocios por falta de experiencia y dinero, los cuales tienen muchos obstáculos a superar y deberían ser apoyados por el Estado con políticas públicas y legislaciones pertinentes, como se expone en el primer capítulo. Sin embargo, el Código del Trabajo no les faculta una excepción a fin de que puedan estipular las cláusulas más adecuadas con base en su situación de contratación laboral.

Sobre la desvinculación laboral individual, los artículos 169, 172, 173 y 310 del Código del Trabajo establecen las causas para la finalización del contrato individual del trabajo, las cuales proporcionan protección estricta para los trabajadores. Por ejemplo, para que un empleador pueda desvincular al trabajador, debería presentar trámite administrativo de visto bueno y probar ante el inspector del trabajo la existencia de la falta, inobservancia graves o ineptitud de trabajador, entre otras causales; si no logra demostrar la existencia de causa legal para desvincular no puede dar por terminado el contrato por visto bueno, a menos que lo haga por decisión unilateral, con lo cual el empleado puede presentar una reclamación ante un juez e intentar probar el despido intempestivo a fin de obtener la indemnización adecuada.

Otro ejemplo hipotético: un joven de 20 años empieza su primer negocio en un restaurante de pizza con su RUC de persona natural, cumpliendo el rol de cocinero y cajero, requiriendo contratar una mesera (con salario mensual de 460 dólares). Emprender un negocio no está exento de dificultades y riesgos, la falta de experiencia, dinero, una adecuada gestión, genera mayor riesgo de enfrentarse al fracaso si a esto le sumamos que la falta de clientes, pondría a este joven en la situación de cerrar su negocio para evitar más pérdidas y deudas. La mesera no quiere presentar su desahucio, porque es difícil conseguir otro trabajo para sostener su vida, en este caso, no hay ninguna causal en el Código del Trabajo para que este joven proceda a terminar la relación laboral con su mesera sin provocar despido intempestivo. Si el caso fuese del contrato de emprendimiento, según el MDT-2020-222 del Ministerio del Trabajo, “*a este tipo de contratos se le aplicarán las causales de visto bueno determinadas en los artículos 172 y 173 del Código del Trabajo... Si la terminación de la relación laboral se da por decisión unilateral del empleador antes del plazo convenido, el trabajador tendrá derecho al pago de la indemnización prevista en el artículo 188 del Código de Trabajo.*” Para dicha situación, tampoco existe una causal para el joven terminar la relación laboral, así que resultará lo mismo. En el ejemplo hipotético, ninguna de las partes tiene culpa, ni el joven ni su mesera. No se puede culpar un joven de 20 años por falta de experiencia de gestión del negocio, ya que cada uno aprende desde cero. Por el contrario, se debería apreciar el valor y ambición del joven de empezar su propio negocio, enfrentando un

gran riesgo de pérdida y deuda. Sin embargo, en esta situación como la mesera ha sido despida de forma intempestiva, según el artículo 188 del Código del Trabajo, el joven por ley debe indemnizar tres remuneraciones²⁷ como compensación producto del despido intempestivo que darían un total de 1380 dólares para su mesera. Esta cantidad no es mucho para un empresario rico, pero es un desastre para un joven que se enfrenta a un fracaso económico y quizás una frustración que limite su expectativa de emprender otro negocio.

Sin duda, el Código del Trabajo consagra su protección para los trabajadores en ambas situaciones, contratación y desvinculación laboral. No obstante, ¿se debería considerar alguna excepción para los empleadores en situación desfavorable en la legislación? Como en los ejemplos del adulto mayor y el joven que tiene derecho de atención prioritaria ¿la legislación podría otorgarle una causa para terminar la relación laboral según la situación lamentable e inesperada, a fin de mejorar el cuidado diario según su condición sanitaria o aliviar el endeudamiento del joven? Se observa que las protecciones son estrictas para los trabajadores, y no se ha considerado algunas excepciones razonables para los empleadores en condición desfavorable. Sin duda, la protección estricta para los trabajadores es por su desventaja en la negociación y contratación laboral. Sin embargo, conservando dicha protección en los casos generales, podría considerarse la racionalidad de las excepciones para facilitar la situación de los empleadores en situaciones extremadamente difíciles, como en los casos excepcionales examinados.

2.5. La importancia de la legislación laboral en perspectiva sociológica.

Desde la perspectiva sociológica, es indispensable revisar de nuevo la teoría del contrato social. Como se señala en la sección 2.2 del derecho laboral, para las nuevas cláusulas incorporadas en el contrato social, dicha incorporación no obedece al juego de Suma Cero²⁸, donde el trabajador gana y el empleador pierde, sino que ambas partes, trabajador y empleador, pueden ganar en este marco de justicia material por cooperación y comprensión, a

²⁷ Artículo 188.- Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:
Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración...

²⁸ Juegos no cooperativos, si una parte gana, otra parte perderá.

tono con el devenir de la sociedad, que no es estática sino que se mueve y desarrolla a cada momento por la dirección correcta o la errónea.

Revisando la historia humana, se observa la existencia de conflictos destructivos por contradicciones inconciliables. La teoría de conflictos nos enseña cómo llegar a un mutuo acuerdo con el fin de Ganar-Ganar. Así sucede con la relación entre trabajador y empleador, quienes están trabajando juntos para beneficiarse con el acuerdo mutuo, el mismo es diferente a los contratos civiles, ya que se ha incorporado la intervención del Estado para lograr la finalidad mencionada. De lo antes expuesto, se extrae la significación sociológica de la legislación laboral. Según este autor, este concepto refleja dos aspectos específicos:

1- El efecto regulatorio en el ámbito laboral, en concordancia con el principio de seguridad jurídica, dispone que de acuerdo a las conductas de las partes se genera previsibilidad de posibles consecuencias jurídicas, con la que los sujetos pueden tener certeza en sus actividades. En base a la legislación laboral, los sujetos pueden prever que aspectos están prohibidos y cuáles permitidos. Además, puede corregir estas afectaciones por el instinto del ser humano de perseguir el mayor beneficio personal, ya que se ha delimitado una línea para ambas partes, dentro de la cual los sujetos pueden realizar sus actividades tranquilamente. Cuando surja algún problema entre ellos, se solucionará según la legislación vigente.

2- Promover la justicia material y armonía en la relación laboral para el mejor desarrollo de la sociedad. Con la protección para los trabajadores consagrada por la legislación laboral se puede evitar que una relación laboral sea conducida al extremo, ya que, con base en esta legislación, ambas partes saben la línea que no pueden pasar. Así se promueve el respeto entre ambas partes, y tal respeto promueve una relación laboral armónica. El capital y la labor como dos factores de producción social no deberían estar en posición contraria, sino cooperando para conseguir el resultado de Ganar-Ganar, lo cual también indica el estado óptimo del desarrollo de una sociedad.

Por la importancia expuesta, no se debe modificar la base fundamental de la protección para el trabajador. No obstante, desde una perspectiva sociológica, a fin de alcanzar la armonía y la justicia material, hay que considerar algunas excepciones para los empleadores, expuestas en el capítulo I por sus significación y relevancia social.

2.6. La importancia de la legislación laboral en perspectiva económica

La legislación de contratación laboral regula la vinculación y desvinculación de la relación laboral en el “Labor Market”. Efectivamente, tiene una influencia regulatoria en el mercado laboral, y las actividades de contratación laboral están vinculadas estrechamente con el desarrollo económico y la estabilidad social. En esta sección se expone la importancia con las teorías económicas. En el libro “Principles of Economics”²⁹, del Dr. Nicholas Gregory Mankiw, uno de los mejores profesores de economía y macroeconomista estadounidense, docente de la universidad Harvard, concluye algunas teorías básicas de la importancia del mercado laboral para la economía nacional:

- 1- El trabajador cumple ambos roles: productor y consumidor de los productos producidos. De un lado, el trabajador es uno de los factores más importantes de la producción social. El mercado laboral consiste en el suministro laboral y la demanda laboral, los cuales determinan la efectividad y eficiencia de la producción social; por otro lado, los trabajadores como la mayoría de la población nacional, en sus vidas cotidianas, consumen los productos existentes en el mercado, por ello, la fuerza de trabajo es un elemento indispensable para el ciclo económico de la sociedad;
- 2- El mercado laboral tiene dos elementos: el suministro y la demanda laboral, elementos que interaccionan recíprocamente y estrechamente, que afectan la tasa de empleo adecuado, al subempleo y desempleo, así mismo al salario básico del país, el cuál determina el consumo social, que afecta estrechamente el índice de precios al consumidor³⁰.
- 3- El mercado de trabajo, no es unilateral, sino bilateral. Los trabajadores y los empleadores determinan juntos el suministro laboral y la demanda laboral, el salario que es el precio del mercado depende de la correlación de los dos elementos. En un sistema económico sano, las partes mantienen el equilibrio en la contratación laboral, que genera automáticamente un salario racional para la vida digna de los trabajadores y la producción social, si existen

²⁹ Mankiw, G. (2016). Principles of Economics, 8e N. Library of Congress Control Number: 2016947882

³⁰ Es un índice económico en el que se valoran los precios de un determinado conjunto de bienes y servicios determinando sobre la base de la encuesta continua de presupuestos familiares, que una cantidad de consumidores adquiere de manera regular, y la variación con respecto del precio de cada uno, respecto de una muestra anterior. Mide los cambios en el nivel de precios de una canasta de bienes y servicios de consumo adquiridos por los hogares. Se trata de un porcentaje que puede ser positivo o negativo.

trabajos suficientes, los trabajadores tienen opciones para escoger un trabajo que les facilite condiciones adecuadas que permitirán satisfacer sus necesidades básicas y los empleadores también pueden escoger a los trabajadores más adecuados para su emprendimiento.

4- La prosperidad y depresión del mercado laboral afectan la estabilidad y seguridad social. Un ejemplo es la época de la Gran Depresión³¹, cuando la recesión económica causó un gran problema social de desempleo y subempleo que acrecentaron el problema social. La gente no tuvo sustento de vida y protestó por dar soluciones a estos problemas. El Nazismo aprovechó esta “oportunidad” y tomó el control de ciertos países y provocó el desastre (la Segunda Guerra Mundial).

Por lo expuesto anteriormente, el mercado laboral es un factor de suma importancia para la economía nacional y el desarrollo social. La legislación de contratación laboral tiene efecto regulatorio para las actividades en el mercado laboral. Según el artículo 132 de la CRE³², la función legislativa tiene como objeto regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

En materia laboral, es trascendente adecuar la legislación de contratación laboral para regular el ejercicio de los derechos al trabajo logrando así el fin constitucional: garantizar los derechos de los trabajadores, de los temas de atención prioritaria para el mejor desarrollo del Estado, hasta aquí se ha justificado el fin constitucional para diseñar algunas propuestas de legislación laboral. En cuanto al cómo, es una técnica que se debe llevar a cabo desde la perspectiva del derecho comparado e invocar las cifras del INEC, respecto a la situación actual del mercado de trabajo en el país, es necesario buscar un punto óptimo en su diseño.

³¹ Durante la década de 1930, en los años previos a la Segunda Guerra Mundial, tuvo efectos devastadores en casi todos los países, ricos y pobres, donde la inseguridad, la miseria se transmitieron como una epidemia, de modo que cayeron la renta nacional, los ingresos fiscales, los beneficios empresariales y los precios. El comercio internacional descendió entre un 50% y un 66%. El desempleo en los Estados Unidos aumentó al 25%, y en algunos países alcanzó el 33%. Ciudades de todo el mundo se vieron gravemente afectadas, especialmente las que dependían de la industria pesada, y la industria de la construcción, que se detuvo prácticamente en muchas áreas.

³² Artículo 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...

CAPÍTULO III. LAS EXCEPCIONES EN CONTRATACIÓN LABORAL Y VERIFICACIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD

Antes del análisis del presente capítulo, cabe mencionar que el numeral 6 del artículo 11 de la CRE ha establecido que “*6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.*” En concordancia con lo expresado en la sentencia No. 34-19-IN/21 de la Corte Constitucional (2021), el constituyente ha previsto que no existe una primacía *ex ante* de un derecho sobre otro y que ninguno de ellos es absoluto...*la jerarquía no es más que la igualdad de los derechos, todos los derechos se encuentran al mismo nivel...*(p. 27). Por lo tanto, el derecho de atención prioritaria de los empleadores y los derechos laborales de los trabajadores son de la misma jerarquía, es decir, no debe prevalecer uno y menoscabar el otro. Así que las consideraciones para los empleadores de atención prioritaria en contratación laboral no buscan nunca alterar los establecimientos fundamentales del derecho laboral, sino solamente son excepcionales y restringidas estrictamente por los principios constitucionales y laborales, en base a los marcos teóricos de atención prioritaria y contratación laboral explicados en los capítulos anteriores.

Ahora es oportuno analizar la viabilidad de las excepciones en la contratación laboral para los empleadores de atención prioritaria, para lo cual plantamos el test de ponderación a fin de examinar la constitucionalidad de las excepciones planteadas en el final del presente capítulo.

3.1. Las excepciones por atención prioritaria en contratación laboral.

No se puede negar la importancia del derecho laboral en la regulación de las actividades de trabajo. Sin embargo, en ciertas circunstancias, una normativa común no logra impedir todas las oportunidades legislativas y esto conlleva algunas limitaciones en su práctica. Por tanto, podrá tener en cuenta un escenario excepcional y comprensible para su óptimo funcionamiento y perfección. Un concepto preciso de excepción implica excluir un entorno particular de la aplicación general de la regla. Según la definición literal, el análisis de excepción en el ámbito jurídico debe abarcar al menos dos aspectos:

1. Situación única como fundamento de la excepción, por lo que se debería aplicar una disposición diferente a la norma antes planteada;

2. ¿Cuál es la excepción ideal para satisfacer la necesidad característica y no la estándar?

Refiriéndonos al primer punto, por un lado, la mayoría de los adultos mayores no pueden trabajar o prescinden de un empleo o ingreso sostenible, y por estas circunstancias particulares, la necesidad más apremiante para aquellos es obtener servicios de alta calidad a bajo costo en función de su vida diaria y condición de salud. Además, la complejidad del estado de salud por la edad de los adultos mayores hace que la situación sea especial y sea difícil prevenir y establecer algunas cláusulas en la vinculación laboral; Por otro lado, los jóvenes emprendedores son medios estratégicos en nuestra sociedad, ya que no compiten con otros por oportunidades laborales limitadas, en su lugar ellos crean esta posibilidad a través de su emprendimiento que es realizado con pasión e inteligencia. Sin embargo, debido a sus ideas iniciativas, falta de destreza o por la carencia de recursos sociales, experiencia y capital inicial, como empleadores apasionados, los jóvenes corren más riesgos en sus actividades de emprendimiento que los demás. Por lo señalado, el estado no puede culpar al espíritu e iniciativa, sino al contrario tiene la obligación de estimular el emprendimiento de la nueva generación o disminuir los obstáculos institucionales que dificultan su emprendimiento.

El término latino "*Lex non cogit ad impossibilia*", que significa que la ley no obliga a hacer imposibilidades³³, también puede ser considerado en la legislación de contratación laboral. En algún sentido, la normativa proviene de la conciencia y costumbre del pueblo y se establece para regular las actividades de la gente, por lo que se examinan y mejoran las reglas establecidas en las prácticas jurídicas. En ocasiones, las leyes permiten que varias personas puedan realizar excepciones debido a su dificultad o incapacidad para hacerlo. Estas excepciones no tienen como objetivo menoscabar o modificar una disposición jurídica en general, sino mejorar la misma normativa en su aplicación según los diversos escenarios para garantizar la justicia material y el propósito constitucional. Por lo tanto, la importancia social, la vulnerabilidad y las situaciones demostradas constituyen una base del por qué se podría aplicar las excepciones planteadas a empleadores en condiciones de vulnerabilidad.

³³ https://blacks_law.en-academic.com/33969/lex_non_cogit_ad_impossibilia, desde la página oficial de “law academic”, la traducción en inglés es “The law does not compel the doing of impossibilities”, traducido en español, es “la ley no obliga a hacer imposibles” (traducido por LIU ZHENGPENG)

Es el momento oportuno para analizar cuál es la excepción óptima para satisfacer esa necesidad particular. Primero, el artículo 3 del Código del Trabajo establece el principio fundamental de "libertad de trabajo y contratación", lo que significa que ningún trabajador puede ser obligado a realizar su labor y que ninguno de aquellos está sujeto a una cláusula sin su consentimiento, lo que es el principio intangible de la contratación laboral. No obstante, en el artículo mencionado solo se enfatiza en la libertad del trabajador, es importante tener en cuenta el numeral 16 del artículo 66 de la CRE, que establece "El derecho a la libertad de contratación". Este artículo no especifica si se trata del trabajador o del empleador, por lo que es una libertad general para ambas partes y es esencial aclarar que el empleador tiene libertad de contratación, pero está limitada por los principios laborales para salvaguardar los beneficios de los trabajadores. Dichos principios tienen una base decisiva, que es la desigualdad en contratación laboral.

Según el análisis realizado, la excepción para los empresarios en esta tesis es darles un poco más de libertad en la estipulación de las cláusulas. Esto restaura en cierta medida la limitada libertad de contratación del empleador según lo estipulado por las leyes laborales, siempre que este tenga el consentimiento del trabajador. Además, es necesario considerar la seguridad laboral a la hora de implementar dicha flexibilidad para evitar un mal uso de la misma. Existe un término FLEXISEGURIDAD que se refiere a lo analizado en relación con la flexibilidad y seguridad; se describirá en detalles en la sección posterior, por considerar que no menoscaba los derechos laborales ni los principios generales, dado que es únicamente limitado y excepcional para los empleadores de atención prioritaria, siempre vinculados con la seguridad laboral, no perjudica la voluntad ni los beneficios del trabajador. Por lo tanto, la excepción óptima es flexiseguridad de contratación laboral para los grupos de personas de atención prioritaria.

La tercera consideración es si los trabajadores podrían aceptar la flexiseguridad como la excepción planteada, ya que son los beneficiarios de la regla común. La naturaleza humana prefiere proteger la parte vulnerable por la fuerza unitaria de la sociedad, como se ha demostrado en el capítulo dos. En un contrato laboral típico, la parte trabajadora suele encontrarse en una situación desfavorable debido a la desigualdad en la contratación, pero si el empleador fuera un adulto mayor o un joven emprendedor, ¿podrían ofrecerles cierta flexibilidad en las cláusulas especificadas por su situación vulnerable? Se acepta que sí desde un punto de vista puramente racional. Por un lado, la edad es una etapa que ayuda a establecer una excepción para los ancianos, también va a favorecer a nuestro futuro; además,

los jóvenes emprendedores son una excepción, para mejorar la sociedad en la que nos desenvolvemos, porque pueden agregar dinamidad a la sociedad y generar más oportunidades laborales. Por lo tanto, las ayudas para los jóvenes son para nuestro bien común y para la sociedad armónica en donde toda la gente se beneficia. Caso contrario, el egoísmo conduce a un círculo vicioso de daño recíproco, porque cada uno sólo ve su propio beneficio.

Por tanto, en consideración de la racionalidad y el bien común, la excepción de flexiseguridad es viable a considerar en la regla común de la contratación laboral. Sin embargo, la flexibilidad debería ser limitado estrictamente por la necesidad y situación de atención prioritaria de los grupos de personas analizadas. Por consiguiente, es imprescindible desentrañar el concepto flexiseguridad para delimitar su aplicación en la contratación laboral.

3.2. Introducción de flexiseguridad laboral y sus parámetros.

Después de conocer la legislación laboral ecuatoriana, podemos advertir que el aspecto más destacado del campo es la seguridad laboral; en ciertas ocasiones se menciona el concepto de flexiseguridad; término originado de la combinación de "flexibilidad" y "seguridad". Existe varias definiciones, como un equilibrio de los términos antes mencionados, el concepto de triángulo de oro, entre otros. Las expresiones mencionadas, buscan maximizar ambos parámetros en el lugar de trabajo, dado que en el ámbito laboral se procura el mayor nivel de ambos parámetros. Como táctica crucial para mejorar el mercado laboral, ofrece a los empleados mayor seguridad y estabilidad y, al mismo tiempo, brinda a los empleadores capacidades de adaptación. Aunque existen varias definiciones de flexiseguridad, la tesis actual se atiene a su definición literal, que aborda tanto la "flexibilidad" como la "seguridad" según ciertos parámetros.

Sobre la flexibilidad laboral, Kabat, M. (2019) expresa en un sentido amplio, es la ausencia de regulaciones de la relación obrero/patrón. En un sentido más acotado se refiere a la eliminación o el debilitamiento de las leyes laborales previas. (p.2). En sentido restringido, la flexibilidad laboral debe ser limitada por principios constitucionales y leyes laborales intangibles para que no afecte los derechos laborales de los trabajadores. En este trabajo de investigación, el objetivo principal es elaborar los criterios para establecer el contexto de aplicación, una diferencia de los adultos jóvenes y mayores. Por ende, para obtener una

visión general de los parámetros, primero es necesario ampliar los aspectos específicos de cada parámetro desde la perspectiva de la legislación laboral china.

El Dr. Zengyi Xie³⁴ (2017), expresó que en la flexibilidad de contratación laboral los indicadores a examinar son: el equilibrio de la protección en la relación laboral y la libre voluntad de contratación (p.3.). En el caso de China, la implementación de la legislación laboral limitó la flexibilidad contractual y exacerbó el problema del subempleo y el desempleo. Muchos de los investigadores creen que la próxima reforma del contrato laboral debería buscar un equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Analizando estos factores una de las mejores soluciones es establecer un sistema optimizado para observar periódica y específicamente a los trabajadores y empleados en el lugar de trabajo.

En primer lugar, según la definición del Dr. Zengyi Xie (2017) en su investigación, se concluyó 2 parámetros que son flexibilidad y seguridad en la legislación de contratación laboral:

La flexibilidad de contratación laboral implica cinco aspectos: A- Número de empleos: flexibilidad de determinar cuántos trabajadores se requieren en la empresa, contratación y desvinculación laboral por la necesidad del desarrollo de la misma; B- Remuneración: mantiene la estabilidad general del número de empleo, flexibilidad de controlar la distribución de remuneración, que depende del cumplimiento de trabajo, etc.; C- Tiempo de trabajo: flexibilidad de ajustar el tiempo de trabajo por la orden de los clientes y la necesidad del desarrollo de la empresa, específicamente, los trabajadores quienes trabajan más ganan más; D- Función del trabajador: flexibilidad de designar al trabajador la función o trabajos distintos según el desarrollo de la empresa, fluidez interna de los trabajadores en posiciones diferentes (sea promoción o degradación por sus comportamientos); E- flexibilidad externa: posibilidad de suscribir varios contratos de prestación de servicios profesionales y contrato de obra comercial, variedad de contratación empresarial para el mejor desarrollo de la empresa.

En cuanto a estos cinco aspectos de flexibilidad laboral, se ha observado que la mayoría de ellas proporciona a las empresas un ambiente amable de contratación laboral, para promover su desarrollo, lo cual puede incentivar la producción y economía nacional, los mismos que puedes retroalimentar al mercado la laboral con más empleos. De esta manera, las personas sin empleo pueden encontrar trabajos adecuados, mientras que los trabajadores

³⁴ Vicedirector de la entidad de investigación jurídico en La Academia China de Ciencias Sociales, Doctor en jurisprudencia y legislación. Las ideas son traducidas por LIU ZHENGPENG.

con empleo también pueden obtener ofertas de un trabajo mejor. Es crucial que la legislación sobre contratos laborales proporcione la flexibilidad adecuada para el mejor desarrollo de la economía y mercado laboral.

La seguridad laboral en el contrato de trabajo implica cuatro aspectos: A- Seguridad de riesgos laborales: los empleadores tienen obligación de evitar los riesgos en el trabajo y el estado debe establecer legislación adecuada para garantizar el derecho a la vida y la salud de trabajador; B- Remuneración y seguridad social: garantizar la remuneración razonable de trabajador y ser afiliado en la seguridad social; C- La seguridad de reempleo: después de la terminación de una relación laboral, debería garantizar el reempleo del trabajador y el sustento de la necesidad básica vital de los trabajadores; D- Seguridad compuesta: todos los otros aspectos de seguridad para los trabajadores, como bienestar compuesto del trabajador, un equilibrio de trabajo, recreación y responsabilidad familiar, la organización social de los trabajadores, etc.

Estas cuatro dimensiones enunciadas por el Dr. Zengyi Xie son como una referencia de China, en el caso de Ecuador las leyes sobre contratación laboral garantizan la seguridad laboral de manera más estricta, y sin duda alguna el estado debe asegurar sus dimensiones. Por un lado, el estado debe garantizar la seguridad laboral porque se basa en los derechos constitucionales y los derechos humanos de los trabajadores; por otro lado, si no hay regulaciones para proteger la seguridad laboral, los empleadores suelen perseguir mayores beneficios incluso perjudicando a los trabajadores, ya que es la naturaleza humana perseguir el mayor beneficio personal. La historia nos ha demostrado que este aprovechamiento de beneficios para un sector exclusivo ha sucedido muchas veces, por la codicia de los capitalistas, los trabajadores no alcanzaron ni sus necesidades básicas vitales y por eso lucharon para reivindicar su derecho de trabajo. Cuando las luchas se convirtieron a violencia, los disturbios perjudicaron a trabajadores y empleadores y toda la sociedad. Por lo tanto, es fundamental e imprescindible garantizar la seguridad laboral.

Después de exponer el panorama de los parámetros, es oportuno considerar la limitación del contexto de aplicación de flexiseguridad en situación especial de adultos mayores y jóvenes. Ambas sociedades oriental y occidental, siguen el mismo principio “*Pacta Sunt Servanda*”, que significa lo pactado debe ser obedecido y cumplido. La contratación laboral crea obligaciones para las partes al establecer una relación laboral mediante cláusulas aprobadas para los involucrados. Se puede dividir este proceso en tres fases contractuales:

pre-contratación (pactar las cláusulas antes de suscripción del contrato), durante la contratación (después de suscripción del contrato y durante del mismo) y post-contratación o desvinculación (forma de terminación y responsabilidad contractual, etc.). En los contratos civiles, en todas las fases contractuales se puede cambiar las obligaciones siempre y cuando cuente con el consentimiento de las partes. No obstante, en el ámbito de contratación laboral, es más rigurosa la protección de los derechos de los trabajadores, ya que una modificación del contrato laboral debe considerar que no exista regresión de derechos.

Las alteraciones de una relación laboral establecida representan un riesgo para los trabajadores porque les resulta difícil proteger sus derechos y beneficios debido a la desigualdad y la alta tasa de desempleo y subempleo. Por lo tanto, en el ámbito de contratación laboral, no es recomendable ni posible aplicar flexibilidad en las fases durante la contratación y post-contratación, porque va a menoscabar los beneficios de los trabajadores. Y no es menos cierto que todo lo pactado y suscrito en el contrato laboral debe ser cumplido y observado estrictamente.

Para el proceso de contratación laboral, la única fase contractual en la que podría aplicarse flexibilidad es en la pre-contratación. En este contexto la flexibilidad propuesta es para los empleadores adultos mayores y jóvenes emprendedores quienes pactan las cláusulas especiales según su vulnerabilidad y aspecto de atención prioritaria, para prevenir y preparar las situaciones irregulares que no se puede evitar ni aliviar por la fuerza de ambas partes. La flexibilidad también ayuda a resolver futuras controversias porque antes de la suscripción del contrato, empleador y trabajador pueden prevenir y estar al tanto de lo que podría suceder en el futuro acordando de manera amistosa las soluciones a un posible conflicto. Por lo tanto, es viable considerar la flexibilidad en la fase de pre-contratación para los empleadores de atención prioritaria, y se debe evitar el abuso de esta para no menoscabar los beneficios de los trabajadores.

3.3. Advierte y Evite el abuso del concepto flexibilidad

Kabat, M. (2019) analizó la flexibilidad laboral en Argentina y afirmó que el desmantelamiento de las instituciones estatales que vigilaban el cumplimiento de las leyes laborales fue un método menos formal por el cual las condiciones laborales se han

flexibilizado en las últimas tres décadas. Algunas leyes no han sido reformadas, ni flexibilizadas, pero, como ya no hay nadie que controle su cumplimiento, en la práctica se transformaron en letra muerta. (p.27). En el ámbito del derecho laboral, siempre hay situaciones de incumplimiento de las leyes porque a veces los empleadores presionan a sus trabajadores por su lugar dominante o porque los trabajadores ignoran sus derechos. En la práctica laboral, es un desafío garantizar que las partes, particularmente, los empleadores, respeten las disposiciones de las leyes laborales, por ejemplo, el código del trabajo establece indemnización por despido intempestivo³⁵ y triple de recargo al empleador moroso³⁶, por lo cual este deberá indemnizar al trabajador, siempre y cuando, en el primer caso, el despido sea probado por el trabajador ante un juez; y, en el segundo, el trabajador haya tenido que demandar para cobrar las remuneraciones pendientes. Es cierto que en la práctica del derecho laboral, es crucial que todas las partes se adhieran a directrices comunes y eviten que personas irresponsables abusen de dicha flexibilidad excepcional mencionada en la sección anterior.

Desde la consideración de correlación de regla común y excepción, se toma en cuenta que la excepción debe tener una delimitación clara para evitar confundir la función de la regla común. Por lo tanto, enunciaremos los aspectos necesarios a fin de que proceda la flexibilidad excepcional, sobre todo evitar el abuso de la misma, específicamente como lo siguiente:

- El aspecto formal: el contenido de la flexibilidad excepcional debe ser prescrito de forma clara en las leyes o reglamentos administrativos, para no menoscabar las reglas comunes en la práctica del derecho laboral. No puede aplicar ninguna excepción no establecida previamente y formalmente;
- Los sujetos para los cuales se aplica la flexibilidad solamente son adultos mayores y jóvenes, por tanto, la contratación va dirigido a este grupo de la población, prohibiéndose que otra persona se aproveche de dicha flexibilidad.;
- El ámbito de la flexibilidad excepcional es solamente para las cláusulas relacionadas con las situaciones vulnerables de dichos sujetos, cada cláusula flexibilizada debería tener su racionalidad, es decir, la justificación desde la atención prioritaria de el por qué los sujetos necesitan flexibilizar dichas cláusulas;

³⁵ Como una expectativa de trabajador para accionar ante un juez, lo que fue explicado en el capítulo II sección 2.4 del presente trabajo de investigación.

³⁶ Artículo 94 del Código del Trabajo ecuatoriano (Suplemento del Registro Oficial No. 167, 16 de diciembre 2005).

- La premisa básica de flexibilidad es el consentimiento del trabajador, es decir que cualquier cláusula contemplada como flexibilizada, debe explicarse al trabajador para que tenga pleno conocimiento de sus derechos laborales, de tal manera que el sujeto en cuestión decida si acepta o no esta cláusula. El empleador no debe discriminar al trabajador o forzarle suscribir el contrato;
- La etapa de la aplicación de flexibilidad es solamente en la fase de pre-contratación, es decir, antes de suscribir el contrato laboral, con pleno conocimiento y consentimiento, las partes podrían tener flexibilidad de pactar las cláusulas según sus situaciones personales especiales. Cualquier cláusula estipulada y suscrita ya no puede ser modificada después.

Con las limitaciones expuestas, es posible promulgar flexibilidad excepcional en la contratación, considerado sólo a los sujetos aquí estudiados, evitando así la interferencia con el funcionamiento normal de las disposiciones del derecho laboral común. Sin embargo, la teoría debería ser examinada y ajustada en la práctica real del derecho laboral, con el objetivo de precautelar el abuso de la flexibilidad y resguardar los derechos de los trabajadores.

3.4 La necesidad del mercado laboral y retroalimentación positiva a los trabajadores.

Como se ha analizado la flexibilidad funciona positivamente en el mercado laboral, la puesta en acción de la flexibilidad excepcional también se debe a las consideraciones de la economía del país, según Guerrón Ayala, S. (2016):

“En razón de la crisis del Estado de Bienestar y de la globalización de la economía mundial, que obligaron a adoptar un nuevo modelo económico, mismo que se caracteriza por la apertura al comercio internacional y por la escasa intervención del Estado en la economía, surgen nuevas tendencias en el Derecho Laboral que sugieren la disminución de garantías y derechos de los trabajadores con el objeto de volver más cómodo al sistema que regula las relaciones laborales, fomentar el empleo y dinamizar la economía...”(p.8)

Es preciso presentar la situación actual del mercado laboral en el país y la comparación con otro escenario completamente diferente para una mejor reflexión. Como he expuesto anteriormente, el mercado laboral tiene dos aspectos principales: el suministro laboral y la demanda laboral, las cifras de empleo, desempleo y las estadísticas empresariales pueden

reflejar la situación actual de la contratación laboral en el país. Orientado por lo anterior, se ha investigado las siguientes cifras en la tabla³⁷: la tasa de participación global, tasa de empleo adecuado, tasa de subempleo, tasa de desempleo, ventas totales, número de empresas, plazas de empleo registrado, masa salarial.

Variables económicas	DIEE 2020				
	2019		2020		
Número de empresas	886.600			846.265	
Ventas totales (millones de dólares constantes de 2007)	\$114.957			\$97.756	
Plazas de empleo registrado	3.031.475			2.845.018	
Masa salarial (millones de dólares constantes de 2007)	\$18.433			\$17.248	
Indicadores Nacionales (en % respecto a la PEA)	oct-21	jul-22	ago-22	sep-22	oct-22
Tasa de participación global	66,0	66,7	66,3	67,4	67,2
Tasa de empleo adecuado	32,0	32,1	33,3	35,4	33,7
Tasa de subempleo	23,9	22,0	23,1	20,3	19,9
Tasa de desempleo	4,6	3,9	4,0	4,1	4,1

De lo observado, se ha notado una tasa normal de desempleo como 4,1%, sin embargo, existe una alta tasa de subempleo cuyo promedio es de 20%, la suma de las dos tiene casi un

³⁷ <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/sistema-estadisticas-laborales-empresariales/> (página oficial de INEC, consultado en 15 de noviembre de 2022)

valor equivalente a la tasa de empleo adecuado, es decir, aproximadamente la mitad de los trabajadores están en situación de subempleo y desempleo, es un gran problema social. Es un trabajo económico complicado analizar las razones del porqué la tasa de subempleo es muy alta en el Ecuador que no puede realizarse en la presente tesis, sin embargo, no cabe duda que este punto es un gran problema social, ya que la situación de las personas en categoría de subempleo la mayor parte de tiempo no tiene estabilidad ni ingreso suficiente para alcanzar los costos de la vida cotidiana. En caso del Ecuador, generalmente es por la dificultad de conseguir un trabajo adecuado, y por eso muchas personas solamente pueden laborar a medio tiempo, a fin de conseguir algún sustento y lograr una mejor calidad de vida.

Después de identificar el problema de subempleo y desempleo, ahora veamos las estadísticas empresariales, comparado con el año 2019, la cifra de empresas en el año 2020 tiene una disminución de casi 5% solamente en un año. En realidad, la pandemia es una razón de esta disminución porque causó una gran recesión económica en el país, en consecuencia, se reportó 4395 empresas quebradas en ese año, y según los datos de Expreso³⁸, 698.449 personas perdieron su empleo durante la pandemia. Estas cifras evidencian una crisis económica reflejada por la quiebra de las empresas en el país, lo que también agrava el problema de subempleo y desempleo. Por lo tanto, la medida fundamental para aliviar esta problemática es un mejor desarrollo de la economía nacional aumentando la capacidad y cantidad de las empresas en el Ecuador, jamás cabe la contratación laboral forzada o poner más obligaciones a las empresas nacionales, lo que realmente limita el desarrollo de las mismas perjudicando la economía nacional y consecuentemente disminuyendo las oportunidades de trabajo.

La esperanza de la sociedad está en los jóvenes, porque ellos son la fuente dinámica del país como se ha explicado en el primer capítulo, sus emprendimientos, sumado a su entrega e ideas nuevas, podrían lograr el desarrollo trascendental del país. Pese a la gran recesión de la economía después de pandemia y el problema grave de subempleo y desempleo, el Estado debe establecer políticas públicas y normativa que incentive la contratación laboral, para apoyar a los jóvenes emprendedores con sus actividades de emprendimiento, por ello, es necesario otorgarles mayor flexibilidad en la contratación en la fase inicial de sus negocios. Cuando los jóvenes emprendedores logren estabilizarse en el mercado, crearán más empleos

³⁸ <https://www.expreso.ec/actualidad/economia/pandemia-cerca-700-000-personas-perdieron-ecuador-87605.html>
(página de Expreso, consultada en 31 de diciembre de 2023)

para retroalimentar la sociedad, así es un ciclo de mejoramiento que vale la pena iniciar y apoyar.

3.5. Un test de ponderación para examinar la constitucionalidad de limitación de un derecho.

Para realizar un análisis de constitucionalidad de la excepción planteada en la sección anterior, se debe esclarecer dos consideraciones previas:

Consideración previa 1: sobre el principio de libre contratación y disposiciones imperativas en contratación laboral.

El numeral 16 del artículo 66 de la CRE establece la libertad de contratación, como libertad, derecho y principio, para estipular las cláusulas del contrato según la libre voluntad de las partes, siempre y cuando no violen las leyes, buenas costumbres y el orden público. El Código del Trabajo busca salvaguardar los derechos y beneficios de los trabajadores, por lo que existen las disposiciones imperativas que limitan la voluntad de estipular en contra de norma expresa, los pactos contrarios a dichas disposiciones son nulos. El Código de Trabajo también establece las circunstancias por las que los trabajadores pueden accionar ante un juzgado para reclamar las indemnizaciones establecidas en el Código del Trabajo, las partes tampoco pueden estipular cambiar las circunstancias establecidas en el Código.

Teórica y textualmente no existe un conflicto entre la libre contratación y disposiciones imperativas en contratación laboral, ya que dichas disposiciones son establecidas por una ley, y el límite claro de libre contratación es que las cláusulas no pueden violar una ley. Como la relación entre libertad y derecho es muy estrecha: ambos están interconectados y son inseparables. Por un lado, la ley estipula los límites de la libertad, y el ejercicio de la misma no puede tocar la línea roja de la ley. La violación de la ley puede tener como resultado la pérdida de la libertad; por otro lado, la ley es la garantía de la libertad, protegiendo los derechos y libertades legales de las personas contra interferencias e infracciones ilegales. La ley no sólo regula la libertad, sino que también garantiza su realización. En caso de contratación laboral, las leyes laborales garantizan los derechos de todos los trabajadores para la institucionalidad y fin constitucional. Por lo tanto, no cabe duda que todas las disposiciones

en las leyes laborales deberían ser obedecidas por las partes en la contratación, salvo excepciones prescritas por la legislación.

Consideración previa 2: la flexibilidad excepcional para los adultos mayores y jóvenes emprendedores violaría los principios de intangibilidad y no regresividad?

Sobre intangibilidad.

La intangibilidad, es un principio establecido en el artículo 326.2 de la CRE, “*2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.*” En este contexto, la intangibilidad significa la prohibición de cualquier alteración o modificación de los derechos laborales, una estipulación que contenga cualquier alteración, renuncia, regresión de los derechos laborales será nula, aunque el trabajador consienta la modificación. Entonces para determinar si la flexibilidad excepcional viola el principio de intangibilidad, se debe revisar si la flexibilidad implica un cambio en los derechos laborales.

En las secciones anteriores, se ha expuesto que la flexibilidad excepcional en la presente tesis está diferenciada y limitada a “*antes de la suscripción del contrato, las partes pueden prevenir lo que podría suceder en el futuro no por culpa de ambas partes y estipular una manera amistosa para solucionar los conflictos de la relación laboral.*” dicha flexibilidad no busca jamás la alteración de los derechos laborales sino una manera de solucionar conflictos futuros ocurridos, por las situaciones especiales de los empleadores de atención prioritaria. Por ejemplo, incluir una cláusula en el contrato de trabajo que haya sido aprobada tanto por el empleador como por el trabajador indicando los motivos de la terminación de la relación laboral, permitiría a las partes hacerlo de manera amistosa y sin desencadenar un reclamo de indemnización por despido intempestivo.

Considerando que la institución de despido intempestivo en el artículo 188 del Código del Trabajo no es un derecho, sino una expectativa para los trabajadores que exige accionar el sistema judicial y probar la existencia del despido que no es fácil desde el aspecto práctico. Por lo tanto, la flexibilidad limitada en la presente tesis no viola el principio de intangibilidad, sino más bien busca la armonía en la relación obrero - patronal, en base de los consentimientos otorgados por las partes.

Sobre el principio de no regresividad:

La regresividad implica retroceder el nivel de satisfacción de un derecho por cualquier vía, el cual solamente puede ser aumentado no disminuido. Aunque la excepción de

flexibilidad no busca alteración o renuncia de un derecho laboral, porque pretende una armonía entre un empleador de atención prioritaria y el trabajador, la cual está limitada por los ámbitos y análisis precisados.

Sin embargo, en algún sentido no se puede negar que dicha flexibilidad sí ha limitado algunos beneficios de los trabajadores previstos en el Código del Trabajo, por lo tanto, la excepción de flexibilidad laboral trata una limitación del ejercicio de los derechos laborales. Para examinar si esta limitación sería constitucional y si viola o no el principio de no regresividad, según el numeral 3 del artículo 3 de la LOGJCC, planteamos el siguiente test de ponderación³⁹ para analizar la constitucionalidad de la excepción planteada:

Test de ponderación:

A. El problema jurídico

Sobre la limitación de los derechos, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “...artículo 32.2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, y la Corte Constitucional (2022) en su Dictamen No. 4-22-RC/22 expresó “...los derechos constitucionales no son absolutos, la Constitución permite su regulación, desarrollo y ampliación por varias vías. Así, el legislador, en el ejercicio de su competencia de libre configuración del ordenamiento jurídico, puede regular los derechos, y como efecto de esa regulación, los puede limitar...”(p.22)

Revisada la excepción planteada, por un lado, se encuentran los beneficios de los trabajadores y sus derechos laborales; por otro, la flexibilidad excepcional en contratación laboral para jóvenes emprendedores y los adultos mayores, basado en el derecho de atención prioritaria en la CRE. En este caso concreto, el problema jurídico planteado es “¿si sería proporcional incorporar la flexibilidad excepcional en la contratación laboral para los grupos de personas de atención prioritaria: los adultos mayores y los jóvenes emprendedores?”

B. Argumentos:

A fin de analizar la proporcionalidad de incorporar la flexibilidad excepcional en contratación laboral para los jóvenes emprendedores y los adultos mayores como personas de

³⁹ 3. Ponderación. - Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

atención prioritaria, se debe examinar si las limitaciones hacia los derechos laborales cumplen con los estándares de fin constitucional, necesidad e idoneidad, proporcionalidad, como requisitos mínimos para limitar los derechos fundamentales:

1- Fin constitucionalmente válido: dado que, el fin de las excepciones planteadas es garantizar los derechos constitucionales de atención prioritaria de los grupos de personas analizadas en la contratación laboral, la realidad es que el estado carece recursos suficientes para cuidar las personas adultas mayores y apoyar a los jóvenes, por lo tanto, la mayoría de ellos no pueden depender de ninguna ayuda del estado sino buscar la solución por su propia cuenta. Para las personas adultas mayores, la flexibilidad de contratación laboral asegura el derecho de cuidado diario, vivir la vejez con dignidad; para los jóvenes emprendedores, la flexibilidad de contratación laboral facilita una mejor gestión en su recurso humano, en consecuencia apoya su emprendimiento en la fase inicial, fomenta el emprendimiento y la creación de más empleos, alivia el problema de desempleo y subempleo del país, alcanza los deberes primordiales del estado: el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, acceder al buen vivir, y el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo;

2- Las excepciones son idóneas para alcanzar el fin constitucional: en primer lugar, las excepciones no buscan modificar una normativa en general, ni alterar un derecho laboral, sino solamente insertan una flexibilidad excepcional a los empleadores de atención prioritaria en la estipulación de las cláusulas en fase de pre-contratación, en consideración de sus derechos de atención prioritaria; en segundo lugar, la libertad de contratación a estas personas de atención prioritaria no significa perjuicio a los trabajadores que trabajen para ellos, sino la libertad de contratación implica el respeto completamente a las voluntades de las partes, nadie puede ser obligado a firmar un contrato; en tercer lugar, la flexibilidad excepcional está sujeto a los parámetros de seguridad estricta, y además está limitada por los criterios enunciados en 3.3 del presente capítulo para evitar el abuso del concepto flexibilidad;

3- Las excepciones son necesarias: como se ha mencionado, el derecho de atención prioritaria de adultos mayores generalmente implica un cuidado diario, por lo que es necesario otorgarles flexibilidad de contratación laboral al estipular las cláusulas del cuidado diario, en tanto, los jóvenes emprendedores, necesitan libertad en contratación

laboral para su emprendimiento inicial, considerando que carecen de experiencia y suficientes recursos económicos, se debe apreciar su valor iniciativo, el ímpetu y pasión por emprender su propio negocio. El Estado y la sociedad son los llamados a facilitarles no solamente políticas públicas sino también alternativas convenientes para gestionar su emprendimiento inicial, lo que redundará en más empleos en el país, constituyéndose en un vehículo para alcanzar el pleno empleo.

Las excepciones analizadas son las menos gravosas, ya que no existe otro medio que disminuye menos beneficios de trabajadores y permita alcanzar la misma finalidad de atención prioritaria de los empleadores. En primer lugar, el aspecto formal, las excepciones deben estar establecidas en las leyes o acto administrativo formalmente, para evitar la extensión de las mismas y menoscabar las normativas comunes; en segundo lugar, la flexibilidad solamente puede ser otorgado en la fase pre-contratación, que es el contacto más temprano entre empleador y trabajador, no se puede cambiar cualquier cláusula pactada y suscrita; en tercer lugar, por el fondo, la flexibilidad es solamente diseñada para las situaciones especiales de atención prioritaria de las personas analizadas, excluyendo cualquier otra consideración. Por lo tanto, las excepciones son diseñadas de forma justa y necesaria, ya que no existe otro medio menos lesivo para alcanzar el mismo fin;

4- Las excepciones son proporcionales al sacrificio y los beneficios obtenidos: por un lado, el sacrificio de los trabajadores es la expectativa de estabilidad laboral, ya que la infracción al principio permitiría accionar ante un juez, a fin de reclamar las indemnizaciones correspondientes, ahora bien, el empleador al contar con flexibilidad en la fase de pre-contratación laboral, pierde el miedo a la contratación por el riesgo de la carga económica, se concentra en contratar con la posibilidad cierta de dar por terminado el contrato sin compensaciones altas; leída de forma íntegra esta propuesta, se puede decir que los trabajadores pueden acceder y ganar salarios a la brevedad posible, es decir que pese al sacrificio de la expectativa mencionada, los trabajadores tienen un beneficio real e inmediato, más aún, al existir una buena comunicación y comprensión entre las partes resultará en estabilidad material de la relación laboral.

Las excepciones son proporcionales también por las siguientes razones: en primer lugar, las excepciones están en la fase de pre-contratación, como primer contacto entre las partes para estipular las cláusulas del contrato laboral, en esta fase empleador y

trabajador son libres de conocer todos sus derechos y obligaciones que serán establecidos por el contrato laboral y decidir si aceptar o rechazar las cláusulas flexibilizadas, la flexibilidad nunca significa violar la voluntad de las partes; en segundo lugar, para aplicar esta flexibilidad, las excepciones deben ser bien justificadas, limitadas y cumplir las buenas costumbres y el orden público; En tercer lugar, lo sacrificado no es un derecho laboral, sino una expectativa prevista para el trabajador, ya que las leyes laborales⁴⁰ ha restringido las causas por las que el empleador puede terminar la relación laboral por visto bueno. Comparado con el sacrificio, los beneficios son más significativos para las partes, ya que el derecho de atención prioritaria del empleador podrá ser garantizado en la contratación laboral, lo más importante es que las partes podrán llegar a un acuerdo más rápido y amistoso, para la mejora del beneficio común. Por lo tanto, las excepciones son racionales y aceptables, los sacrificios existen, sin embargo, los logros son proporcionales.

C. Reflexiones y respuesta al problema jurídico.

Por todo lo expuesto en los numerales 1, 2, 3, 4, las excepciones cumplen los parámetros de fin constitucional, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, cumplen el test de ponderación, así que tiene legitimidad limitar algunos beneficios de los trabajadores en la fase de precontratación laboral, siendo proporcionales para garantizar los derechos de atención prioritaria y lograr el fin constitucional de proteger los derechos consagrados en la Constitución. Por lo expuesto, se concluye que el problema jurídico planteado de incorporar las excepciones de flexibilidad en pre-contratación laboral para los grupos de personas analizadas es viable, proporcional y constitucional. En base de este análisis y test, será oportuno diseñar los detalles de flexibilidad excepcional como una referencia para que los legisladores puedan considerar, realizar un análisis más profundo y lanzar varios debates en este tema. Si las propuestas pasaran todos los procesos de legislación, las autoridades pertinentes podrán realizarlas en cumplimiento de los fines constitucionales y los deberes del estado.

⁴⁰ Por ejemplo, la indemnización por despido intempestivo no es un derecho sino una expectativa del trabajador, quien debe accionar el sistema judicial y demostrar que ha sido despedido y solo a partir de esta demostración se generan las indemnizaciones establecidas en los artículos 185 y 188 del Código de Trabajo que fue explicado en el capítulo II sección 2.4 del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO IV. DISEÑO DE LAS PROPUESTAS DE LEGISLACIÓN EN CONTRATACIÓN LABORAL.

En base a lo expuesto en el capítulo anterior, la excepción que cumple el test de constitucionalidad es la flexibilidad limitada en varios aspectos: formalidad (prescrito en leyes o reglamentos), sujetos (adultos mayores y jóvenes), fase (pre-contratación), premisa básica (consentimiento de las partes: trabajador y empleador), las cuales facilitan la estipulación de las cláusulas que hayan sido aprobadas por las partes indicando el motivo de la terminación de la relación laboral, tomando en cuenta las situaciones especiales de los empleadores de atención prioritaria, para permitir a las partes solucionar conflictos futuros de una manera amistosa, sin desencadenar un reclamo de indemnización por despido intempestivo.

Basado en dichas directrices, en el presente capítulo se analiza el ejemplo de China, a fin de buscar propuestas concretas que sean óptimas para la situación del Ecuador, las cuales podrían ayudar a vislumbrar una nueva perspectiva en la legislación laboral, para ello será necesario llamar a la cooperación social y evitar el “dilema prisionero⁴¹”.

4.1. Comparación del régimen laboral de China como referencia de las propuestas.

En los últimos 30 años, China ha experimentado varios cambios típicos, extremos y trascendentales del régimen laboral, los cuales se dividen en dos épocas de máxima flexibilidad (1995-2007) y mínima flexibilidad (2007-actualidad), se los invoca como una referencia importante para las propuestas concretas de la legislación ecuatoriana.

- Primera época de máxima flexibilidad: caracterizada por las dolorosas lecciones que las restricciones de la libertad económica causaron como: carencia de mercancías y pobreza en la época de economía planificada (1949-1978 en la República popular de China), debido a lo mencionado la reforma económica china de 1978 a 1995 llevó una

⁴¹ Como el Dr. Nicholas Gregory Mankiw señala en su libro Principles of Economics (2016) sobre “the prisoner's dilemma”, implica que dos prisioneros pueden no cooperar, incluso si en ello va el interés de ambas, resultará en perjuicio de ambas partes.

transformación de la economía planificada a la economía de mercado⁴². Uno de los resultados de esta transformación fue el surgimiento del "libre mercado laboral", por un lado está la política flexible casi sin restricciones que fomentó el desarrollo de las manufacturas y la economía de mercado, ya que por el costo mínimo de labor(sin bienestar ni seguridad social de trabajador), las fábricas recibieron muchos pedidos internacionales de este tipo, y además dicho desarrollo económico aumentó los puestos de trabajo, así que los trabajadores podían conseguir un empleo con mucho más facilidad; por otro lado, en el estado sin control de autoridades en el mercado laboral, los empleadores explotaron los derechos de los trabajadores a su máximo nivel para su propio beneficio, y esto condujo muchas injusticias dirigido a los trabajadores como: salario escaso que no podía sostener la vida diaria, despido intempestivo o enfermedades ocupacionales sin indemnizaciones, peor aún las tragedias como accidentes laborales por omisión de empleadores o falta de equipos de protección personal, entre otros.

- Segunda época de mínima flexibilidad: Por las injusticias mencionadas en el mercado laboral (causa interna) y las críticas internacionales sobre los derechos humanos (causa externa), los trabajadores exigían mayor protección y la sociedad china necesitaba un nuevo ordenamiento jurídico para regular las actividades laborales. Estos factores impulsaron la entrada en vigor de la Ley de Contrato Laboral de la República Popular China (LCLRPC⁴³), lo que terminó el estado de "libre mercado laboral" que se mantuvo durante casi 10 años., esta norma establece entre otras, limitaciones en la contratación y desvinculación de trabajadores, impulsa una mayor protección para los derechos de los trabajadores y fomenta la justicia en el campo laboral, por lo que sin duda alguna dicha legislación tiene la relevancia social trascendente para el cuidado de los trabajadores y la justicia institucional.

Sin embargo, los estudios realizados en los años posteriores a la promulgación de LCLRPC han demostrado que las restricciones en las relaciones laborales son una de las

⁴² Para conocer más sobre la historia del Partido Comunista de China, revise el libro de Ríos, X. (2007), las encrucijadas del partido comunista en China. Las épocas anteriores del mercado libre son la época de economía planificada (1949-1978, durante casi 30 años desde el Partido Comunista de China ganó la guerra civil y tomó el poder del país en el año 1949, en el cual se aplicaba la economía planificada, la misma era la causa directa de la inefficiencia de producción y carencia de mercancías) y la época de transformación (1978-1995).

⁴³ Fue aprobado el 29 de junio de 2007 por la Asamblea Popular de China, publicado en la página oficial del Gobierno Popular Central de la Rebliga Popular China: https://www.gov.cn/flfg/2007-06/29/content_669394.htm

causas del problema de desempleo en China, lo que ha recibido muchas críticas de la sociedad y se refleja en los siguientes aspectos:

A- Las causas de terminación de la relación laboral son muy limitadas y estrictas: en el artículo 39 de la LCLRPC establece que solamente las causas graves originadas por el trabajador permitirían al empleador desvincular o dar por terminada la relación laboral, por citar un ejemplo, si el trabajador no acata las ordenes racionales del empleador o causa un daño grave al empleador. Estas restricciones aumentan la dificultad de administrar el talento humano (trabajador) y afecta negativamente la eficiencia de producción, ya que, por un lado, el empleador no dispone de flexibilidad para desvincular a un trabajador que no cumple bien su trabajo y sustituirlo por otro más adecuado y eficiente.

Es decir, si el trabajador no labora correctamente, podrá mantener su puesto en la empresa siempre y cuando la falta no sea calificada como “grave”, o peor aún, el trabajador podría intentar impacientar al empleador con el fin de lograr el despido y reclamar las indemnizaciones por despido intempestivo ante autoridad competente, lo que realmente causará diferencias en la relación de las partes y ocasionará más controversias en la sociedad. ¿Cuáles son las consecuencias de dicha situación? Prevista dicha dificultad de desvinculación y desfavorabilidad en conflictos laborales, los empleadores tienen más precaución en decidir si contratar o no un trabajador y no prefieren una relación laboral de largo plazo, además muchos trabajadores son desvinculados legalmente en el periodo de prueba máximo 6 meses⁴⁴, lo que irónicamente afecta el acceso de trabajo y la estabilidad de la relación laboral.

B- Cuando un empleador enfrenta pérdidas en años consecutivos, disminución del capital u otros peligros de quiebra, la desvinculación de algunos trabajadores para reducir gastos y sobrevivir solía ser una alternativa, con la LCLRPC no se considera esta necesidad como una causa de desvinculación legal y así el empleador debe pagar una alta indemnización al trabajador en dichos escenarios. Lo que dificulta a las empresas sobrevivir en una situación extrema internacional. Por ejemplo, en el año 2008, el primer año de vigencia de la LCLRPC, sucedió “La crisis de las hipotecas subprime⁴⁵”, causando numerosas quiebras de las empresas pequeñas en Dongguan⁴⁶ China⁴⁷, y un aumento significativo de juicios laborales en

⁴⁴ Según el artículo 19 de la LCLRPC, En todo contrato laboral de plazo superior a 3 años o indefinido, se puede pactar el periodo de prueba máximo 6 meses.

⁴⁵ Se refiere a una crisis financiera ocurrida en Estados Unidos debido a la quiebra de prestamistas de hipotecas de alto riesgo, el cierre forzoso de fondos de inversión y las violentas fluctuaciones del mercado de valores.

⁴⁶ La ciudad antes llamada como “el centro industrial del mundo”.

ese año, convirtiéndose en un factor que influyó en la situación de desempleo.

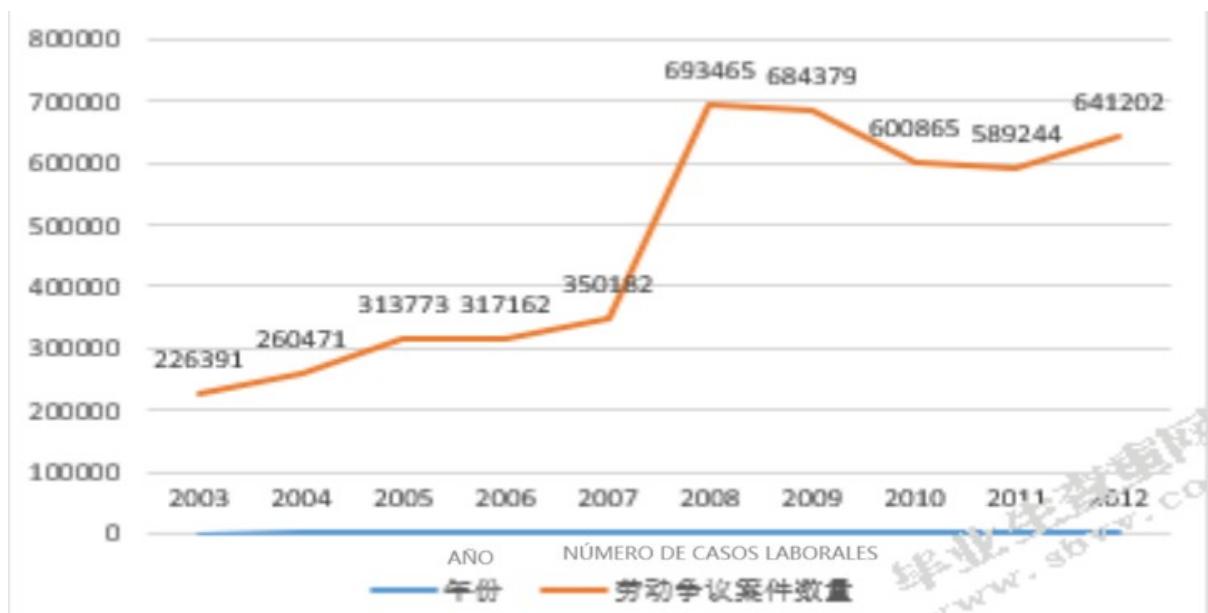
C- La indemnización por desvinculación de la relación laboral es muy alta: según el artículo 87 de la LCLRPC, la indemnización por despido intempestivo es de dos salarios mensuales por año servido. Por ejemplo, si un trabajador (con el salario de 3600 yuanes, equivalente a 500 dólares) ha trabajado dos años en una empresa, la indemnización en esta circunstancia sería 4 salarios mensuales, equivalente a USD. 2000, es elevado comparado con la mayoría de los países en ASIA ORIENTE, incluso comparado con el Ecuador (3 meses de remuneraciones según el artículo 188 del Código del Trabajo Ecuatoriano). La ventaja de esta norma es brindar mayor protección a los trabajadores, no obstante, la desventaja es que aumenta los costos de las empresas y reduce su poder en la competencia global, especialmente con los países cercanos. Por el alto gasto previsto en las controversias laborales, muchas empresas manufactureras mudaron sus fábricas a países con sistemas laborales menos rigurosos, como Vietnam, Tailandia, Laos, etc. después de la implementación de LCLRPC en el año 2007. En consecuencia, los empleos están disminuyendo y el problema del desempleo en China se ha agravado.

La LCLRPC en general, tiene una función positiva y justa en proporcionar protección a los derechos de los trabajadores, no obstante, ha irritado los problemas sociales: las quiebras de las empresas pequeñas y una gran disminución del valor de exportación por el aumento del costo laboral, los cuales agravaron el problema de subempleo y desempleo. Además, aumenta los juicios laborales en cantidades considerables, los detalles se reflejan en la siguiente tabla⁴⁸:

⁴⁷ Fuente de información en la página oficial:

https://www.cnr.cn/2008zt/ggkf/shibadianxing/gddg/zxsj/200811/t20081111_505148190.html (traducido y sintetizado por LIU ZHENGPENG)

⁴⁸ Fuente de la información: <https://www.sbvv.cn/chachong/7699.html> (traducido por LIU ZHENGPENG)



En virtud de las críticas expuestas, se ha notado una mayor restricción para empleadores y mayor protección para trabajadores que seguramente no resultará en mayores beneficios, esencialmente para los trabajadores, cabe considerar dos perspectivas a tomar en cuenta para la reforma de la LCLRPC:

Es evidente que por la desigualdad en la relación laboral, la legislación debe procurar proteger y garantizar los derechos laborales de los trabajadores, lo que es primordial y justo para el desarrollo sostenible de la sociedad. A fin de preservar los derechos de los trabajadores y la seguridad en el lugar de trabajo, una flexiseguridad adecuada es esencial para el mejor crecimiento y desarrollo del empleador, lo que puede conducir a la creación de más puestos de trabajo. Como resultado, los trabajadores pueden beneficiarse de estas plazas de trabajo recién creados permitiendo un desarrollo sostenible del mercado laboral, el cual garantiza el beneficio esencial de la mayoría de los trabajadores - “el pleno empleo”. Kevin Ayala

Considerando estas dos perspectivas, los parámetros expuestos en el tercer capítulo “flexibilidad” y “seguridad”, son importantes en el mercado laboral, y la combinación de “flexiseguridad” busca el equilibrio de los dos para ofrecer a los trabajadores mayor seguridad y estabilidad y al mismo tiempo, brindar a los empleadores capacidades de adaptación y desarrollo. Por lo tanto, se considera que la LCLRPC podría ser reformado en los siguientes dos aspectos: A- facilitar a los empleadores más causas para dar por terminada de relación laboral; B- Rebaja de las indemnizaciones en caso de peligro de quiebra.

Existen muchos aspectos de flexibilidad y seguridad en el lugar de trabajo, entre los cuales se ha observado que las razones para terminar una relación laboral son el factor más significativo a la luz de las leyes laborales chinas y el potencial de Ecuador para una flexibilización similar. En el capítulo IX del Título II del Código del Trabajo Ecuatoriano, establece nueve causas para la terminación del contrato individual. La legislación laboral ecuatoriana, no se puede asimilar a los ejemplos de China por el sistema jurídico distinto, no obstante, podría servir como referencia para diseñar normas flexibles y seguras en la contratación laboral en situaciones especiales.

La siguiente sección se enfoca en establecer las causas de terminación del contrato de trabajo, en caso de que los empleadores sean adultos mayores y jóvenes, por considerar constitucional otorgarles alternativas en contratación laboral.

4.2. Las posibles propuestas de excepciones y su diseño en Ecuador.

El artículo 132 de la CRE⁴⁹, establece que se requerirá de ley en seis casos: regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; tipificar infracciones y establecer las sanciones; crear, modificar o suprimir tributos; atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los GAD; modificar la división político-administrativa; y otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general; y, cuando no se requiera de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Por lo tanto, cabe distinguir la flexibilidad analizada si corresponde a uno de los seis casos citados o solamente se ejercería a través de acuerdos ministeriales o resoluciones.

En Ecuador existe un sistema jurídico laboral que es integral, racional y constitucional que regula las actividades en el ámbito de trabajo y vela perfectamente por los derechos laborales de los trabajadores. También se ha notado que el régimen ecuatoriano de contratación laboral es bastante específico y cuidadosamente diseñado en casi todos los aspectos de trabajo. En cuanto a las causas para la terminación del contrato individual, el artículo 169 del Código del Trabajo establece las causas, dentro de las cuales cabe mencionar la

⁴⁹ Artículo 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que

primera: “*1. Por las causas legalmente previstas en el contrato;*”, se desprende que dicho Código ha respetado la voluntad de las partes por otorgarles la libertad de estipular las causas de terminación en el contrato, sin embargo, dichas causas deberían ser previstas de forma “legal” y el Código no ha establecido qué serían las formas legales y qué no son. En general, “causa legal” implica la que no viola las disposiciones de las leyes ni vulnera los derechos constitucionales y laborales, cuando las leyes no prohíben serán permitidos⁵⁰.

Sin embargo, en la práctica laboral, existen varios casos que demuestran la necesidad de regular qué son las causas legales y qué son las causas ilegales a fin de interpretar y aclarar el numeral 1 del artículo 169 del Código del Trabajo. Para enunciar la necesidad de dicha aclaración, se invoca una sentencia típica sobre estipulación de las causas de terminación del contrato laboral en China emitida por la corte de Shanghai⁵¹. Los hechos del caso: *el Sr. Wang y la empresa A suscribieron un contrato laboral, en el cual existe una cláusula que permite a la empresa dar por terminado el contrato si Wang no puede cumplir la meta de ventas por dos meses consecutivos. Por esta cláusula la empresa desvinculó el Sr. Wang sin pagar ninguna indemnización.* En resumen, la sentencia, la Corte de Shanghai considera que dicha cláusula es nula porque ha violado el principio de estabilidad que garantiza a todo trabajador permanecer en el empleo y obtener beneficios de su trabajo, ya que un empleador está obligado a capacitar el personal y ajustar el puesto a fin de que el trabajador pueda desempeñar bien su cargo. Además, *no cumplir la meta de ventas* no es una falla grave en el reglamento del empleador ni una causa legal establecida en la LCLRBC. Por lo tanto, el empleador no puede terminar el contrato laboral por dicha cláusula y se dispone el pago al trabajador la indemnización por despido intempestivo.

En virtud del ejemplo en China, se ha notado que las cláusulas de terminación del contrato laboral están restringidas por varios principios y reglas, a criterio de este autor la falta de definición del concepto “causas legales” confunde a las partes al momento de estipular las cláusulas de terminación. La flexibilidad y/o aclaración de esos fundamentos legales para dar por terminado el contrato de trabajo, en general, no corresponde a ninguno de los seis supuestos de promulgación de una ley previstos en el artículo 132 de la CRE; en cambio, debe ejercerse mediante acuerdos o resoluciones. Según el artículo 539 del Código

⁵⁰ Un principio común en derecho civil, su origen es del libro “Contrato Social” de Rousseau, Jean-Jacques (francés, 1712-1778.)

⁵¹ Fuente de Información:

<https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xnrx.jsp?pa=aaWQ9MTAyMDMyMjUxMiZ4aD0xJmxtZG09bG01MTkPdcssz&zdc=>
(Página oficial de la corte popular de Shanghai)

del Trabajo ecuatoriano, el Ministerio del Trabajo es competente teniendo la atribución de expedir acuerdos ministeriales y regulaciones a nivel nacional en materia laboral, para regular las actividades de trabajo, basándonos específicamente en esclarecer las causas por las que los jóvenes emprendedores y los adultos mayores terminan la relación laboral, lo cual podría ser establecido por las partes con su consentimiento libre, determinando las causas válidas y las nulas.

Sobre las actividades de emprendimiento en el ámbito laboral, actualmente ya existe el acuerdo ministerial de emprendimiento MDT-2020-222⁵², el cual regula los nuevos emprendimientos de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, para incentivar la generación de empleo entre otros. Para que el análisis sea más comprensible, se cita los siguientes artículos relevantes del MDT-2020-222 como los siguientes:

artículo 1.- Objeto.- El presente Acuerdo Ministerial tiene por objeto expedir las directrices que regulen el régimen especial de contratación de trabajadores aplicable a los nuevos emprendimientos de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, cuya finalidad es incentivar la generación de empleo y la formalización del trabajo en los emprendimientos bajo condiciones justas y equitativas para sus partes, permitiendo el impulso económico y productivo del país.

artículo 2.- Ámbito.- En apego a los derechos contenidos en el ordenamiento jurídico, podrán acogerse a las disposiciones de la presente norma, todos los empleadores que consten en el Registro Nacional de Emprendimiento (RNE) y que celebren contratos de trabajo de emprendimiento con su personal.

artículo 3.- Del contrato de emprendimiento.- Es aquel contrato de trabajo celebrado entre un empleador inscrito en el Registro Nacional de Emprendimiento (RNE) y un trabajador que prestará sus servicios bajo relación de dependencia para el emprendimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, el contrato de trabajo emprendedor podrá celebrarse por jornada completa o jornada parcial, atendiendo a las necesidades del emprendimiento.

artículo 4.- Del contrato y su registro.- El contrato de emprendimiento deberá celebrarse por escrito y contendrá, además de los requisitos establecidos en el artículo 21

⁵² Expedido en el 30 de Octubre de 2020 por el Ministerio del Trabajo.

del Código del Trabajo; el tipo de jornada pactada, el horario en que será ejecutada la labor por el trabajador, la indicación expresa del emprendimiento cuyo desarrollo se pretende, el plazo previsto por el empleador para cumplir exitosamente con el emprendimiento; y, las actividades que serán desarrolladas por el trabajador.

Una vez suscrito el contrato de emprendimiento, este deberá ser registrado por el empleador en el Sistema Único de Trabajo (SUT) dentro del término de quince (15) días contados a partir de su suscripción junto con el certificado emitido por el Registro Nacional de Emprendimiento (RNE). La información registrada en el Sistema Único de Trabajo (SUT) será responsabilidad exclusiva del empleador.

artículo 5.- De la duración del contrato de emprendimiento.- un período de prueba de hasta noventa (90) días en la primera contratación; y, podrá ser renovado de común acuerdo por las partes hasta por el plazo en el cual este vigente la certificación del Registro Nacional de Emprendimiento (RNE).

Al finalizar el último plazo acordado, el contrato terminará de pleno derecho, salvo que las partes de manera tácita o expresa acuerden continuar con la relación laboral, en cuyo caso se entenderá a partir de ese momento, para todos los efectos legales, como un contrato de trabajo indefinido. El contrato indefinido mantendrá las condiciones establecidas en los términos de la contratación inicial.

(...)

artículo 12.- De la terminación de la relación laboral.- La relación laboral del contrato de emprendimiento terminará una vez concluido el plazo, la labor, el servicio o actividad a realizarse para la que fue contratado el trabajador, sin necesidad de que opere cualquier otra formalidad.

A este tipo de contratos se le aplicarán las causales de visto bueno determinadas en los artículos 172 y 173 del Código del Trabajo, así como también las causales de terminación de contrato establecidas en el artículo 169 del Código del Trabajo.

Si la terminación de la relación laboral se da por decisión unilateral del empleador antes del plazo convenido, el trabajador tendrá derecho al pago de la indemnización prevista en el artículo 188 del Código de Trabajo.

artículo 13.- Del control.- El Ministerio del Trabajo realizará los controles y verificaciones necesarias para precautelar el cumplimiento de los derechos de las partes de la relación laboral y la ley.

Cabe mencionar que el Registro Nacional de Emprendimiento (en adelante RNE) como un servicio orientado a fomentar su desarrollo posee muchos aspectos positivos⁵³: registro en línea, celeridad, sin costo, beneficiarios emprendedores pequeños e iniciativos, etc, sin embargo, para las situaciones de los jóvenes emprendedores enunciadas en el tercer capítulo, es imprescindible analizar los siguientes artículos del MDT-2020-222: El artículo 5 establece que la duración del contrato de emprendimiento será de un año y podrá ser renovado de común acuerdo hasta la fecha de vigencia de la certificación del RNE,. Es decir que nos encontramos en el supuesto del numeral 3 del artículo 169 del Código del Trabajo, la conclusión del periodo de un año de labor sería la causa legal de terminación del contrato de emprendimiento.

Sin embargo, este acuerdo ministerial no analiza la situación especial de los jóvenes emprendedores, que como habíamos señalado, muchos de ellos corren riesgo de quiebra en menos de un año, en este caso no se puede aplicar la terminación por cumplir el plazo del contrato, sino se debe buscar otro soporte legal para dicho escenario. Sobre la terminación de la relación laboral, el artículo 12 establece que se aplica las causales de visto bueno determinadas en los artículos 169, 172 y 173 del Código del Trabajo, y no se ha delimitado las causas legales de terminación que las partes pueden estipular. Así que, en el caso de quiebra del emprendimiento de los jóvenes, cuando no existe una causa legal prevista por las normas vigentes para dar por terminada la relación laboral por visto bueno, se debe aplicar el artículo 193 del Código del Trabajo⁵⁴ por lo que los jóvenes emprendedores deberán pagar la bonificación e indemnización por despido intempestivo.

El escenario analizado en el párrafo anterior busca evidenciar la necesidad de que los jóvenes emprendedores puedan estipular las causas legales por las cuales consigan dar por terminada la relación laboral, especialmente, cuando se presente una situación que no es posible evitar. Así que el ajuste de las causas legales no corresponde en ningún caso de

⁵³ Fuente de información: <https://www.gob.ec/mpceip/tramites/emision-registro-nacional-emprendimiento> (página oficial del portal único de trámite ciudadano.)

⁵⁴ artículo 193.- Caso de liquidación del negocio. (...) Si por efecto de la liquidación de negocios, el empleador da por terminadas las relaciones laborales, deberá pagar a los trabajadores cesantes la bonificación e indemnización previstas en los artículos 185 y 188 de este Código (...)

requerimiento de ley según estable el artículo 132 de la CRE, sino corresponde la atribución del Ministerio del Trabajo de expedir acuerdos ministeriales para regular las actividades de trabajo. Por lo tanto, la propuesta de flexibilidad de las causas para los jóvenes emprendedores es:

Agréguese a continuación del segundo inciso del artículo 12 del MDT-2020-222, *“Excepcionalmente los emprendedores jóvenes, entendidos estos como aquellos entre los 18 y 29 años, por su derecho de atención prioritaria, podrán estipular causas racionales de terminación del contrato laboral basándose en escenarios futuros e inesperados del giro de negocio, como eventos fortuitos que perjudiquen las actividades del negocio ocasionando el cese de las mismas, exonerándoles del pago de indemnización alguna.”*

En cuanto al otro grupo objeto de análisis, los adultos mayores que necesitan contratar cuidado diario, por sus situaciones especiales analizadas en los capítulos anteriores, también es necesario flexibilizar las causas para dar por terminado el contrato laboral, dicha flexibilización no corresponde a ninguno de los casos de requerimiento de ley, sino corresponde a la atribución del Ministerio del Trabajo. Sin embargo, no existe un acuerdo ministerial vigente que aborde este tema de cuidado diario a los empleadores adultos mayores. Por lo tanto, se debe expedir un nuevo acuerdo ministerial, para regular las actividades de cuidado diario, para este sector de la población, en base a lo analizado en los capítulos anteriores y el tema de cuidado diario.

Es relevante mencionar la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano, cuyo objeto es garantizar el ejercicio pleno de ser cuidado, auto-cuidado y cuidar a un tercero. Sin embargo, el artículo 4 de la dicha ley ha establecido que los titulares son las personas trabajadoras, y los empleadores son los que deben facilitar las condiciones favorables al cuidado, ya que en general los empleadores están en posición dominante que pueden disponer libremente su tiempo y actividades para ser cuidado y su auto-cuidado, no obstante, para los empleadores adultos mayores, su cuidado diario se basa en su derecho de atención prioritaria por su vulnerabilidad y la moral social. Además, en su contratación de cuidado diario siempre existen situaciones imposibles de prevenir y evitar que hace imposible continuar la relación laboral, y dicha situación debería ser apreciada de manera diferenciada con la de otros empleadores. Por lo tanto, inspirado por el acuerdo ministerial de emprendimiento, un nuevo acuerdo ministerial para los empleadores adultos mayores podría ser el siguiente:

“artículo 1 Objeto.- El presente Acuerdo Ministerial tiene por objeto expedir las directrices que regulen el régimen especial de contratación de trabajadores aplicable a los adultos mayores de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, con finalidad de regular las actividades de cuidado diario, entendiéndose estas como la contratación de servicios para actividades básicas de la vida diaria como son el cuidado del cuerpo y la mente, que promuevan un envejecimiento saludable y digno del adulto mayor.

artículo 2.- Ámbito.- El presente acuerdo ministerial tiene aplicación para los empleadores adultos mayores que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.

artículo 3.- Del contrato de cuidado diario.- Es aquel contrato de trabajo celebrado entre un empleador adulto mayor y un trabajador que prestará sus servicios bajo relación de dependencia para el cuidado diario, el contrato podrá celebrarse por jornada completa o jornada parcial, atendiendo a las necesidades del empleador.

artículo 4.- Del contrato y su registro.- El contrato del cuidado diario deberá celebrarse por escrito y contendrá los requisitos establecidos en el artículo 21 del Código del Trabajo. Una vez suscrito el contrato del cuidado diario, este deberá ser registrado por el empleador en el Sistema Único de Trabajo (SUT) dentro del término de veinte (20) días contados a partir de su suscripción.

artículo 5.- De la duración del contrato del cuidado diario.- Basado en la situación del cuidado diario, las partes podrán estipular de común acuerdo la duración del contrato de cuidado diario, dentro del cual se podrá acordar un periodo de prueba de hasta noventa (90) días en la contratación, siempre y cuando dicha estipulación no viole las leyes laborales ni vulnere los derechos laborales.

artículo 6.- De la jornada y las vacaciones- las cláusulas de la jornada del contrato del cuidado diario deberían cumplir todas normas establecidas en el capítulo V del Código del Trabajo, de la duración máxima de la jornada de trabajo, de los descansos obligatorios y de las vacaciones.

artículo 7.- De la remuneración.- las cláusulas de la remuneración deberían cumplir todas las normas establecidas en el capítulo VI del Código del Trabajo, de los salarios, de los sueldos, de las bonificaciones y remuneraciones adicionales.

artículo 8.- De la terminación de la relación laboral.- La relación laboral del contrato de emprendimiento terminará una vez concluido el plazo, la labor, el servicio o actividad a realizarse para la que fue contratado el trabajador, sin perjuicio de las causas racionales de terminación estipuladas por las partes según la necesidad de cuidado diario por el derecho de atención prioritaria del empleador adulto mayor.

artículo 9.- Del control.- El Ministerio del Trabajo realizará los controles y verificaciones necesarias para precautelar el cumplimiento de los derechos de las partes de la relación laboral y la ley. ”

Estas propuestas han sido formuladas después de un análisis crítico a la situación laboral ecuatoriana, en aras de buscar mayor empleabilidad, sin abandonar la seguridad para los trabajadores, las teorías siempre se perfeccionan por el proceso de debate y crítica, las propuestas mostradas son para la consideración y reconsideración de la sociedad y juristas, para el desarrollo y la mejora de las teorías en el ámbito laboral, cuyo fin es alcanzar el desarrollo sostenible del mercado laboral y el bien común de la sociedad.

4.3. Conclusiones.

- La excepcionalidad propuesta para los empleadores, adultos mayores y jóvenes emprendedores se basan en la materialización de sus derechos constitucionales de atención prioritaria, su vulnerabilidad e importancia social. Por un lado, es una moral básica garantizar a los adultos mayores que se beneficien de los servicios públicos y privados de calidad a menor costo, especialmente en una contratación de cuidado diario, puesto que la mayoría de aquellos han cumplido con su deber social de trabajar en servicio de la sociedad la mayor parte de su vida y debido a su edad, condición física - mental requieren de personal de apoyo; otro punto a considerar son los jóvenes como recurso precioso y estratégico de la sociedad, particularmente los emprendedores en edad joven no compiten por los escasos puestos de trabajo que existen, sino que crean oportunidades de trabajo a través de sus actividades de emprendimiento, es por ello que merecen apoyo en el ámbito de contratación laboral con la finalidad de buscar desarrollo económico y consecuentemente dinamizar la economía.

- Para incorporar las excepciones para dichos empleadores en el ámbito de contratación laboral, se debe tomar en cuenta que el derecho laboral es un derecho social fundamental para salvaguardar los beneficios de los trabajadores. Además, existen varios principios laborales y constitucionales que rigen y regulan las actividades laborales, los más destacados para analizar son estabilidad, intangibilidad y no regresividad. Por lo tanto, las consideraciones excepcionales no deben violar los principios laborales, ni vulnerar los derechos laborales y constitucionales.
- En virtud de lo analizado en los primeros capítulos como es la teoría de flexibilidad y seguridad laboral, se induce que la excepción posible es otorgar a dichos empleadores de atención prioritaria más flexibilidad, estipular las cláusulas legales en la fase pre-contratación según su propia situación vulnerable, lo que debería ser limitado por varios parámetros como formalidad, sujetos, fase en pre-contratación y consentimientos de las partes, para evitar el abuso de la flexibilidad.
- A través del test de ponderación, se ha verificado que la flexibilidad excepcional cumple los requisitos mínimos para limitar los derechos fundamentales: a- Fin constitucionalmente válido: garantizar los derechos constitucionales de atención prioritaria de este grupo de empleadores en la contratación laboral; b- La flexibilidad limitada es idónea ya que no busca modificar una normativa en general ni alterar un derecho laboral, sino solamente inserta una flexibilidad excepcional para lograr mayores fuentes de empleo; c- la flexibilidad limitada es diseñada de forma justa y necesaria, ya que no existe otro medio menos lesivo para alcanzar la finalidad; d- la flexibilidad tiene su racionalidad y aceptabilidad, pero los sacrificios son mínimos comparados con los logros a obtenerse.
- Analizado los escenarios concretos de conformidad con los seis casos de requerimiento de ley y las atribuciones del Ministerio del Trabajo establecidos respectivamente en la CRE además del Código del Trabajo, la flexibilización no corresponde a ninguno de los casos de requerimiento de ley, sino hace énfasis a la atribución del Ministerio del Trabajo de expedir acuerdos ministeriales.

4.4. Recomendaciones y un llamado a la cooperación social.

En el ámbito de la academia del derecho como una ciencia social empírica, muchos problemas jurídicos no tienen una respuesta estándar, y las teorías se perfeccionan por el proceso de debate y crítica. Tras todas las argumentaciones y conclusiones en la presente tesis, existen ciertos temas relevantes para destacar y seguir discutiendo en la última sesión como las siguientes recomendaciones:

- Juventud y vejez son etapas transcurridas en la vida de la mayoría de la sociedad, las cuales también pueden ser considerados desde una perspectiva humana y de esperanza social, puesto que el ser humano como criatura racional estima y evalúa el ambiente social, para ajustar su plan personal y familiar, mientras el comportamiento personal de cada uno afecta a los demás abarcando toda la sociedad y viceversa. Aunque la atención a los adultos mayores y jóvenes no puede conducir a beneficios inmediatos a la sociedad, es preciso exhortar para ellos mayor apoyo .
- Los derechos laborales y la protección a los trabajadores reflejan la conciencia y la justicia social, que deben considerarse primordialmente para evitar el abuso de flexibilidad en el ámbito laboral.
- Imperioso considerar la estabilidad material de una relación laboral, en la que las dos partes- trabajador y empleador cooperan trabajando juntos, para lograr beneficios comunes. Ciertamente los trabajadores cuentan con muchos soportes legales en la práctica laboral, sin embargo, proponer un proceso judicial es como juego de suma cero en la que una parte gana y otra parte pierde, por cuanto los juicios laborales no producen utilidades ni generen beneficios, sino que los trabajadores pierden su tiempo y energía y los empleadores gastan más dinero en contratar servicios jurídicos.
- La disyuntiva en la que los trabajadores consideren interponer un proceso judicial para obtener indemnizaciones y los empleadores pretendan contratar trabajadores provisionales o desvincular a los trabajadores en periodo de prueba, nos enfrenta al dilema de prisionero, en la cual las partes no cooperan sino se perjudican. En una sociedad armoniosa y mercado laboral sano, empleadores y trabajadores no deben estar en contraposición, sino deben buscar beneficios mutuos: por un lado, los trabajadores producen con sus labores ayudando al desarrollo de los empleadores y el país; en cambio, los empleadores administran sus emprendimientos y aumentan su potencia industrial o comercial, fomentando el desarrollo económico con la creación de empleos, consecuentemente existirá mayor empleabilidad y por tanto recursos disponibles.

- Las normativas laborales juegan un papel regulativo y orientador a las actividades laborales, facilitan a las partes y al mercado laboral un marco jurídico para su mejor desarrollo y prosperidad, por lo que la legislación debe promover respuestas sociales acordes con la realidad del país, por ello, considero que la excepción propuesta para los emprendedores jóvenes y para temas de cuidado para adultos mayores, son idóneas, constitucionales y apuntan a lograr mayor oferta laboral, sobre todo en los tiempos actuales en los que la demanda de empleo supera la oferta.

BIBLIOGRAFÍA

- Chossudovsky, M. (2002). Globalización de la pobreza y nuevo orden mundial: (ed.). México: Siglo XXI Editores/ Universidad Nacional Autónoma de México- Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades.
- CONTRERAS, Ó. (2010). Los estudios sobre la flexibilidad laboral en México: algunas observaciones críticas. *Estudios Sociológicos*, 18(3): 737-739, 2000. ed. México, D.F: D - El Colegio de México, 2010. 10 p. Disponible en: <https://www.mdconsult.internacional.edu.ec:2057/es/ereader/uide/7609?page=3>. Consultado en: 04 May 2023
- Dávalos, J. (2017). Naturaleza jurídica del derecho del trabajo: (ed.). México. UNAM. [Archivo PDF]. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4458/11.pdf>
- González, J. (2003). China: reforma económica y apertura externa: transformación, efectos y desafíos un enfoque neoinstitucional: (ed.). Editorial Miguel Ángel Porrúa. <https://www.mdconsult.internacional.edu.ec:2057/es/lc/uide/titulos/74988>
- Garrido, E. (2015). La noción de flexiseguridad Archivado el 23 de noviembre de 2015 en Wayback Machine. Universidad Pompeu Fabra. https://www.gencat.cat/treball/doc/doc_30247003_1.pdf
- Guerrón, S. (2016). Flexibilidad laboral en el Ecuador: (ed.). Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala. Recuperado de <https://www.mdconsult.internacional.edu.ec:2057/es/ereader/uide/79910?page=8>.
- Guevara, A, Ortega G. (2019). Enciclopedia de Derecho Laboral Ecuatoriano, primera edición, Quito – Ecuador, Editorial jurídica del Ecuador.
- Grisolia, J. (2016). Manual de Derecho Laboral 7a. Ed. Buenos Aires. AbeledoPerrot.
- Kabat, M. (2019). ¿Qué es la flexibilidad laboral?: (ed.). Buenos Aires, Ediciones R y R. Recuperado de <https://www.mdconsult.internacional.edu.ec:2057/es/ereader/uide/198590?page=27>.
- Mankiw, G. (2016). El textbook de economía, Principles of Economics: 8e edición. Marginal Cost, Chicago, Nueva Jersey, EEUU.
- Orozco, G. y Pardo, G. (2015). Tratado de mediación en la resolución de conflictos: SOCIOLOGÍA Y CONFLICTO SOCIAL, P 58-68. Madrid. Editorial Tecnos.
- Rosanvallon, P. (2013). La sociedad de iguales: la sociedad dividida: (ed.). Buenos Aires, Argentina. Ediciones Manantial SRL.
- Soria, L. (2020). El Trabajo- Derecho Social fundamental: el derecho social: (ed.). Ecuador. UNEMI.
- Valverde, A. (1998). Derecho del Trabajo: Empleadores y empresarios en las relaciones de trabajo: (ed.). Madrid, España.
- Wolmar, C. (2012). The great railroad revolution: the history of trains in America. 1st US ed. New York. PublicAffairs.

Xie, Z. (2017). La flexibilidad del mercado laboral y la enmienda de la Ley de contratación laboral, Tesis doctoral Publicada en el Periódico jurídico 《法学研究》 55segunda revista del año 2017. Bejing. Periódico jurídico.
http://www.faxueyanjiu.com/Admin/UploadFile/publish_article/2017/2/20170206.pdf

Plexo Normativo:

Constitución de la República del Ecuador

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Código Orgánico General de Procesos

Ley Orgánica de Discapacidades

Código del Trabajo

Código Civil

Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano

Sentencias y Dictamen:

Sentencia No. 34-19-IN/21. (28 de abril de 2021). Corte Constitucional (Andrade Quevedo, K.)

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DLW_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUuLcB1dWlkOidiZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWViNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=

Dictamen No. 4-22-RC/22. (12 de octubre de 2022). Corte Constitucional (Cárdenas Reyes, A.)

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DLW_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUuLcB1dWlkOic0NThmMzNiMy1jY2I4LTQ3NDUtOTJhYi05ZGZmM2NlZTFhMjcucGRmJ30=

Sentencia No. 11-18-CN/19. (12 de junio de 2019). Corte Constitucional (Ávila Santamaría, R.) <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/sentenciasrelevantes/11-18-cn-19.pdf>

Sentencia No. C-503/14. (16 de julio de 2014). Corte Constitucional Colombiana. (Vergas Silva, L.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-503-14.htm#:~:text=La%20Corte%20ha%20definido%20el,asociados%20o%20en%20inter%C3%A4s%20colectivo%20%9D>

Los links de las fuentes de información:

⁵⁵ 《法学研究》 : nombre de revista “Investigación Jurisprudencial”- traducido por LIU ZHENGPENG

https://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Presentaciones/estadisticas_adulto_mayor.pdf

<https://www.ecuadorencifras.gob.ec/sistema-estadisticas-laborales-empresariales/>

<https://www.bls.gov/news.release/pdf/empsit.pdf>

https://datacommons.org/place/country/USA?utm_medium=explore&mprop=count&popt=BLSEstablishment&cpv=naics%2CNAICS%2F10&hl=es

<https://www.sbvvcn.chachong/7699.html>

Asamblea Nacional Popular de China. (2020). Qué contiene el derecho social.
http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202011/t20201130_309000.html#:~:text=%E7%A4%BE%E4%BC%9A%E6%B3%95%EF%BC%8C%E6%98%AF%E6%8C%87%E8%A7%84%E8%8C%83,%E4%BF%9D%E9%99%A9%E6%B3%95%E3%80%81%E5%AE%89%E5%85%A8%E7%94%9F%E4%BA%A7%E6%B3%95%E7%AD%89%E3%80%82

Ministerio de Cultura y Patrimonio. A las víctimas de la masacre de 1922.
<https://www.culturaypatrimonio.gob.ec/a-las-victimas-de-la-masacre-de-1922/>

Administrador del congreso nacional (2006). Instituciones del derecho laboral. [Sesión 18 de la conferencia 10 del congreso nacional]. http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2006-03/21/content_347935.htm#:~:text=%E5%8A%B3%E5%8A%A8%E6%B3%95%E5%8F%91%E7%AB%AF%E4%BA%8E%E6%B0%91%E6%B3%95,%E7%A7%8D%E6%B3%95%E5%9F%9F%E2%80%94%E2%80%94%E7%A4%BE%E4%BC%9A%E6%B3%95%E3%80%82

Ministerio de Inclusión Económica y Social. (2020). Dirección Población Adulta Mayor.
<https://www.inclusion.gob.ec/direccion-poblacion-adulta-mayor/>

https://blacks_law.en-academic.com/33969/lex_non_cogit_ad_impossibilia

<https://www.expreso.ec/actualidad/economia/pandemia-cerca-700-000-personas-perdieron-ecuador-87605.html>

https://www.gov.cn/flfg/2007-06/29/content_669394.htm

https://www.cnr.cn/2008zt/ggkf/shibadianxing/gddg/zxsj/200811/t20081111_505148190.htm1

<https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MTAyMDMyMjUxMiZ4aD0xJmxtZG09bG01MTkPdcssz&zd=>

<https://www.gob.ec/mpceip/tramites/emision-registro-nacional-emprendimiento>