



El Triple de Recargo Sobre las Remuneraciones no Cubiertas

The Triple Surcharge on Non-Covered Remuneration

A Sobretaxa Tripla sobre Remuneração Não Coberta

Lenin Oswaldo Salazar-Martínez ^I
lsalazar13@indoamerica.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-0518-166X>

María Victoria Molina ^{II}
mariamolina@uti.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-3785-7916>

Correspondencia: lsalazar13@indoamerica.edu.ec

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

***Recibido:** 04 de enero de 2022 ***Aceptado:** 31 de enero de 2022 * **Publicado:** 21 de febrero de 2022

- I. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Maestrante en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad Tecnológica Indoamérica: Ambato, Tungurahua, Inspector de Trabajo (MINISTERIO DEL TRABAJO), Ecuador.
- II. Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Docencia Universitaria y Proyectos Formativos. Socioformación, E-Learning e Investigación, Doctora en medio ambiente, dimensiones humanas y socioeconómicas (Derecho), Master en Medio ambiente, dimensiones humanas y socioeconómicas (Derecho), Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Tungurahua, Ecuador.

Resumen

Esta investigación analiza aspectos relacionados con el derecho irrenunciable del trabajador a percibir una remuneración mensual conforme lo establece el Código del Trabajo durante la relación laboral. Al ser un derecho legalmente reconocido por la Constitución de la República del Ecuador se analizó la aplicación e interpretación de la norma establecida respecto al reclamo donde se solicita el pago de remuneraciones impagas atrasadas que correspondan al último trimestre considerándose un imperativo legal enmarcado dentro del derecho social y puede ser llevado a cabo por el trabajador directamente vía jurisdiccional. Adicional, se analizó la procedencia o no de la condena hacia el empleador determinada en el Código del Trabajo dentro de lo estipulado en el Art. 94 respectivamente.

Palabras Clave: Remuneración; Relación Laboral; Empleador; Condena; Recargo.

Abstract

This research analyzes aspects related to the inalienable right of the worker to receive monthly remuneration as established by the Labor Code during the employment relationship. As it is a right legally recognized by the Constitution of the Republic of Ecuador, the application and interpretation of the established norm regarding the claim where the payment of unpaid arrears is requested that correspond to the last quarter was analyzed, considering a legal imperative framed within the social law and it can be carried out by the worker directly via the courts. Additionally, the origin or not of the conviction against the employer determined in the Labor Code within the provisions of Art. 94 respectively was analyzed.

Keywords: Compensation; Employment Relationship; Employer; Conviction; Surcharge.

Resumo

Esta pesquisa analisa aspectos relacionados ao direito inalienável do trabalhador de receber uma remuneração mensal conforme estabelecido pelo Código do Trabalho durante o vínculo empregatício. Sendo um direito legalmente reconhecido pela Constituição da República do Equador, analisou-se a aplicação e interpretação da norma instituída em relação ao pedido onde se requer o pagamento de remunerações em atraso correspondentes ao último trimestre, considerando-se um imperativo legal enquadrado no o direito social e pode ser exercido pelo

trabalhador diretamente pela jurisdição. Adicionalmente, foi analisada a origem ou não da condenação ao empregador determinada no Código do Trabalho nos termos do artigo 94.º respectivamente.

Palavras-chave: Remuneração; Relação laboral; Empregador; Pena; Sobretaxa.

Introducción

A nivel de materia laboral se debe tomar en consideración el reconocimiento de la desigualdad material que gira en relación trabajador-empleador, se justifica que en el ordenamiento jurídico constitucional y legal existan principios favorables al trabajador, desde esta perspectiva resulta indispensable que las partes procesales y los juzgadores dentro del proceso, estén legalmente amparados. En el caso del presente estudio, aquello implica la protección del principio de contradicción, que es inherente a lo que se conoce como derecho de legítima defensa.

Actualmente, los jueces del trabajo en el Ecuador cumplen con la función de presidir las intervenciones de las partes procesales dentro de las audiencias que se realizan en los juicios orales laborales, sin embargo, se debe comprender que el ejercicio de la administración en la justicia laboral se traslada a un derecho social de la misma, entendiéndose que sienta sus bases por un lado en la protección del trabajador y por otra parte en el interés del empleador.

El trabajador en el ámbito de la relación laboral es considerado como la parte vulnerable del contrato debido a que su suscripción se realiza bajo una estipulación de sometimiento influenciado a través de varios intereses, siendo el principal la necesidad de recibir una remuneración digna y justa con la cual pueda mantener al núcleo principal de la sociedad que es la familia.

En este contexto, el objetivo principal de una relación laboral hace referencia a una remuneración justa y digna percibida por el trabajador mediante la prestación de sus servicios lícitos y personales, entonces es necesario determinar la obligación que tiene el estado para garantizar el pleno goce de este derecho y evitar la vulneración del mismo.

La remuneración es un factor fundamental dentro de una relación laboral, según lo determina el artículo 328 de la Constitución de la República del Ecuador donde aduce que “será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos”.

La violación de este artículo lleva al planteamiento del siguiente problema: ¿De qué manera se garantiza el cobro de la remuneración mensual, y a falta de este, cual es el mecanismo adecuado para poder condenar al empleador un recargo referente al rubro no cubierto dentro del término legalmente establecido en el contexto de la Sentencia Nro. 18371-2016-00395 emitida por la Corte Nacional?

Enmarcándole en un contexto básico, Cabanellas de Torres (2006) aduce que “la relación laboral vendría a determinarse como el vínculo entre empleador y trabajador” (p. 4). Tomando en consideración esta definición la relación laboral sienta sus bases en dos direcciones:

- La libertad: Hace referencia a la autonomía que tiene el trabajador/empleo al momento de elegir una fuente laboral de ingresos y/o la libre decisión de a quien le presta sus servicios.
- La bilateralidad: Hace referencia a la existencia de la persona quien requiera hacer uso de esos servicios, que para este caso corresponde al empleador, configurándose de este modo una relación laboral. (p. 189)

Elgueta (1984) manifiesta que “La voluntad bilateral es importante dentro de una relación laboral ya que tiene la finalidad de negociar mejores condiciones laborales a las establecidas dentro del ordenamiento positivo” (p. 5). Es decir, no se puede renunciar derechos ni establecer una remuneración inferior a la ya establecida, misma que se enmarca en la Constitución de la República del Ecuador (2008) según el artículo 326 numeral 2 que indica: “Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario” (p. 7).

En una relación laboral es importante indicar que una vez conformada la misma nace dos tipos de derechos: el derecho individual y el derecho colectivo, el primero es limitado adicional al hecho únicamente intervenir el empleador y el trabajador, es importante resaltar que en este tipo de derecho el trabajador es quien termina sometándose a las condiciones que propone el empleador; otro contexto muy diferente y más amplio es aquel que caracteriza al derecho colectivo cuya autonomía es imponente partiendo desde el hecho de encontrarse conformada por una agrupación legalmente constituida, cuyo fin es otorgar a cada trabajador integrante una estabilidad que genere beneficios a su favor.

Hay que tener en cuenta que, para la materialización de la relación laboral a más de la voluntad de las partes como eje principal, nace la dependencia, constituyéndose este un requisito esencial enmarcado en el Código del Trabajo en el artículo 8 textualmente dice: “Contrato individual de

trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia”. Como es de observar el trabajador siempre es la parte más vulnerable ya que se sujeta a un contrato de sometimiento bajo las disposiciones determinadas por empleador esto en el contexto de un derecho individual, donde la dependencia es la emisión de órdenes, instrucciones dadas por el empleador.

Finalmente es importante resaltar que la relación laboral nace netamente de la voluntad de las partes en contexto del derecho individual viene hacer el trabajador y empleador y para el caso específico del derecho colectivo los representantes de los trabajadores y el empleador, esta última contiene un poder más amplio para velar por derechos como: remuneración justa, beneficios sociales, entre otros.

Principios fundamentales al derecho del trabajo

El derecho del trabajo establece diferencias respecto a las otras ramas del derecho, éste tiene como característica una justicia defensiva, donde el principal objetivo del estado es restablecer un derecho vulnerado del trabajador y que el mismo sea reconocido por la parte empleadora. En este contexto, respecto a la definición del derecho al trabajo, Masabanda (2018) indica que es “un conjunto de normas jurídicas encaminadas a la protección de la parte más vulnerable de una relación laboral como es el trabajador, regidos bajo principios que buscan dar una mayor protección frente al poder económico de la parte empleadora” (p. 45).

Según la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 326 estado social concilia los valores de seguridad y libertad, dotándole así de legitimidad. Desde esta perspectiva, en efecto el estado determina las normas del empleo, mediante el ejercicio tutelar directo de la relación laboral, promoviendo la autonomía colectiva, resguardando al trabajador de los aspectos que puedan repercutir en su capacidad de ganancia.

Los derechos fundamentales en el trabajo se encuentran considerados como: la expresión de la libertad del individuo en el ejercicio de su actividad productiva y profesional. Son instrumentos elementales que certifican los aspectos centrales del desarrollo de los trabajadores, permitiéndoles ejercer sus capacidades, para constituirse en entes útiles para la sociedad y en fruto de aquello tienen el derecho de percibir una retribución económica (Moreno, 2013, pp. 90-91).

Según Masabanda (2018) los principios deben ser analizados desde dos aristas, la primera inherente a todo lo que está establecido en la Constitución de la República e impregnado en el Código del Trabajo: Irrenunciabilidad, intangibilidad, principio de favor o in dubio pro operario, estabilidad o continuidad de la relación laboral, dignidad humana, existencia decorosa, responsabilidad sin culpa, seguridad social, y, descansos y vacaciones, y la segunda que sin bien es cierto no consta dentro de la Constitución de la República, pero que de alguna manera nace de las declaraciones y convenios internacionales, y es tácitamente considerado dentro del derecho al trabajo y por consiguiente forma ya parte del ordenamiento jurídico: en el denominado principio de la primacía de la realidad, principio de razonabilidad o racionalidad, principio de buena fe, principio de justicia social, principio de no discriminación arbitraria, principio de gratuidad de los procedimientos judiciales y administrativos, principio de promoción, y; principio de rendimiento (p. 87).

Sin embargo, para dar inicio a una relación laboral entre trabajador y el empleador es importante incluir otro principio de los ya mencionados, esto es la voluntariedad, como lo establece la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66 numeral 17 textualmente respecto al derecho a la libertad de trabajo “Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley”, que si bien es cierto es considerado como un derecho, dentro de este se determina el principio fundamental de la voluntad, este principio en materia laboral tiene relación con lo determinado el artículo 1453 del código civil en el que señala que “para las obligaciones tienen su nacimiento con la voluntad de dos o más persona, que para el objeto de nuestro estudio, al ser un contrato individual de trabajo se requiere la voluntad que nace del trabajador y empleador”.

Desde esta perspectiva, según Masabanda (2018) “la voluntad de las partes la define como la libertad que viene a constituirse un elemento esencial la cual se perfecciona únicamente con la contratación” (p. 45).

El contrato individual del trabajo en Ecuador

El significado del contrato de trabajo como institución básica no sólo del derecho del trabajo, sino también de la economía en el mundo, ha sido puesto de manifiesto y planteado desde diversos ángulos. En este sentido, para ciertos enfoques sociológicos, el contrato de trabajo se concibe como una figura jurídica que normaliza la prestación de la fuerza de trabajo y se

constituye en el mecanismo jurídico, que sujeta como elemento fundamental la dependencia y subordinación del trabajador contratado sobre el empleador contratante (Bensusan, 1982).

El punto de partida de la relación laboral entre empleador y trabajador tiene su génesis en el contrato de trabajo, el cual puede ser expreso o tácito como lo señala el artículo 12 del Código del Trabajo donde hace referencia que el contrato debe ser expreso y obligatoriamente reducido a escrito a diferencia del tácito donde las condiciones son establecidas por las partes de manera verbal, estos dos tipos de contratos se encuentran legalmente reconocidos en el artículo 11 literal a del Código del Trabajo.

Chirinos (2013) define al contrato como “un acuerdo de voluntades donde se generan derechos y obligaciones para las partes actuantes y, en el caso del contrato de trabajo, derechos progresivos que deben ser mejorados como garantía de beneficiar gradualmente al prestador del servicio” (p. 5). Este autor, ubica al contrato como un auxiliar de la relación laboral que se constituye como una pieza fundamental de la actividad laboral bajo el cumplimiento estricto de los derechos y obligaciones tanto del trabajador como del empleador.

En todas las definiciones contextualizadas, existe un solo requisito como eje principal para la celebración de un contrato de trabajo y el nacimiento de la consecuente relación laboral, esto implica la voluntariedad consentida de las partes, sin la cual no se puede adquirir derechos y obligaciones, según el Código del Trabajo (2005) señala en el artículo 3 respecto a la libertad que tiene el trabajador de escoger a quien prestar sus servicios, adicional de la protección directa de no realizar ningún tipo de trabajos gratuitamente propuestos por un empleador.

El artículo 1 numeral 2 literal c del convenio C122-Convenio sobre la política del empleo estipula:

Que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social” es decir la voluntariedad sigue siendo el objetivo principal de la relación laboral y más aún cuando esta se encuentra reconocida por un convenio internacional ratificado por el Ecuador. (Organización Internacional de Trabajo, 1964)

En el contrato individual de trabajo intervienen directamente el empleador y trabajador, al primero se le conoce como: arrendatario, comprador, socio y por último como mandante, este es

el que más se asemeja al concepto de empleador, sin embargo, para otorgarle este calificativo hay que aclarar que el mismo debe ser utilizado para la representación de una persona jurídica (Labarca, 1966).

El artículo 308 del Código del Trabajo textualmente dice:

Art. 308.- Mandatario o empleado. - Cuando una persona tenga poder general para representar y obligar a la empresa es considerada mandatario y no empleado, y sus relaciones con el mandante se reglarán por el derecho común.

Es decir, el empleador vendría a ser la parte más consolidada de la relación laboral y quien expresa las directrices para el cumplimiento de un servicio u obra determinada tal como lo estipula el Código del Trabajo en el artículo 10 textualmente dice: “La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador” (p. 4)

Para conceptualizar al trabajador la legislación ecuatoriana específicamente en el Código del Trabajo artículo 9 textualmente señala que “La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”.

Según Palomino (2015) define al trabajador como un recurso cuya única finalidad es alcanzar un proyecto u objetivo común entre el empleador y trabajador, en este contexto y de acuerdo a las varias definiciones establecidas, un trabajador es una parte esencial dentro de la relación laboral, así como también lo es el empleador, siendo este último quien distribuye una remuneración para el cumplimiento del compromiso laboral (p. 340).

Para el cumplimiento del objetivo planteado por el empleador a base del recurso denominado trabajador, la legislación ecuatoriana esto es precisamente el Código del Trabajo, ha regulado un sin número de modalidades contractuales que las podemos encontrar en el artículo 11:

- a) Expreso o tácito, y el primero, escrito o verbal;
- b) A sueldo, a jornal, en participación y mixto;
- c) Por tiempo indefinido, de temporada, eventual y ocasional;
- d) Por obra cierta, por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, por tarea y a destajo; y,
- e) Individual, de grupo o por equipo.

Para el establecimiento de algún tipo de contrato inherente a la habilitación de una relación laboral, siempre va a ser necesaria la bilateralidad y la voluntad de las partes, el objetivo principal

de dicho contrato es el establecimiento de una remuneración digna y justa, que deberá ser cancelado de manera oportuna al trabajador, derecho que se encuentra legalmente reconocido por la Constitución de la República del Ecuador en los artículos 33, 326 numeral 4 y artículo 331.

El contrato de trabajo para que tenga un efecto jurídico, debe reunir algunos requisitos en especial los estipulados en el artículo 8 del Código del Trabajo esto es subordinación, horario de trabajo y remuneración, este último es la parte principal de la relación laboral conjuntamente con la voluntariedad, así lo determina el artículo 21 numeral 3 del Código del Trabajo, la remuneración es un requisito indispensable y un derecho irrenunciable del trabajador, establecido en la Constitución de la República del Ecuador en la que establece que nadie está obligado a realizar un trabajo gratuito.

La relación laboral constituida de manera expresa o tácita, genera de manera inmediata obligaciones y prohibiciones para los empleadores y trabajadores, según De la Torre (2009) admite que “la obligación es el nexo entre dos sujetos que para el caso que nos ocupa empleador y trabajador, es decir es el lazo entre los sujetos dentro del derecho laboral, que se encuentran sometidos al estricto cumplimiento del contrato de trabajo celebrado bajo la normativa legal vigente” (p. 11)

El Código Civil en su artículo 1453, determina que la obligación nace exclusivamente de la voluntariedad de dos o más personas, comprometiéndose recíprocamente a cumplir lo acordado.

Otra aportación referente a este tipo de obligaciones lo proporciona el Instituto Nacional de Educación Laboral (INEL) donde expresa que la obligación es un vínculo bilateral generado entre dos personas, con la finalidad de cumplir una determinada prestación voluntaria, plasmada en un contrato de trabajo (p. 65).

En este contexto, la obligación viene hacer el nexo entre dos o más personas vinculadas a un contrato de trabajo, en el cual voluntariamente las partes expresan, se comprometen o se obligan al estricto cumplimiento del mismo (Guerrón, 2001).

Las obligaciones que nacen, son tanto para el empleador como para el trabajador deben estar dentro de contrato de trabajo, el reglamento interno de la empresa o directamente ya están establecidas en la ley tal como las determinadas en los artículos 42 y 45 del Código del Trabajo.

La prohibición en un primer contexto, se podría determinar cómo la acción de realizar o ejecutar alguna actividad que legalmente no se encuentra permitida. La palabra prohibir tiene se origina

del latín “prohibiere” de la misma manera hay que resaltar que se deriva de voces pro lejos y haberes tener.

Masabanda (2018) define a la prohibición como el impedimento de ejercer alguna acción a una persona que se encuentra bajo subordinación de otra (p. 62). A tal efecto las prohibiciones en materia laboral, siempre va estar dictaminada por la parte empleadora hacia la parte más vulnerable de una relación laboral que es el trabajador, estas prohibiciones van estar estipuladas ya sea directamente en el contrato de trabajo que suscriben voluntariamente las partes, en un reglamento interno de trabajo, y explícitamente en la ley en los artículos 44 y 46 del Código del Trabajo vigente.

El eje principal de la relación laboral es la remuneración que pretende recibir el trabajador, a raíz del establecimiento de un contrato de trabajo en el cual se encuentra inmerso la voluntad de las partes.

Según Urquijo y Bonilla (2008) definen a los tipos de evolución de la remuneración en tres fases:

La remuneración en las formas primitivas de producción (Artesanal). Esta consistía en la producción propia de sus productos los cuales cubrían sus necesidades básicas, era de manera directa es decir del consumo propio e indirecta mediante el trueque o intercambio con otros o de los cuales recibían una cantidad de dinero, siempre va a primar en todos los aspectos la necesidad de obtener algo a cambio de otra similar o de manera económica.

La remuneración a los inicios del sistema fabril o capitalista. Es muy distinto al primero, en este sistema se comienza a evidenciar la dependencia, es decir ya nace dos sujetos el uno que es el trabajador quien pretendía recibir una remuneración y el otro el empleador que pretendía recibir ganancias, utilidades de su producción, en esta fase el punto controversial era el monto que recibía cada trabajador no existía una hegemonía en las remuneraciones ya que el mismo era impuesto únicamente por el empleador.

La remuneración en el sistema industrial contemporáneo. Esta última fase, el trabajador al ver la desigualdad de las remuneraciones percibidas, dan nacimiento a las organizaciones colectivas donde el objetivo principal es la igualdad y a su vez el rechazo el monopolio del empleador, con esta organización colectiva se ha logrado mejorar las condiciones de empleo. (p. 13)

Urquijo y Bonilla (2008) dividen a la remuneración en 2 tipos:

Total. Es la que se recibe en conjunto.

Parcial. Son la suma de todo lo que compone la remuneración.

La remuneración es la compensación, gratificación, recompensa, en este sentido es todo lo que recibe el trabajador en dinero, servicios o especie tal como lo señala el artículo 95 del Código del Trabajo (p. 94).

La remuneración total depende mucho de la remuneración parcial, es importante establecer cuales rubros son considerados en dinero y cuales, en especie, por lo que; los cancelados en dinero y que de alguna manera viene a determinarse como una remuneración directa es el sueldo o salario, soporte de pago por concepto de horas suplementarias, extraordinarias y jornadas nocturnas inclusive el aporte al IESS cuando este es asumido por el empleador.

Los rubros en especie y que también podrían ser considerados como directos en correspondencia con lo que establece el Código del Trabajo como retribuciones accesorias, son la asistencia médica, uniformes, comida, vivienda, trasportes, becas.

Existen otros rubros que nacen de la relación laboral y que se consideran como indirectos: seguros de vida, planes de telefonía celular, planes de ahorro, planes de vivienda, en estos beneficios adicionales debe intervenir voluntad de la parte trabajadora.

El Código del Trabajo en su artículo 3 establece que, nadie está obligado a laborar sin que se genere un contrato de trabajo, en el que se establezca una remuneración justa y digna, que cubra las necesidades esenciales del trabajador.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 33 reconoce al trabajo como “un derecho y un deber social”, atiéndose al derecho como una facultad otorgada mediante ciertas normas jurídicas para realizar una acción, y; al deber como la obligación de cumplir o hacer cumplir las normativas legalmente establecidas, también señala la obligación que tiene el estado de garantizar a la parte trabajadora una remuneración justa.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 326 numeral 4 establece como principio de a igual trabajo igual remuneración, así mismo lo determina el artículo 79 del Código del Trabajo donde se reconoce a una remuneración justa para todos los trabajadores sin ninguna distinción.

El Código del Trabajo en el artículo 80 hace una distinción entre salario y sueldo, que viene a determinarse como la compensación económica que eroga la parte empleadora por concepto de un contrato de trabajo, adicional el salario es aquel que se cancela por jornadas entiéndase el

mismo a jornal, por unidades de obra o por tarea, mientras tanto que el sueldo se cancela por meses en este sentido debemos considerar todos los días incluidos los de descanso obligatorio.

La remuneración que perciba el trabajador (sueldo o salario) deberá ser por norma constitucional digna y justa, que tenga su alcance en las necesidades básicas de trabajador y de la familia en especial como núcleo principal de la sociedad, y por ser el derecho al trabajo una materia social.

Al hablar de una remuneración justa, es obligación del estado fijar la misma, para el efecto el Código del Trabajo en su artículo 118 estipula que el Consejo Nacional de Trabajo y Salarios será responsable de establecer la misma para cada trabajador, este a su vez es un órgano tripartito el cual se encuentra conformado por las partes principales de una relación laboral como es el trabajador, empleador y el ministerio rector del trabajo Ministerio del Trabajo.

Todo trabajo debe ser remunerado, y por norma constitucional y bajo lo determinado en el Código del Trabajo, la remuneración primero debe cubrir las necesidades principales del trabajador, y; primar el principio de igualdad sin discriminación de orientación sexual, raza, etnia, discapacidad o de cualquier otra clase.

El derecho a la remuneración se encuentra garantizado por la Constitución de la República del Ecuador y el Código del Trabajo, siempre y cuando se trate de una actividad lícita realizada por el trabajador, estas garantías son las de Irrenunciabilidad, igualdad, integridad, oportunidad, privilegio e inembargabilidad.

Terminación de la relación laboral por retención de la remuneración y su condena

El contrato de trabajo, como de tracto sucesivo, es considerado como la ejecución de una actividad de manera repetida y prolongada en tiempo, por lo que, en su duración, puede darse por terminado en cualquier momento debido a muchas circunstancias, ya sea de forma voluntaria o ajenas a la misma, como con caso fortuito, acuerdo entre las partes, muerte del empleador entre otras, conforme lo estipula el artículo 169 del Código del Trabajo (p. 81).

Para el presente estudio se analiza la manera de terminar el contrato de trabajo conforme el numeral 8 del artículo 169 del Código del Trabajo, por la vía administrativa de visto bueno solicitado por el trabajador por causas justificadas, con el objeto de poner fin la relación laboral dependiente y remunerada, logrando una liquidación con rubros de indemnización, bonificación y derechos concedidos por la normativa legal vigente.

En este contexto empezaremos definiendo al visto bueno, y; haciendo una reseña histórica del mismo. En el Ecuador la primera vez que se determinaba las causas que podían motivar el

despido del trabajador o el abandono del trabajo, fue en la ley sobre el contrato individual del trabajo, promulgada en el año 1928 y publicada en 1930, en el gobierno de Isidro Ayora, ley donde ya le facultaba tanto al empleador como al trabajador justificar algunas de las causales para dar por finalizado el contrato de trabajo, siendo estas, por parte del trabajador aduciendo una carencia de probidad o una manifestación de conducta inmoral del empleador, o porque el trabajador haya recibido injurias graves, y cuando el empleador incumpla sus obligaciones previstas en el contrato y/o contravenga lo dispuesto en la ley de prevención de accidentes de trabajo (Moreno, 2013, p. 80). Mientras que, por parte del empleador podrá finalizar el contrato por actos de insubordinación en el trabajo o por abandono injustificado del puesto de trabajo por parte del trabajador por un tiempo superior a tres días.

La materialización de alguna de las causas expuestas en el párrafo anterior dará lugar a la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo, sin la obligatoriedad de acudir a una autoridad o procedimiento alguno, por lo que el empleador podrá implantar las acciones necesarias para finalizar el contrato de trabajo de manera unilateral.

Todas estas arbitrariedades ocasionadas por el empleador, se redujo cuando Federico Páez quien era encargado del mandato supremo mediante decreto de 21 de enero 1936, incluyó una disposición en la ley sobre el contrato individual del trabajo, la que consistía que el inspector de trabajo sería la persona encargada de verificar si el empleador o trabajador incurría en alguna causal y por ende autorizar la terminación de la relación laboral de manera inmediata sin ningún procedimiento, es decir quedaba en la subjetividad de la autoridad administrativa de otorgar o negar el visto bueno (Zurita, 2015, pp. 92-93).

Durante la historia y hasta la expedición del primer Código del Trabajo en 1938 se han venido dando muchos cambios en el desarrollo del procedimiento para dar por finalizado el contrato de trabajo, en este sentido inicialmente la resolución del inspector daba por terminada la relación laboral pero se podía acudir a una instancia judicial, la misma no podía ser sujeto de apelación ya que únicamente se apelan los decretos, autos y sentencias, quedando la resolución del inspector de trabajo en un informe que debía ser valorado por un juez de trabajo.

Actualmente el Código del Trabajo franquea las modalidades de dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral, estas las encontramos en el artículo 172 en referencia al empleador:

- Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo por abandono de este por un tiempo por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa

justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un periodo mensual de labor.

- Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legamente aprobados.
- Por faltas de probidad o por conducta inmoral del trabajador.
- Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendiente, o su representante.
- Por ineptitud manifiesta del trabajador, respecto de la ocupación o labor para el cual se comprometió.
- Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social; más, si fuere justificada la denuncia, quedara asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes.
- Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente, o por contrariar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos.
- Por el cometimiento de acoso laboral, ya sea de manera individual o coordinada con otros individuos, hacia un compañero o compañera de trabajo, hacia el empleador o empleadora o hacia un subordinado o subordinada de la empresa.

Tiene dos objetivos el visto bueno solicitado por el empleador, el primero dar por finalizado el contrato individual de trabajo y segundo no cubrir ningún tipo de indemnización no bonificación establecida en la ley esto es despido intempestivo y desahucio respectivamente.

El artículo 173 del Código del Trabajo encontramos las causales por las que el trabajador puede recurrir al trámite administrativo de visto bueno, con la finalidad de dar por terminado el contrato individual de trabajo y a su vez de generar indemnizaciones y bonificaciones establecidas en los artículos 184, 185 y 188 del Código del Trabajo y de ser el caso recurrir a la condena establecida en el artículo 94 del mismo cuerpo legal.

- Por injurias graves inferidas por el empleador, sus familiares o representante al trabajador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes. En el caso de que las injurias sean discriminatorias la indemnización será igual a la establecida en el segundo inciso del artículo 195.3 del Código del Trabajo.

Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada.

Por exigir el empleador que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida, salvo en los casos de urgencias previstas en el artículo 52 del Código del Trabajo, pero siempre dentro de lo convenido en el contrato o convenio.

En casos de sufrir acoso laboral, cometido o permitido por acción u omisión por el empleador o empleadora o sus representantes legales.

El inspector de trabajo es quien autoriza a dar por culminado el contrato individual de trabajo, después de haber realizado el trámite correspondiente de visto bueno, si la solicitud realizada por el trabajador culmina con una resolución favorable del inspector, lo lógico sería que se proceda con la respectiva liquidación incluida la bonificación e indemnización que le corresponde, pero no se encuentra establecido este procedimiento en el Código del Trabajo, únicamente que la resolución puede ser impugnada vía judicial conforme el artículo 183, el trabajador debería acudir a la instancia jurisdiccional para reclamar su liquidación completa.

La terminación del contrato individual del trabajo conforme lo determina el artículo 188 del Código del Trabajo se puede dividir en directo e indirecto.

Dentro del tema que nos ocupa la presente investigación, tenemos que identificar los efectos jurídicos de lo determinado en el artículo 173 numeral 2 del Código del Trabajo, en primer plano debemos regirnos sobre las garantías recocidas por la Constitución de la República del Ecuador y el Código del Trabajo, las cuales hemos venido tratando y son las principales dentro del presente tema como son el de irrenunciabilidad, oportunidad e inembargabilidad de la remuneración.

Toda persona que realice una actividad lícita, tiene derecho a percibir una remuneración justa y digna, dentro de los términos legalmente establecidos, y de forma íntegra.

El trabajador que no perciba su remuneración mensual completa, que no haya recibido la misma o que se encuentra fuera de los tiempos establecidos en el Código del Trabajo, se debe entender como un despido indirecto, el cual debe ser ejercido mediante un trámite administrativo de visto bueno ante un inspector de trabajo, solicitud que debe someterse al procedimiento establecido en el artículo 621 del Código del Trabajo, cuyo efecto jurídico es el derecho a recibir la indemnización por despido intempestivo, la bonificación por desahucio y su respectiva liquidación conforme lo determina los artículos 184, 185 y 188 del Código del Trabajo siempre y cuando la resolución del trámite administrativo sea favorable.

El trabajador tiene derecho a percibir todas las indemnizaciones, bonificaciones y liquidación correspondiente cuando se ha producido un despido indirecto, el Código del Trabajo en su artículo 94 determina una condena al empleador, por no cubrir un rubro considerado como el principal durante la relación laboral esto es la remuneración mensual, es decir a más de las cantidades ya indicadas el trabajador tiene derecho a gozar de la sanción interpuesta al empleador la cual se refiere al triple de recargo de la remuneración no cubierta del último trimestre, hay que dejar que en claro que este derecho adicional solo opera cuando, para el reclamo de lo adeudado directamente el trabajador ha iniciado una acción judicial, mas no si solo se ha iniciado una vía administrativa.

El triple recargo y las remuneraciones no cubiertas: Estudio de caso

Dentro de la sentencia Nro. 18371-2016-00395 emitida por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, se analiza un derecho no cubierto por el empleador esto es la remuneración mensual, y que con la finalidad de cobrar la misma ha sido necesaria directamente una acción judicial.

La remuneración mensual del trabajador, al representar un derecho irrenunciable e inembargable, establecido en el artículo 326 y 328 de la Constitución de la República del Ecuador, conlleva a que el empleador esté en la obligación de cumplir con la misma, de manera completa y dentro de los términos legalmente establecidos para el pago.

La Constitución de la República del Ecuador establece que únicamente se puede retener la remuneración del trabajador en caso de alimentos, y de recurrir otras retenciones debe ser con el consentimiento y siempre y cuando no sobrepase el límite legalmente establecido.

El Código del Trabajo permite la retención de la remuneración hasta únicamente del 10% por anticipos, por compra de productos pertenecientes a la empresa, y en ningún caso por deudas contraídas por los asociados o familiares.

La remuneración al ser un derecho legalmente establecido tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en el Código del Trabajo, también se encuentra amparada por los convenios internacionales, en los artículos 6 y 10 numerales 1 y 2 del convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo de 1949, dice:

“Artículo 6.- Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario.

Artículo 10.- 1. El salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional.

2. El salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia.”

La retención de la remuneración más de lo permitido, le faculta al trabajador reclamar la misma por sede administrativa mediante un visto bueno, o directamente vía jurisdiccional.

Por la vía administrativa, el objeto es terminar la relación laboral y conseguir que se brinde una indemnización por despido intempestivo, la bonificación por desahucio y su liquidación correspondiente, pero para obtener los mencionados rubros necesariamente de recurrir a la vía jurisdiccional, con la desventaja de que el empleador cubra sus remuneraciones no cubiertas antes de acudir a una autoridad judicial.

El artículo 94 del Código del Trabajo, le condena al empleador al pago de triple de recargo de las remuneraciones pendientes adeudadas, además de que directamente puede acudir a reclamar su derecho vía jurisdiccional, en este sentido de ser así gozara el trabajador de los rubros antes mencionado con respecto al triple de recargo.

Dentro de la sentencia Nro. 18371-2016-00395 emitida por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia como antecedente de la misma, el trabajador ha ejercido directamente la vía jurisdiccional tal como lo establece el artículo 94 del Código del Trabajo, con la finalidad de reclamar una indemnización por despido intempestivo del cual fue sujeto, bonificación por desahucio, y rubros de derechos que no han sido cancelados oportunamente, dentro de ellos su remuneración mensual pendiente.

Para que opere la condena al empleador moroso conforme lo determina el artículo 94 del Código del Trabajo, debe reunir dos requisitos: “a) La existencia de remuneraciones no pagadas durante la vigencia de la relación laboral; y, b) La necesidad de la acción judicial para el pago”.

En el primer requisito, el Código del Trabajo en el artículo 83 textualmente indica: “Art. 83.- Plazo para pagos. - El plazo para el pago de salarios no podrá ser mayor de una semana, y el pago de sueldos, no mayor de un mes.” Es decir, dentro de la sentencia en análisis el empleador tuvo que pagar la remuneración del trabajador en el lapso del mes laborado, de las fechas de presentación de la demanda judicial, la remuneración no fue cancelada a su vez ha cumplido lo que determina el artículo 94 del Código del Trabajo textualmente indica “Art. 94.- Condena al empleador moroso. - El empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones que correspondan

al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, (...)” ya que dentro del proceso indica que no hubo ningún despido intempestivo que también fue objeto del reclamo del trabajador.

En el segundo requisito, se cumple a cabalidad en vista que la fecha de la presentación de la demanda, fue anterior a la que el empleador hizo el respectivo pago de la remuneración vencida, es decir hubo la necesidad de una acción judicial para reclamar un derecho vulnerado, tal como lo señala el Código del Trabajo, por lo que la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia le determina la respectiva condena al empleador y reitera el pago del triple de recargo de la remuneración vencida.

Conclusiones

El ordenamiento jurídico ecuatoriano dentro de sus fundamentos tiene valores, principios y reglas que surgen como base dentro de diversos ámbitos como lo es el social. Uno de estos fundamentos hace referencia a las leyes del Código del Trabajo que deja ver las diversas diferencias existentes entre el empleador y el trabajador mismas que son clasificadas en el hecho que el empleador posee producción y capital y el trabajador únicamente cuenta con su fuerza de trabajo ha desarrollado principios constitucionales de carácter laboral, clasificándose de la siguiente manera: intangibilidad, irrenunciabilidad de sus derechos laborales, la inembargabilidad de la remuneración proveniente del trabajo, la protección a la mujer trabajadora, etc., que pretenden, en parte, en el ámbito jurídico, atenuar la inequidad referida.

Se concluye que, para el empleador, al menos si se trata de una terminación de la relación de trabajo es de vital importancia pagar las remuneraciones hasta el último día, incluso si llegase a demorarse unos días más en el pago del resto de la liquidación. En sociedades tan inequitativas como la sociedad ecuatoriana, donde existen relaciones entre desiguales, es necesario un ordenamiento jurídico protector es de gran relevancia definir que existen dos figuras para dar por terminada la relación laboral por el trabajador, una en sede administrativa a través de la figura del visto bueno, y; en sede jurisdiccional a través de una demanda, las mismas que están contempladas en el Código del Trabajo.

Este procedimiento contempla un serio problema y en su defecto es, únicamente dar por terminada la relación laboral. Después de eso, el trabajador deberá accionar la vía jurisdiccional para poder cobrar las respectivas indemnizaciones, pues en el caso de que trabajador se encuentre

impago en por ejemplo tres remuneraciones, sólo por el hecho de haber presentado su demanda solicitando la adjudicación de los valores económicos pendientes, gozará del derecho a 12 remuneraciones (al igual que para un trabajador despedido que haya laborado durante 12 años consecutivos), esclareciendo que para que este pago sea procedente no se necesita más prueba que exponer la existencia de la relación de trabajo. Muchas veces esta sanción es incluso mayor (y por supuesto más fácil de probar) que la indemnización por despido Intempestivo.

El triple de recargo surge únicamente cuando se activa la vía jurisdiccional y basta únicamente con la formulación de la demanda para proceder a condenar al empleador del pago correspondiente. En este sentido, es necesario cumplir con las normativas laborales, además de conocer la manera de actuar ante una posible culminación de la relación laboral o de demora en el pago de remuneraciones, dado que en la práctica las empresas suelen ralentizar el pago de las remuneraciones a los empleados, lo que puede desencadenar en una carga laboral para el empleador.

Referencias

1. Bensusan, G. I., Universidad Autónoma Metropolitana de México, y Unidad Azcapotzalco. (1982). *La adquisición de la fuerza de trabajo asalariado y su expresión jurídica*. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.
2. Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental* (18.^a ed.). Heliasta S.R.L. <http://files.escuelalibredederecho.webnode.es/200000015-5c6145d5bf/CABANELLAS%20-%20GUILLERMO%20-%20DICCIONARIO%20JURIDICO%20-%20http---www.pensamientopenal.com.ar-system-files-2015-01-doctrina34261.pdf>
3. Código Civil, Pub. L. No. Registro Oficial 46 (2005). <https://www.consejodecomunicacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/06/lotaip/C%C3%93DIGO%20CIVIL.pdf>
4. Código del Trabajo, (2005). <https://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2015/05/CODIGO-DEL-TRABAJO.pdf>
5. Constitución de la República del Ecuador, Pub. L. No. Registro Oficial 449, 80 (2008). <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/4864-registro-oficial-no-449>

6. Chirinos, L. M. (2013). Políticas de empleo: Entre el contrato de trabajo y la relación laboral. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, XIX(1), 35-45.
7. De la Torre, S. (2009). *Universidad Internacional SEK* [Tesis de Maestría, Universidad Internacional SEK]. <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/55/1/Aplicabilidad%20jur%C3%ADdica%20del%20mandato%20N%C2%BA%208.pdf>
8. Elgueta, J. B. (1984). Autonomía de la voluntad y Derecho Laboral. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 8, 247-260.
9. Guerrón, S. (2001). *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador* [Tesis de Maestría en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2746/1/T0133-MDE-Guerr%c3%b3n-Principios.pdf>
10. Labarca, E. (1966). *El concepto de patrón o empleador en la legislación chilena* (1.^a ed.). Editorial Jurídica de Chile. https://books.google.com.ec/books?id=n_n5oy4PLOWC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false
11. Masabanda, G. (2018). *Instrumentos Jurídicos aplicables en la contratación individual de trabajo* (1.^a ed.). PÍO XII. <https://revistas.uta.edu.ec/Books/libros%202019/instrumjuridic.pdf>
12. Moreno, X. (2013). Análisis crítico de las instituciones del visto bueno y de la jubilación patronal en el Código del Trabajo ecuatoriano. *Foro, Revista de Derecho*, 19, 79-95.
13. Organización Internacional del Trabajo. (1964). *Convenio C122-Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122)*. OIT. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312267
14. Palomino, T. A. (2015). El trabajador: ¿Recurso humano? *Revista Gaceta Laboral*, 21(3), 335-343.
15. Urquijo, J. I., y Bonilla, J. (2008). *La Remuneración del Trabajo. Manual para la gestión de sueldos y salarios*. Universidad Católica Andrés Bello. <https://books.google.com.mx/books?id=m7ZKTMMtYZ8C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

16. Zurita, M. I. (2015). *Desnaturalización del acto administrativo en la resolución que dicta el Inspector del Trabajo dentro del trámite de visto bueno en materia laboral*. [Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad San Francisco de Quito]. <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/4371/1/114074.pdf>

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).