La Relación Laboral EN la Nueva Constitución

John Romo Loyola¹

Resumen— Es fundamental conocer cuáles son los cambios que están en vigencia en el país. Aspectos como la discriminación en el empleo, o las nuevas pautas para contratar personal, son estudiados en el presente artículo. Se analiza también lo que se halla vigente, y que fue aprobado por el pueblo ecuatoriano, aspecto legal de actualidad que debemos conocer.

Palabras clave— Código del trabajo, constitución del Ecuador, recursos humanos, relaciones laborales.

¹ John Romo Loyola, Docente de Posgrados de la Universidad Tecnológica Equinoccial, 099587172, jromo@ute.edu.ec

Introducción:

Con la expedición de la nueva Carta Política de la República, las relaciones laborales han sufrido grandes modificaciones en nuestro país.

Los incumplimientos de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral, son penalizados y sancionados por la Ley.

De hecho, ya con la expedición del Mandato 08, se permite al Estado imponer multas a los empleadores que incumplan la Ley, de entre 654 USD y 4360 USD por trabajador (Salario Básico Unificado multiplicado por 3 o por 20 según sea la falta cometida).

Por esto es fundamental conocer cuáles son los cambios que, están en vigencia en el país. Aspectos como la discriminación en el empleo, o las nuevas pautas para contratar personal, son estudiados en el presente artículo. Se analiza lo que se halla vigente, y que fue aprobado por el pueblo ecuatoriano, aspecto legal de actualidad que debemos conocer.

Innovaciones de la Constitución

Entre las principales innovaciones que nos trae la Constitución tenemos las siguientes:

NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO: La discriminación en contra de las personas y de los pueblos se prohíbe en la nueva Constitución.

Ello se explica del siguiente modo:

Toda persona tiene derecho de ACCESO a un empleo. Ello determina que en las leyes², se establezcan mecanismos para que todas y todos podamos aplicar por un puesto en IGUALDAD DE CONDICIONES, incluyendo a cualquier nacional o extranjero en el Ecuador.

Para que esto sea cumplido, en el Estado y sus instituciones necesariamente debe aplicarse el CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN el cual es un requisito de validez para que se pueda llenar la vacante. Obviamente también se deben determinar principios de Publicidad óptimos (publicaciones obligatorias por periódicos, carteles, anuncios en radios, televisoras o Internet).

Junto con lo dicho, se prohíbe discriminar a las personas que deseen optar por un empleo, o que ya teniéndolo lo pierdan por actitudes discriminatorias. Así, se dice que: *"Los procesos de selección, contratación y promoción laboral, se basarán en requisitos de habilidades, destrezas, formación, méritos, y capacidades. Se prohíbe el uso de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, la dignidad e integridad de las personas."*(Constitución del Ecuador, art 329).

Por lo mismo, criterios de selección ajenos al texto constitucional serán sancionados por la Ley. Por ejemplo: un empleador que elabore una convocatoria para llenar una vacante, en donde se exija una edad mínima o máxima, estaría alterando estos exclusivos criterios de selección del Recurso Humano, los cuales a partir de la vigencia de la nueva Constitución serán:

HABILIDADES;
DESTREZAS;
FORMACIÓN;
MÉRITOS; Y
CAPACIDADES.

El poner en un anuncio para vacante (de cualquier cargo), un límite o base de edad, es de hecho discriminatorio.

Lo propio en lo relacionado con el sexo de la trabajadora o el trabajador, al momento de realizar una cargo una especificidad. Por ejemplo estaría prohibido decir que selección del recurso humano. No cabría exigir para determinado para guardia, chofer o profesor, sea menester la determinación específica del género.

Se resalta la prohibición y sanción de discriminación, acoso sexual o cualquier acto de violencia directo o indirecto, contra la mujer que sea emanado a consecuencia del empleo.

La protección a la mujer embarazada, así como al derecho de lactancia se hallan protegidos. Pero se amplían en el sentido de sus "derechos reproductivos". Ello quiere decir que si por ejemplo, una mujer desea conseguir un trabajo, y se encuentra embarazada, bien podría invocar discriminación, si al momento de acceder o mantenerse en el empleo se considera discriminada por su condición de futura madre.

No es de extrañar que en ciertas empresas -no todas por supuesto-, se tenga la "costumbre", de prohibir la contratación de mujeres embarazadas, o limitar su permanencia en el trabajo si acaso comete el "error", de embarazarse.

² Esto incluye al Sector Público y al Sector Privado, y las leyes que lo rigen: Código del Trabajo, Ley de Educación Superior, Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, del Magisterio o demás normas que traten sobre el empleo (incluidos Contratos Laborales y Reglamentos Internos de Trabajo).

Lo propio puede afirmarse en cuanto a la condición reproductiva, la actual Constitución señala que no interesa el número de hijos que se tenga, y que por lo mismo, ello no debe ser un obstáculo para acceder o permanecer en el empleo.

Se crea el *permiso de paternidad*, como algo innovador. Recordemos que este ya existe en países como Venezuela (14 días), Argentina (3 días, aunque UNILEVER lo aumentó voluntariamente para sus empleados a 10 días seguidos), Uruguay, Chile, México, Arabia Saudita, Argelia, Guatemala, Nueva Zelanda, Paraguay.

España es un caso aparte, con 18 días seguidos del permiso de paternidad (El comercio, 07/05/2008).

En el periódico EL PAÍS, se realiza un análisis de la experiencia adquirida por la sociedad española luego de 10 años de vigencia del permiso de paternidad. Resulta interesante saber por ejemplo, que luego de esta experiencia, muy pocos españoles se han acogido al permiso, o incluso se niegan a hacer uso del mismo. Existen otros casos en donde los fines del permiso de paternidad (superar el machismo, compartir la tarea de crianza o simplemente conjugar aspectos de labores domésticas), no se cumplen. Desde enero de 2009, se ha presentado la propuesta del Gobierno al Congreso Español, de AMPLIAR el tiempo mínimo del permiso de paternidad, prohibiendo que el padre que se acoge al mismo, pueda destinar este tiempo en tareas distintas a la crianza (conseguir otro empleo, por ejemplo). Por ello debemos estar atentos a estas experiencias, pues tengo la certeza de que en nuestro país, vamos a caer en estos mismos errores (El país, 2008)

De hecho, el Permiso de Paternidad, se halla ya en vigencia en nuestro país, desde febrero de 2009, y considera un tiempo mínimo de 10 a 25 días para el padre. El lapso inicial de 10 días se extiende a 25 días, si el hijo se encuentra hospitalizado o con enfermedades degenerativas. De igual forma, se mantiene el lapso de 12 semanas para la mujer, con 10 días adicionales si acaso existe nacimiento múltiple. Adicionalmente, el padre tiene derecho a igual tiempo (12 semanas o su saldo), si la madre fallece mientras hace uso del permiso de maternidad o en el parto (El Comercio, 11/02/2009).

Lo *étnico*, no puede ser un impedimento para que una persona acceda al empleo. Así lo señaló la Asamblea Constituyente, y a diferencia de la Constitución del año 1998, no se menciona a la raza como un signo de discriminación, pues como se conoce existe una sola: LA RAZA HUMANA, lo propio puede afirmarse del color de piel el cual tiene como base la pigmentación de la misma, más no otra diferencia.

El *origen social y la posición económica* -aunque solo se mencionan-, quedará en la Ley establecer a qué se refieren de modo específico. Tal vez los entenderíamos, como costumbres de Empresas seleccionadoras de Recursos Humanos en donde se prefería a personas vinculadas a grupos económicos, clubes privados, o pertenencia a exclusivos círculos sociales o gremiales.

La propuesta es que quedaren en el olvido -ni sea preciso llenar las formas de selección del recurso humano-, relativas al origen de apellido, árbol genealógico, o familia pudiente. Pues estos atavismos discriminatorios no se explican sino como una ancestral política discriminatoria, sin sentido justificable.

La *ideología*, es específicamente señalada como libre y representativa de todo sistema democrático. Más -hay que reconocerlo-, el pensar diferente al empleador -público o privado-, ha sido un impedimento para acceder o mantenerse en el empleo. Ello ha sido vinculado principalmente con lo político o la visión cognoscitiva.

Bajo el sistema democrático, lo religioso, por ejemplo, nada aporta para encontrar al mejor candidato o empleado, el libre pensamiento, es la base de la nueva selección del empleo.

La *orientación sexual*, es de libre elección para la nueva Constitución. En consecuencia, afectar a algún empleado o empleada, por ser homosexual, lesbiana, transgénero o cualquiera fuere su inclinación sexual, será un atentado constitucional.

En cuanto al *estado de salud*, es importante resaltar que se hace mención específica a cualquier condición que se interponga con el acceso o permanencia en el empleo por razones de salud. Así por ejemplo el hecho de sufrir VIH – SIDA, o cualquier otra enfermedad, no impide el libre desenvolvimiento de actividades laborales.

Habrà que recordar las causas por las cuales se transmite el VIH-SIDA, son precisamente las relaciones heterosexuales, las transfusiones sanguíneas, así como de la madre al hijo (principalmente al momento de nacer), las más comunes. No se contrata a una empleada o empleado para estos fines.

Es más, recordemos que el Ministerio de Trabajo desde el año 2005, prohibió el despido o desahucio por estas razones mediante Acuerdo Ministerial, bajo penas de multa y

responsabilidades civiles (indemnizaciones de daños y perjuicios).

Se garantiza además el derecho de la trabajadora o el trabajador, a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.

Por ejemplo, nuestra Universidad ha creado las condiciones mínimas de salud, prohibiendo fumar en sus instalaciones, la iniciativa de Edificios sin Humo, o llenar de espacios verdes a nuestro campus, son coherentes con esta propuesta.

La nueva Carta Magna, afirma que toda persona tiene derecho a *permanencia* en el empleo. Esto quiere decir que se establecen mecanismos para que si el empleado tiene un contrato indefinido, se le garantice su permanencia. Así por ejemplo, en el caso de ENFERMEDAD O ACCIDENTE DE TRABAJO, la Constitución ordena que "Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tiene derecho a ser reintegrada al trabajo. Mantendrá la relación laboral de conformidad con la Ley" (Nueva Constitución del Ecuador, Art. 326 numeral 6).

La discriminación laboral por discapacidad es un tema que viene tratándose en el país desde el año 2006, donde se establecieron mecanismos legales que posibilitan acceso a personas con habilidades especiales.

Recordemos que en el año 2009, el porcentaje mínimo de personas con discapacidad, y que debe contratar un empleador es del 3% del total de sus empleados. En el año 2010, este porcentaje sube al 4% del total de trabajadores de la nómina.

La prohibición de discriminación por característica genética, plantea como alternativa el hecho de considerar con las mismas condiciones de acceso o permanencia en el empleo a las personas afectadas -o beneficiadas, como desee llamárselo-, con herencia genética. Ahora bien, si los estudios demuestran nuestra identidad genética en un 99%, los efectos de esta garantía constitucional quizá se vean reflejados en establecer mecanismos laborales que tiendan al respeto a esa identidad genética en un contrato de trabajo.

Por ejemplo, los empleadores (públicos o privados), deben crear reglamentos, establecer mecanismos de selección o apertura, para facilitar la inclusión de personas con Síndrome de Down, retardo mental o simplemente diferencia por apariencia física o carencia de movilidad adquirida o genética. Los espacios físicos que creen los empleadores para esa

inclusión son fundamentales, pero el reto se encuentra en los mecanismos administrativos (Política de Recursos Humanos) para las personas que posean estas características y que deseen acceder o mantenerse en un empleo.

Según el Editor de Sociedad del Periódico EL COMERCIO: "...1'608.334 personas con alguna discapacidad (12,14% de ecuatorianos) han sido ignoradas no solo por las escuelas públicas y privadas, sino también por el sistema de salud y por las empresas que aún siguen pensando que no "sirven" para el trabajo. ..." (EUSSE, 2008).

Finalmente, se menciona como prohibido el hecho de discriminar por condición migratoria. En ello han existido avances por parte del Estado para ir eliminando toda forma de afectación de los derechos del "ciudadano universal". Así, se emitió la prohibición de exigir visa para toda persona que desee visitar nuestro país, hasta por un periodo de 90 días.

Una cosa es visitar el país, y otra muy distinta, es venir desde el extranjero a trabajar. Si la intención es abrir el mercado laboral, cabe entonces que la migración (para trabajar), sea regulada.

Ahora hace falta que esa misma apertura se encarne en los empleadores, los cuales, también entonces deben generar alternativas laborales para aplicar esta exigencia constitucional. Claro está, el marco legal debe ser también readecuado, y en ello, hará falta dejar sentado un procedimiento sencillo para que cualquier persona de la nacionalidad que fuere tenga garantías de que su actividad laboral en el Ecuador, sea en un marco de respeto a sus derechos.

El Ministerio de Trabajo y Empleo, debe entonces, señalar cuáles son esas nuevas reglas de juego para aplicar la Constitución en Proyecto, hasta el momento existen trabas burocráticas en el Estado que impiden la libre contratación de extranjeros.

Junto con lo dicho, se crean nuevas formas de trabajo, se señala como legal el trabajo autónomo o por cuenta propia, el de los comerciantes, minoristas, unidades económicas comunitarias, cooperativas, artesanales, asociativas, empresariales, familiares u otras.

Algo importante, es el trabajo de cuidado humano en el hogar, el cual aunque no es remunerado, debe incorporarse progresivamente a la protección de la Seguridad Social. En otras palabras el IESS incluirá como afiliadas a las amas de casa, la forma y condiciones serán establecidas por la ley, pues por ejemplo no se sabe quién va a pagar el aporte patronal, o si el

mismo debe ser asumido íntegramente por el Estado.

A igual trabajo, corresponde igual remuneración, se dice en el texto constitucional, pues bien, bajo este criterio, se ratifica la eliminación de la tercerización e intermediación laboral, así como el contrato por horas.

En definitiva, la Doctrina de la RESPONSABILIDAD SOCIAL, no se señala en la nueva Constitución como una opción de las empresas, sino como una habitualidad; un ejercicio permanente de su objeto social, eso es lo que en definitiva se propone implementar con las reformas laborales planteadas por la Nueva Constitución.

Bibliografía

- Art. 326 numeral , Nueva Constitución de la República del Ecuador, extraído desde www.asambleaconstituyente.gov.ec.
- Artículo 329 del texto aprobado en segundo y definitivo debate por el Pleno, Nueva Constitución de la República del Ecuador, extraído de www.asambleaconstituyente.gov.ec.
- El Comercio, acceso el 7 de mayo de 2008 desde www.elcomercio.com.
- El Comercio, acceso el 11 de febrero de 2009 desde www.elcomercio.com.
- El país, www.elpais.es.
- EUSSE A. (2008, 19 julio), Las barreras se rompen, EL COMERCIO.

Autor. John Romo Loyola

El autor nace en Azogues, el 12 de mayo de 1969. Es Doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Universidad Central del Ecuador, en 1997 (Nota 10/10 Sobresaliente). Es Especialista en Gestión de la Calidad por la ESPE, en 1998 y finalmente, obtuvo una Maestría en Derecho Procesal Civil por la Universidad Internacional de Andalucía, en Sevilla – España, en el año 2002 (Sobresaliente CUM LAUDE).

Actualmente es Procurador de Adolescentes Infractores en la Fiscalía Distrital de Pichincha; ha sido Director de Asesoría Jurídica en el Ministerio de Trabajo y Empleo, y Jefe de Abogados de dicho organismo del Estado siendo su empleado por diez años. Finalmente se ha desempeñado como Docente de la Universidad Central, Universidad Internacional y Universidad Tecnológica Equinoccial hasta la actualidad en las áreas Presencial, a Distancia y Posgrados.

Tiene escritos dos libros de Derecho, y ha sido expositor en distintos seminarios y universidades en el área de Derecho Laboral, así como instructor del Derecho Penal e Investigación de Menores Infractores.