



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ESTADO ECUATORIANO RESPECTO DE LAS
OBLIGACIONES LABORALES EMANADAS DENTRO DE LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA-PRIVADA.

Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de Magíster en
Derecho Laboral y Seguridad Social

Autor:

Abg. Diego Andrés Zabala Romero

CI:0105945489

Correo electrónico:

d.andy90@hotmail.com

Director:

Dr. Jorge Aurelio Moreno Yanes

CI: 0101287696

Cuenca-Ecuador

27-febrero-2020



RESUMEN:

Es obligación primordial del Estado avalar los derechos laborales. Vigilar por la protección de los derechos laborales involucra resguardar la efectiva vigencia del derecho a la existencia. La administración estatal es responsable del quebrantamiento de los derechos fundamentales, originada en el pronunciamiento y realización tanto de los actos legales como ilegales (Mogrovejo, 2009).

En esta representación, en el ámbito nacional e internacional, se presentan escenarios críticos en el área laboral. Siendo el propósito disminuir costes de mano de obra, creando mayores utilidades para el empleador. Modalidad aplicada principalmente por el gobierno central; considerando que una persona jurídica con extensos poderes, si bien intenta defender intereses universales, sin embargo, tal práctica atenta los derechos humanos de cada trabajador.

La estructura del presente trabajo parte de un acápite inicial donde se realizó una reseña histórica del Derecho Laboral, pues luego de varias luchas dio lugar al surgimiento de diversos derechos y cauciones laborales, entre las cuales está la institución de la solidaridad laboral, que se le ubicó como una categoría concreta dentro del análisis de la responsabilidad en las obligaciones, para así establecer qué sucede con la figura dentro del derecho del trabajo ecuatoriano.

En un segundo apartado, se identifica como el Estado ecuatoriano tercia en los compromisos laborales derivados en la contratación pública-privada, referenciando cláusulas que suele vincularse en este tipo de contratación, luego se enfatizó sobre la responsabilidad solidaria del régimen como un instrumento que sobrelleve a efectivizar los derechos de los trabajadores procedentes de las obligaciones laborales del empleador.

Palabras claves. Responsabilidad. Solidaridad laboral. Obligaciones laborales. Garantías laborales.



ABSTRACT:

It is the primary obligation of the State to guarantee labor rights. Protecting labor rights involves safeguarding the effective validity of the right to existence. The state administration is responsible for the violation of fundamental rights, originated in stating and and executing both legal and illegal acts (Mogrovejo, 2009).

In this representation, at national and international level, critical scenarios in the work area are presented. The main purpose is to reduce labor costs, creating greater profits for the employer. Modality mainly applied by the central government; whereas a legal person with extensive powers, although trying to defend universal interests, however, such practice violates the human rights of each worker.

The structure of this work is based on an initial section where a historical review of Labor Law is taken into consideration, because after several struggles it led to the emergence of various labor rights and precautions, among which is the institution of labor solidarity, which is located as a specific category in the analysis of responsibility in obligations, in order to establish what happens with the figure in Ecuadorian labor law.

In a second section, it is identified as the tertiary Ecuadorian State in labor commitments derived from public-private contracting, referencing clauses that are usually linked in this type of contracting, then emphasized the solidarity responsibility of the regime as an instrument that overcomes realize the rights of workers from the employer's labor obligations.

Key Words. Responsability, Labor solidaritym. Labor obligations. Labor endorsements.



ÍNDICE DEL TRABAJO

Resumen:.....	2
ABSTRACT:	3
Índice del Trabajo	4
AGRADECIMIENTO	8
DEDICATORIA	9
Introducción. -	10
CAPITULO I.....	12
Consideraciones fácticas y jurídicas sobre la responsabilidad solidaria y la regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.	12
1. Aspectos históricos del derecho laboral. –.....	12
1.1. Primer Momento.....	12
1.2. Segundo Momento.....	16
1.3. Tercer Momento	16
1.4. Cuarto Momento.....	18
1.5. Quinto Momento.....	18
1.5.1. Consideraciones jurídicas en el Ecuador	18
2. La responsabilidad.....	24
2.1. Nociones de responsabilidad y concepto.....	24
3. La solidaridad en el derecho del trabajo	29
4. La solidaridad solidaria en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	32
4.1. Acción de repetición.....	41
CAPITULO II.....	51
Intervención del estado ecuatoriano en el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas en la contratación pública.....	51
2. Breve referencia a la contratación pública. –.....	51
2.1. Concepto. -	51
2.2. El Estado ecuatoriano como garantista de los derechos laborales.....	55
2.3 La responsabilidad solidaria laboral del estado ecuatoriano como medio para hacer efectiva las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico respecto de las obligaciones laborales en los contratos de obra dentro de la contratación pública.	63
2.4 Análisis inciso tercero del artículo 36 del código del trabajo ecuatoriano. -	83
1.5 Conclusiones.....	86
Recomendaciones	89



Bibliografía..... 90



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Diego Andrés Zabala Romero, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ESTADO ECUATORIANO RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES EMANADAS DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA-PRIVADA ", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 27 de febrero de 2020

Diego Andrés Zabala Romero

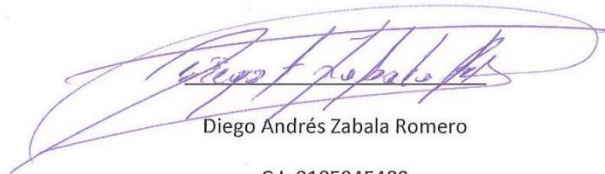
C.I: 0105945489



Cláusula de Propiedad Intelectual

Diego Andrés Zabala Romero, autor del trabajo de titulación "RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ESTADO ECUATORIANO RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES EMANADAS DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA-PRIVADA", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 27 de febrero de 2020



Diego Andrés Zabala Romero

C.I: 0105945489



AGRADECIMIENTO

A Dios, ese ser supremo, único y bondadoso que está siempre presente en cada una de las actividades y metas plasmadas en mi vida.

A mis padres y hermanos, quienes, a pesar de todas las adversidades, han creído en mis expectativas y me han brindado su apoyo incondicional para cumplir una meta más en mi existencia.

A mi Director de Tesis, quién sin importar su pesada agenda, asumió el compromiso de aportar sus conocimientos para la elaboración de este trabajo.

A mis amigos, colegas y magistrados, quienes me han brindado su amistad y me han compartido sus conocimientos durante todo este trayecto, personas que se han ganado mi aprecio, respeto y consideración.



DEDICATORIA

A Dios por permitirme y darme las fuerzas para alcanzar este propósito importante en mi vida.

A mis padres y hermanos por ser los cómplices de cada uno de los logros alcanzados en la historia de mi existencia.



INTRODUCCIÓN. -

La responsabilidad solidaria (RS) es una institución jurídica desarrollada a través del tiempo, cuya génesis es el Derecho Civil; las disímiles situaciones históricas, sociales, políticas y económicas fueron determinantes para su aparición, que se ha plasma en el procedimiento laboral como un instrumento para responder los derechos de los trabajadores que proceden de una relación contractual contratante y trabajador.

Ahora bien, conforme el art. 3 numeral 1 de la Carta Magna ecuatoriana, el Estado responde el efectivo goce de los derechos; pues al ser un Régimen constitucional de derechos y justicia, se basa en la normativa constitucional como suprema, en el cual constan derechos fundamentales (DF) incorporándose garantías para cautelar los derechos subjetivos quebrantados de los miembros del Estado subordinado al sistema constitucional, en donde los efectos jurídicos garantistas forzosamente deben cumplirse en la contratación pública en el país.

En la contratación pública (CP), en las diversas cláusulas contractuales se concentran obligaciones, cláusula compromisoria y garantías de ley. Obligaciones, específicamente de índole profesional que son imputables en su mayoría al empresario. En efecto, garantías que protegen intereses gubernativos y bajo ningún concepto laboral; puesto que el contratista, descartando la situación económica, es quien se obliga al acatamiento de todas las cargas laborales señaladas en el Código de Trabajo y las leyes ecuatorianas, obteniendo la calidad de empleador frente a los colaboradores y trabajadores. En tal virtud hay que palpar el lazo jurídico garantista laboral que la entidad contratante oficial tiene con relación a trabajadores que laboran bajo estas contrataciones.

En el presente estudio, se analizó la solidaridad del Estado en el campo laboral, respecto de las obligaciones laborales (OL) originarias en la CP; siendo factible partir que en la contratación privada (CPV) la solidaridad patronal, legítimamente está regulada en la Constitución, Código de



Trabajo (CT), Ley Orgánica de Protección de Defensa de Derechos Laborales, Ley de Justicia Laboral y más normativas aplicable al caso. Por ello se examinó la SL en la contratación pública y privada, observando la relevancia, tipologías, medidas reglamentarias, la vinculación con la finalidad del Estado ecuatoriano que es : respetar y hacer respetar los derechos señalados en tratados internacionales, reconocidos en el país como en el ordenamiento jurídico.



CAPITULO I

Consideraciones fácticas y jurídicas sobre la responsabilidad solidaria y la regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1. Aspectos históricos del derecho laboral. –

El trabajo en el transcurso del tiempo muestra ciertos momentos, base para que surja un derecho y lo regule para de alguna forma evitar el abuso por la clase más fuerte «la empleadora», en contra de la más débil «la trabajadora».

1.1. Primer Momento

El trabajo surgió desde las más primitivas representaciones de organización social, sostenida en una relación de imposición de unas personas sobre otras por la producción de bienes y servicios, de sexo, edad, superioridad armada o por un eficaz poder político y religioso.

Antiguamente organización social del trabajo, tuvo como base, esencialmente la esclavitud; esclavos provenientes de las guerras, pues a los dominados se los tomó como prisioneros para realizar las actividades que la disposición socio-económica requería. Así, como puntos característicos de la esclavitud fueron la privación de la libertad y el trabajo obligado por cuenta ajena.

En la edad media, progresivamente se debilita la esclavitud; por el aumento de las tributaciones que gravaron a las tierras productivas como improductivas, el costo del mantenimiento de los esclavos era oneroso, por lo que los propietarios optaron por liberarlos, pero no completamente, ya que se les prohibió abandonar las tierras, pasando a la condición de siervos de la gleba. Con ello, surge el régimen feudal que consistía en la prestación de trabajo bajo la servidumbre, quedando los campesinos en dependencia forzosa de los señores feudales, quienes eran los dueños del resultado del trabajo de los siervos (Gatti, 2015)



A propósito al interior del régimen feudal se desarrollaron relaciones mercantiles, sobre todo, el de oficios, pequeños productores, profesiones liberales y el comercio, constituyéndose el inicio del Estado Corporativo constituido por el conglomerado de los poderes locales como: la iglesia, feudos, gremios y corporaciones; entidades profesionales y confesionales con personería jurídica y privilegios dotadas de facultades delegadas por Régimen para el ejercicio de facultades de policía y reglamentación, con privilegios de oficio y artes; cuyos sindicatos perseguían el auxilio mutuo frente a accidentes, enfermedades, desgracias y el mejoramiento del oficio.

En esta etapa Feudal, al no contar con un Estado Nacional, se frena una medida jurídica general del trabajo, así cada feudo, ciudad o corporación estableció reglas propias.

Con el acrecentamiento del comercio a distancia, el capitalismo financiero y comercial, el régimen feudal se afectó por las crecientes relaciones mercantiles que obligaron la ruptura de las trabas corporativas de la economía medieval, cayéndose las relaciones basadas en la servidumbre y la economía corporativista Incluso los obreros y lugareños se apartaban de slos medios de producción, surgiendo la descampesinizacion y proletarización e imponiendo el trabajo asalariado. Época, en la cual se promovió la insurrección de los Ciompi en Florencia en 1378, evidenciando el antagonismo entre patronos y clase obrera en las relaciones del capitalismo temprano, a través de la cual los trabajadores buscaban elevación de salarios y derechos políticos.

En la época reciente se profundiza el capitalismo dando impulso concluyente al comercio, industria, la banca, los servicios públicos, desarrollándose la organización obrera. Hito importante, el surgimiento de la Revolución Industrial en Inglaterra desde 1760 a 1830; adicional de la innovación técnica con el desarrollo de las herramientas y máquinas, involucró procesos sociales, económicos, políticos y culturales que se promovieron con este.



Aquí se da la superioridad de la élite capitalista sobre los trabajadores, quienes desempeñaban actividades en condiciones inhumanas, para acumular continuamente riqueza, generándose pocos que acumularon fortuna y la multitud empobrecida, frente a ello a principios de 1848, se publicó el manifiesto del Partido Comunista, inspirado en ideas de Carlos Marx y Federico Engels, reproduciéndose varias veces entre 1872 a 1890 con prefacios de Federico Engels. Documento que respaldó la lucha de clase, la dictadura del artesanado, la plusvalía como clave de la explotación; cuyo manifiesto influyó dentro de la legislación laboral (Briceño, 1985).

Con todo en 1864, bajo el ímpetu de Karl Marx se fundó en Londres la Primera Internacional Obrera o Asociación Internacional del Trabajo (AIT), con la finalidad de reunir a los sindicatos de trabajadores de las naciones y sistematizar los métodos de reivindicación de sus derechos, dando homogeneidad a los problemas de los trabajadores (Gatti, 2015)

Como resultado de la AIT, en 1871, surgió la Comuna de París, como un movimiento considerado como la primera toma de poder por el proletariado en Europa Occidental, acto denominado por Carlos Marx como la dictadura del obrero, donde el Estado fue tomado por los trabajadores. Hecho que marcó un hito elevado en la organización y lucha sindical, expresándose a un nivel político, de la misma forma se desarrollaron los partidos comunistas y socialdemócratas.

Ante el afianzamiento del capitalismo monopolista o imperialista, la grave situación de infortunio y los inconvenientes sociales que acontecían en la época por la revolución industrial, el 15 de mayo de 1981, la iglesia definió su posición, instaurándose la doctrina social de la Iglesia con la encíclica Rerum Novarum, la cual no era contraria a los principios del manifiesto, además reconocía la existencia de desigualdades sociales. Por cierto Briceño (1985). Cita puntos relevantes de la mencionada encíclica; siendo énfasis en dos:



1.- Los patrones deben recordar “que no deben tener a los obreros por esclavos; que deben...respetar la dignidad de la persona...que si se tiene en cuenta la razón natural y la filosofía cristiana, no es vergonzoso para el hombre ni le rebaja ejercer un oficio por un salario, pues le habilita el tal oficio para poder honradamente sustentar su vida...No imponerle más trabajo del que sus fuerzas puedan soportar, ni tal clase de trabajo que no lo sufran su sexo y su edad. El primer deber del patrón es dar al trabajador lo que es justo. (p. 29)

2.- La sociedad civil...abarca por igual (a) los propietarios, con el mismo derecho que los ricos y por su naturaleza, ciudadanos, es decir, partes verdaderas y vivas, de que, mediante las familias, se compone el cuerpo social, por no añadir que en toda Nación es la suya, la clase sin comparación más numerosa. Pues como sea absurdísimo cuidar de una parte de los ciudadanos y descuidar otra, síguese que debe la autoridad pública tener cuidado conveniente del bienestar y provecho de la clase proletaria; de lo contrario violará la justicia, que manda dar a cada uno su derecho. (p. 30)

Momento en la historia en donde las monarquías constitucionales, monarquías parlamentarias y la instauración de las repúblicas, siendo las una forma de gobierno que propugnó el establecimiento del régimen liberal capitalista con base al eje económico en la libertad de mercado, libertad de empresa, libertad de trabajo, libertad de contratación y libertad de comercio e industria.

El siglo XIX es época del Estado legal, pues se elimina la arbitrariedad en el ámbito de la actividad del Régimen que se distinguía del «Estado Absoluto» del siglo XVIII representado por la superioridad del régimen despótico, autoritario, arbitrario, policiaco y militarista.



1.2. Segundo Momento

Se apresura el adelanto del capitalismo; en EE.UU., se dio la masacre de los obreros a manos de la fuerza pública, cuando se manifestaba a través de una concentración de los trabajadores en mayo de 1886 en la plaza de Haymarket- Chicago, cuyas exigencias se enmarcaron en la reducción de la jornada laboral a ocho horas diarias en el trabajo con la consigna “ocho horas para el trabajo, ocho horas para el sueño y ocho horas para la casa”.

Las acciones de los obreros en general reaccionan y muestran resistencia al orden tenido por la pretensión de riqueza, sumado por los propietarios capitalistas y ajenos a las condiciones humanas, de las que eran exentos los trabajadores dependientes. Bajo estos parámetros, se mantiene el orden jurídico que arenga la igualdad de derechos, pero ello no imposibilitaba que el poderío económico, político y social permanezca en menoscabo de los asalariados.

En la Revolución Bolchevique en 1917, surgió el Estado y Derecho Socialista; de la mano dos fenómenos influyentes para el Derecho del Trabajo: su constitucionalización e internacionalización. En realidad con la Constitución de Querétaro (México 5-II-1917) y la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado (12-I-1918) inició el constitucionalismo social, dando la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales en las Constituciones Políticas de América y posteriormente en Europa, para elevar la jerarquía y el cumplimiento de tales derechos.

1.3. Tercer Momento

Muestra como punto de referencia el Tratado de Paz de Versalles; con ello asomó la Sociedad de las Naciones (28-VI-1919) creándose la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para presentar una visión integral de los derechos laborales fundamentales y la generalidad de trabajo digno y decente. La declaración de la OIT permitió erigir un bloque mínimo de DL fundamentales,



por cuyo respeto universal las naciones partes asumieron el compromiso de garantizar la vigencia absoluta; estos derechos son:

- a) Libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo al derecho de negociación colectiva.
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (OIT, 2019)

En este orden de ideas, se extiende el contexto con el desarrollo del Constitucionalismo Social; periodo en el cual la soberanía fue sustituida por la república en Alemania expidiendo la Constitución de Weimar (11-VIII-1919), Weimar fue representante en la Asamblea Nacional, quién perteneció al movimiento revolucionario que reemplazó la monarquía por gobierno. La asamblea remitió la constitución, destacándose lo siguiente:

- * La necesidad de socializar la gran industria.
- * La autogestión y participación de los trabajadores en la dirección de la fábrica.

De otro modo, se fundamenta el cambio en el centro económico del capitalismo mundial; Nueva York desplaza a Londres como centro financiero universal y EE.UU. sustituye a Inglaterra como imperialismo dominante en América Latina, desatándose el anticomunismo internacional; con la segunda guerra mundial EE.UU. alcanza ser la primera potencia mundial; gracias a la economía de guerra, dando espacio en 1944 al Fondo Monetario Internacional, siendo el dólar la moneda considerada en la reserva global.



1.4. Cuarto Momento

Terminada la segunda guerra mundial, se creó la Organización de las Naciones Unidas, defendiendo la concepción y desarrollo del Régimen Constitucional, se instaura el Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar o Benefactor (Welfare State). Pero con el mundo dividido en dos bloques de naciones (capitalismo y socialismo), se desencadena la guerra fría, impulsando las dictaduras militares en América Latina; seguidamente se desenvuelve la conocida revolución tecnológica, entrando a la cima la economía europea y japonesa no obstante para 1973 se inició otra gran crisis del capitalismo, transitando hacia el neoliberalismo.

1.5. Quinto Momento

Se identifica por el perfeccionamiento de la mundialización de la economía, la globalización y el progreso unipolar del mundo por la caída de la URSS y el socialismo, a raíz de ello, se edifica una mega constitución universal que responde a la supremacía imperial de EEUU, se agrava la economía norteamericana, surgiendo gobiernos denominados socialismo del siglo XXI en América Latina, así brotan nuevas potencias en el mundo como Brasil, Rusia, India, China, Sudáfrica (Castro, 2017)

1.5.1. Consideraciones jurídicas en el Ecuador

Desde otra óptica, en el Ecuador a fines del siglo XIX e inicios del XX, florece el capitalismo fundamentado en la posesión de los medios de producción y el nacimiento de la mano de obra. Periodo que atravesó algunas crisis. La primera fue la baja de la exportación cacaotera, repercutiendo en la vida de todos los ecuatorianos, además que las haciendas de cacao no podían conservar la mano de obra, hecho reflejado en varias personas desocupadas, en este contexto la burguesía traslada la crisis a la parte obrera, quienes la enfrentan protestas destacadas. Otra crisis



surgió entre 1930 y 1933 producto del contexto mundial desastroso, en el Ecuador se derrocó a Isidro Ayora por la alianza entre la burguesía de la costa y un grupo de militares progresistas.

Periodo en el cual se expiden leyes laborales dispersas:

*La primera norma laboral en el Ecuador aparece en 1903, aquí se trató de la ley sobre reglamentación de horas y días de trabajo en el comercio y la industria,

*En 1916 aparece el denominado “codiguillo” que regula jornadas, descanso dominical, recargos por trabajo suplementario y extraordinario, el preaviso para la cesación del contrato o separación del trabajo;

*En 1928 se expide la ley de desahucio del trabajo que se ocupa del despido, indemnizaciones, sanciones por incumplimiento; esta norma es reformada en 1936 y en 1937;

*En 1934 se dicta la ley que reconoce el descanso pagado las tardes de los sábados;

*En 1935, mediante decreto, se establece la Inspección General del Trabajo;

*En 1937 se dictan varias normas sobre accidentes de trabajo, salarios, cambios de puesto de trabajo, relaciones de los trabajadores con empresas extranjeras, etc. Estas y otras leyes que fueron recopiladas en 1936 sirvieron de base para el Código del Trabajo.

*El Código de Trabajo fue aprobado el 5 de agosto de 1938, no entró en vigencia inmediatamente. La Asamblea Constituyente de 1938 lo aprobó el 18 de noviembre del mismo año (Porrás, 2013)



El Código no es más que la compilación de leyes existentes, donde se marcan las obligaciones laborales, que hasta la actualidad se llegaron a constitucionalizar en derechos y principios en esta área (Porras, 2013)

El Código de Trabajo (CT) muestra diversas codificaciones y reformas no obstante, es importante analizar la codificación del 07 de junio de 1971:

El artículo 10, conceptualizaba lo que se entendía por empresario, empleador o patrono:

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

Tienen la calidad de patrono, la Empresa de Ferrocarriles del Estado respecto de las personas que prestan sus servicios en ella, excepto los vocales de su directorio, y los cuerpos de los bomberos respecto de sus obreros. (Codificación del Código de Trabajo, 1977, p. 7)



El artículo 35 disponía:

Son representantes de los patronos los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y, en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aún sin tener poder escrito y suficiente según el Derecho común.

El patrono y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador. (Codificación del Código de Trabajo, 1977, p. 19)

Al analizar la normativa transcrita, se reflexiona que el Estado en esa época, tenía calidad de patrono con respecto a los trabajadores que actuaban en la construcción de obras públicas nacionales, en territorio y en general en todas las actividades relacionadas con la prestación de servicios estatales, en esta idea, la solidaridad determinada en el art. 35, alcanzaba a quienes ejercían funciones de dirección y administración en todas las personas jurídicas de derecho público.

Al respecto, la normativa respondía a expresos aspectos económicos, sociales y políticos vinculados en cada contenido histórico, apareciendo en cierto momento la explotación petrolera, mejorando las inversiones extranjeras, agudizando la explotación de recursos naturales, privatización de entidades estatales y ante todo una sobreoferta de mano de obra barata como trascendental estrategia, frente a ello era importante la legislación laboral, por esta razón la necesidad de reformas laborales.

En realidad antes del inicio de la explotación petrolera en la Amazonía Ecuatoriana, el texto del mentado Código de Trabajo, en el Art. 98 disponía:

Los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas, capataces o intermediarios, participarán en las utilidades de las empresas en beneficio de las cuales ejecuten su trabajo.



Igualmente participarán en las utilidades de las respectivas empresas los trabajadores que desempeñen labores discontinuas, pagadas a jornal, por tarifa o a destajo.

Asimismo, los empleadores responderán solidariamente con sus contratistas o intermediarios por todas las obligaciones provenientes del contrato de trabajo que estos últimos contraigan con los trabajadores de ellos. Además, los empleadores serán agentes de retención, respecto a dichos contratistas o intermediarios, de los valores necesarios para cumplir con las obligaciones cuya solidaridad se establece.

(Codificación del Código de Trabajo, 1977, p. 47)

Bajo esta representación que deja el artículo nombrado, se asimila que la responsabilidad solidaria no es nueva, sino que concurría precedentemente a la explotación petrolera en el Ecuador para proteger los derechos de los trabajadores que ofrecían los servicios a contratistas, capataces o intermediarios. En este sentido se entiende el concepto de empleador, conforme el art. 10 del CT de 1977, corroboraban que el Estado-Fisco y en general las personas jurídicas de derecho público, respondían solidariamente a los trabajadores de los contratistas o intermediarios, por todas las obligaciones provenientes del contrato de trabajo.

Ahora bien, en 1972 el CT, por la situación de la explotación petrolera, es reformado, materializando en el Art.3 del Decreto Supremo (DS) No. 1429, del 26 de diciembre de 1972; R.O. 211, cambió sustancialmente el texto del art. 98, estableciendo de esta forma el siguiente texto:

Los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas, capataces o intermediarios, incluyendo aquellos que desempeñan labores discontinuas, pagadas a jornal por tarifa o destajo, participarán en las utilidades de las empresas en beneficio de las cuales ejecuten su trabajo.



Para la aplicación de este artículo se considerarán como contratistas, capataces o intermediarios a las personas naturales o jurídicas cuyos contratos con las empresas no excedan de trescientos mil sucres (S/. 300.000). Cuando los contratos excedan de tal cantidad, los contratistas, capataces o intermediarios se considerarán como empresas y pagarán directamente las utilidades a sus trabajadores (Niquinga, 2005)

Como se observa los cambios proporcionados en el DS-1429 , significó un retroceso en los derechos de los trabajadores, obviamente surgió para favorecer a las corporaciones que explotaban el crudo; eliminado términos contratistas, capataces o intermediarios a las personas naturales o jurídicas para imposibilitar pagar las utilidades por las grandes empresas que recogían el beneficio del trabajo, restringiendo la obligación de pagar a través de la determinación del monto de contratación, en tanto, si superaba aquel monto, al contratista se lo considerada como empresa, pagando directamente las utilidades; y no la gran compañía que recibía el beneficio de la obra.

A razón de analizar el tercer inciso de la responsabilidad solidaria, existente antes de la vigencia del DS-1429, fue suprimido, pues la reforma tuvo por objeto, favorecer a las grandes sociedades explotadoras del petróleo, concretamente para sortear la RS en el pago de obligaciones laborales, pues, al estar vigente el inciso, implicaba una gran erogación económica, ya que precisaba que las grandes empresas, incluso el Estado-Fisco, respondan solidariamente con sus recursos por las obligaciones laborales generadas en la relación laboral de los contratistas o intermediarios con los trabajadores, quedando el trabajador con una garantía menos para el cobro de las acreencias laborales por prestar sus labores, es decir, se eliminó la responsabilidad solidaria.



El Código tuvo distintas codificaciones, en 1938, 1960, 1970, 1978, 1997 y 2005, dándose reformas, de uno u otro modo está presente la solidaridad en el campo privado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales para satisfacer los derechos de los trabajadores.

2. La responsabilidad

2.1. Nociones de responsabilidad y concepto

La institución de la responsabilidad es compleja por las diversas acepciones otorgadas, siendo un término completamente ambiguo.

La Real Academia Española (2019) la define como: deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado”

Bajo esta premisa, a decir de Rangel y Sanromán-Aranda (2007) afirma que para que se dé la responsabilidad civil, existen los siguientes elementos:

- El daño debe ser cierto; pudiendo ser material o moral: que afecta la persona, patrimonio o persona de otro.
 - La relación de causalidad; lazo o relación directa de causa- efecto entre el hecho generador de la responsabilidad y el daño.
 - Es responsable no sólo el que obra o se abstiene ilícitamente (con culpa), sino también el que lo hace lícitamente (responsabilidad objetiva).
 - La fuerza mayor en algunos casos y la exclusiva culpa de la víctima, tienen sobre la acción de responsabilidad civil el mismo efecto preclusivo, porque suprimen ese lazo de causa a efecto.
- (Sanromán, 2018, p. 255)



En este sentido, es trascendente reflexionar que la deuda y la responsabilidad constituyen la vía para determinar la naturaleza de una obligación; la deuda consiste en la promesa de dar, hacer o no hacer, mientras que la responsabilidad es el sometimiento del deudor a la coacción del acreedor para exigir, sea el pago de la deuda o la reparación por el incumplimiento de esta. Identificándose distintas clases de responsabilidad:

a) Según el contenido de la responsabilidad, se divide en administrativa, civil, penal y laboral

-Administrativa. - Se origina en incumplimiento de deberes o prescripciones legales, reglamentarias o administrativas del agente público. Tiene como finalidad sancionar aquellas conductas que lesionan el buen funcionamiento de la administración pública, tal responsabilidad se hace efectiva a través de la potestad disciplinaria de la administración pública, bajo esta perspectiva, responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria son situaciones similares (Marienhoff y Basavilbaso, 1965)

-Civil. - Caracterizada por el perjuicio que se ha ocasionado por acción u omisión. La primera como nexo de causalidad entre el agente y el efecto producido; la segunda como negligencia, incumplimiento de deberes o abstenciones que irroguen perjuicio económico. Se cuantifica considerando el daño emergente y lucro cesante.

-Penal. - Nace por la comisión de un delito del funcionario o empleado público (Marco, 1993, pp. 331,382)

-Laboral. – Esta responsabilidad nace del contrato expreso o tácito celebrado entre empleador y trabajador. La responsabilidad laboral por parte del empleador no se limita solo al aspecto económico, o sea al egreso monetario ni a la prestación del servicio o ejecución de la obra, sino hay obligaciones que son de carácter ético o psicológico, que tienden a certificar que el trabajo se



desarrolle en condiciones conforme con las necesidades, fuerzas y dignidad de la persona humana, sin descuidar el éxito de la organización (Monesterolo, 2009)

b) Conforme la actuación de los sujetos responsables se distingue la responsabilidad en principal y subsidiaria.

-Principal llamada así porque el sujeto está obligado en primer término a dar, hacer o no hacer algo, precisamente por la responsabilidad existente.

- Subsidiaria cuando una persona se obliga por cuanto el responsable principal ha incumplido.

c) De acuerdo a la relación de los sujetos responsables, puede ser individual y solidaria.

(Acuerdo Nro. 0004-CG, 2016, art.5)

- Individual es la que recae sobre una sola persona.

-Solidaria la que recae sobre dos o más personas, esta solidaridad puede darse entre los responsables principales.

Ahora bien, una vez que se ha dejado establecido las distintas clases de responsabilidad, es muy importante profundizar en el análisis de la responsabilidad solidaria por ser parte importante dentro de este estudio:

Una de las principales clasificaciones de las obligaciones, de acuerdo a la pluralidad de sujetos son las obligaciones solidarias, (Castillo, 2014) Entendiendo estas como una caución en donde el deudor reclama una obligación a cualquiera de los solidarios, los que están inexcusables al global de la obligación, la solidaridad surge de la convención, el testamento o la ley (Cisterna, 2017)

La solidaridad es una particularidad de las obligaciones, existiendo acreedores o varios deudores, derivándose los siguientes elementos:

a) Varios acreedores y deudores. - es indispensable para que se dé la solidaridad; por ende, intervienen de manera activa o pasiva, presentándose en tres situaciones:



- 1.-Un solo acreedor y varios deudores de una misma cosa;
- 2.-Varios acreedores de un mismo deudor;
- 3.- Varios acreedores y varios deudores.

b) Unidad de prestación. - Se refiere a que la cosa debida debe ser una misma, de manera que el pago total hecho por uno de los deudores a uno de los acreedores extingue totalmente la obligación respecto de los demás deudores o acreedores.

c) Disposición expresa de la ley, testador o de las partes contratantes. - Esto por cuanto la solidaridad no se presume, se basa en una fuente específica para ser exigida por el acreedor; así en el caso de la responsabilidad solidaria en el ámbito del derecho laboral, se establece tal responsabilidad principalmente en el art. 36 y 41 del Código de Trabajo vigente.

En esta idea, la responsabilidad solidaria, adopta las siguientes formas:

La solidaridad activa. - existen varios acreedores, en el que cada uno exige del deudor el pago total de la obligación; este tipo de solidaridad suele ser poco aplicada en la práctica, puesto que el derecho de los demás acreedores puede quedar al arbitrio de uno solo de ellos. Las fuentes únicamente nacen de la convención y el testamento, la ley no la establece.

La solidaridad pasiva. - Contraen muchos deudores hacia un acreedor común, obligados en conjunto a una misma cosa u objeto, en donde cada deudor puede ser requerido por el todo y que el pago hecho por uno solo liberte a los otros respecto del acreedor, o sea, en esta responden varios patrimonios, por el cumplimiento de la obligación.

En virtud de la solidaridad pasiva, cada codeudor queda obligado a pagar la deuda total con respecto al acreedor, pero no significa que este tenga soporte la deuda de los otros codeudores. El codeudor que pagó la totalidad de lo adeudado paga no solamente lo que él debía, sino lo que los



demás debían; y si ha pagado la totalidad por otros, pues tiene la acción para ser indemnizados por estos.

Con esta situación, el codeudor que canceló la deuda queda subrogado en la acción del acreedor con todos los privilegios y seguridades, por tal razón la solidaridad termina y el deudor que canceló tiene que ejercitar su acción en contra de los otros codeudores solidarios.

Respecto a la responsabilidad recaída sobre los deudores, bien se identifica que puede ser cualquier persona natural o jurídica, así como sobre los socios que conforman un consorcio, a pesar de que el último no tiene la calidad de ser una persona jurídica.

Además, dentro del presente estudio se hace alusión a la responsabilidad estatal, puesto que este es una persona jurídica, sobre el cual podrían caer distintos tipos de responsabilidades. En este sentido, la RE se divide en Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Con ello la contractual se deriva sea en la violación de un contrato, incumplimiento de las obligaciones o por el cumplimiento tardío o imperfecto, mientras que la vulneración de derechos del ciudadano ocasionado por la inobservancia de la constitución, ley, omisión, actos materiales y la falta o mal funcionamiento del servicio público que produzca un daño da lugar a la mentada responsabilidad extracontractual. Cabe indicar que el daño puede tener la fundamentación en un acto o en un hecho ilícito, pero no es requisito necesario, por cuanto podría surgir una obligación de reparar sin la presencia de conducta jurídica alguna, estos son los comportamientos no contrarios a derecho (Botero y Henao, 2010).

A decir de Eguiguren (2009) la Constitución de 2008 determina que el principio de responsabilidad tiene dos dimensiones: la correspondiente al Estado y la atribuida a los servidores públicos.



Ahora bien, la responsabilidad del Estado encontrarse en una conjetura importante denominada:

Teoría de la solidaridad humana:

Tesis defendida por Altamira y Gigena (1971) al sostener que los cimientos de la doctrina de la RE deben buscarse en el principio de solidaridad humana quién informa e impone ayuda mutua a todos los individuos que constituyen la colectividad. Las fuentes se buscan en el acto de justicia distributiva que la sociedad está obligada a realizar para con las personas que por hechos no imputables se encuentran de pronto y por un acontecimiento ajeno a su voluntad, en situación de inferioridad para cumplir con el fin individual y social; siendo el Régimen el órgano por el cual la sociedad realiza esa obra de solidaridad; por su enorme magnitud escapa al poder personal, quién debe afrontar el problema y resarcirlo.

3. La solidaridad en el derecho del trabajo

Desde hace años atrás, el capitalismo intenta eximirse de distintas responsabilidades, principalmente derivadas de las relaciones laborales, siendo lo menos deseado el mantener un vínculo estrecho con los trabajadores, por lo tanto, e se pretende aumentar beneficios, limitar los alcanzados por la clase trabajadora y evitar responsabilidades.

En tal virtud, con el argumento de adaptar las relaciones laborales a la exigencia del mercado, se procedió a la elaboración de modalidades contractuales que posibilitan el deslinde de las responsabilidades laborales, colaborando con la creación de distintas medidas como la tercerización, intermediación, la subcontratación laboral, las diversas sociedades infracapitalizadas o vaciadas de manera inescrupulosa para no responder a los reclamos, tal es la situación de los socios o administradores que incumplen la normativa laboral por la “seguridad” que les brindan algunos tipos societarios.



Frente a esta circunstancia, los trabajadores quedan en el limbo, con incertidumbre y sin conocer a quién reclamar sus derechos, pues quién era su empleador desapareció, es insolvente o en varios casos no supieron quién era el empleador. Frente a ello, nace el requerimiento de rescatar el sentido protector de la solidaridad dentro del Derecho del Trabajo, recuperar la función de protección del obrero y sus créditos de carácter eminentemente alimentario, que se encuentran vinculados con el desarrollo humano y el de su familia para ponerlos en un sitio de preeminencia protección a los derechos de libre comercio, propiedad y empresa.

En el Derecho del trabajo, la solidaridad garantiza los derechos humanos y no al comercio. En vano sería reconocer distintos derechos del trabajador, si luego no podrá hacerlos valer al no conocer contra quién, por ser el deudor una persona insolvente o desaparecida sin dejar ningún rastro, o por cualquiera otra situación que pueda llegar a frustrar el acceso efectivo del trabajador al goce de sus derechos. En este sentido, la responsabilidad solidaria tiene como parte de su inicio el provecho que recibe el deudor solidario del trabajo dependiente, a la inversa el derecho del trabajador a exigir el cobro de los créditos, entre uno de sus motivos, naciendo en su derecho a participar de las ganancias de la entidad que él ayudó a generarlas.

Es importante indicar que, el trabajador no solo tiene derecho a participar de las ganancias de la compañía para la cual prestó su aporte directamente, sino de las distintas empresas para las que generan ganancias con su trabajo, por lo tanto, quién obtuvo un beneficio económico del trabajo dependiente, debe responder por los créditos laborales a favor del obrero, surgidos por su labor; entonces resultaría injusto que las organizaciones obtengan los beneficios, pero que los trabajadores se vean burlados en sus beneficios para obtener un desarrollo digno y el de su familia.

En este estado de cosas, los patrones que se beneficiaron de las órdenes y decisiones del empleador, empresario directo, o utilizaron intermediarios, no es lógico que se amparen o evadan



manifestando desconocimiento que el empleador directo no respetaba los derechos laborales, alegando falta de participación en los hechos que dan lugar a los reclamos de los trabajadores o simplemente haber el firmar un contrato con el empleador directo que lo libera de todo compromiso o cualquier otra alegación para evitar que el rédito que obtuvieron, no les exija responder frente al trabajador.

Una RS que siga los lineamientos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, hará responsables a todos quienes obtuvieron una ganancia de las labores del trabajador por todos los créditos resultantes del vínculo laboral; actualmente el derecho de propiedad se sigue imponiendo al derecho a la dignidad humana, la misma que está supeditada al derecho de igualdad, en consecuencia es indispensable una igualdad no solo de derecho sino de hecho.

Actualmente la protección del trabajador debe ser compatible con otros bienes, valores y principios como la propiedad, la seguridad jurídica y la libertad de ejercer una industria lícita, esta compatibilidad debe ser real y no mirar hacia un favoritismo de los derechos de la propiedad, la mentada seguridad jurídica o la libertad de industria lícita, por sobre los derechos del trabajador, ya que en caso de preferencia de conflictividad, deben prevalecer los derechos del trabajador por su alto contenido social y su íntima vinculación con la dignidad y el desarrollo de la persona humana.

En el DT se encuentran inmerso en los derechos humanos, uno de estos, el derecho a un orden social, como fue afirmado en el preámbulo de la Constitución de la OIT, resaltando que sin justicia social no habrá paz, siendo considerada esta como la justicia por medio de la cual se consigue o alcanza el bienestar;, o sea las condiciones de vida que la persona humana la desarrollarse conforme con su eminente dignidad. La RS de los deudores solidarios, tiene su base en la necesidad del



trabajador de cobrar los créditos laborales para acceder al bienestar general a través del acceso a la educación, la salud, la vivienda y demás necesidades básicas de él y la familia.

Una RS de gran cobertura, tendrá su efecto moralizador sobre los empleadores que incumplen la normativa laboral, puesto que se obligará al empleador directo al cumplimiento de la ley para no quedar fuera de las contrataciones de mercado y por otra se exigirá a los deudores solidarios a contratar solamente con empleadores con seriedad que cumplan con la legislación laboral. La RS por créditos laborales es la única forma de invertir la tercerización, intermediación fraudulenta, subcontratación, constitución de personas jurídicas en fraude de la ley, adicional todas las formas de beneficiarse evitando responsabilidades.

En la actualidad es importante un cambio en cuanto a las políticas de gobierno que rigen en la sociedad, el fin es reducir tal situación preponderante del capital y las reglas del mercado y dar cabida al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es parte el derecho del trabajo; respetando y manteniendo latente un derecho protector de los trabajadores, al respecto el DT debe resguardar la dignidad de la persona humana y lograr el bienestar general.

En fin, la solidaridad tiene su razón de ser en la necesaria colaboración que existe entre los seres humanos para desarrollarse , tendiente hacia una sociedad más humana, buscando siempre el beneficio de la clase más débil -los trabajadores- y no solamente de pocas personas que intentan enriquecerse sin tener responsabilidad alguna (Castelli, 2011)

4. La solidaridad solidaria en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Entre los deberes primordiales del Estado con base al art. 3 se encuentra el relacionado con la obligación de garantizar sin discriminación alguna el goce efectivo de los derechos establecidos en la constitución y de los determinados en instrumentos internacionales (Constitución de la República del Ecuador, 2008). El derecho del trabajo y la dignidad humana son derechos



fundamentales que el estado se obliga a garantizarlos y propiciar su plena eficacia. En esta idea, el ejercicio de los derechos se tutela por principios y reglas. Mediante la progresividad de los derechos, se desarrollan de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. Los derechos establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluyen los demás derechos derivados de la dignidad humana. En consecuencia, el art. 11 destaca que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Siguiendo este lineamiento, la RS estatal en el cumplimiento de obligaciones laborales es de gran valía. Según el art. 66 las obligaciones cumplidas eficazmente promueven el derecho a una vida digna, que asegura la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. Así el art. 84 señala en tal virtud, la asamblea nacional y todo órgano con potestad normativa tendrán la obligación de adecuar las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la constitución y tratados internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Por otra parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) da la pauta para que el Estado pueda asumir la RS laboral. La ley le otorga facultades amplias para cobrar las aencias. Se establece que las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo los cobros de sus acreencias, y así ejercer la acción no solo en contra del obligado principal sino en contra de todos los obligados por ley. En la misma transitoria de la aludida ley el Estado asumió obligaciones de empleadores incumplidos para lo cual se hizo responsable de los pagos de haberes laborales (Ley s/n, 2012). A manera de ejemplo me permito



transcribir parte de la RESOLUCIÓN DIRECCIÓN REGIONAL DEL TRABAJO QUITO, Resolución de Sanción No. MRL-DRTSP2-2013-0163-R4-BC (2013) en la que el Estado ecuatoriano se hace responsable de pagos de liquidaciones laborales con ocasión de la implementación de los casinos:

Dentro del proceso del pago de indemnizaciones a que se encuentran obligados los empleadores de los juegos de azar, tales como casinos y demás salas de juego, a favor de sus respectivos trabajadores, con ocasión de la culminación de sus actividades, en virtud de la disposición del Mandato Popular del 7 de mayo de 2011, por lo que se prohibió los negocios dedicados a juegos de azar, que por ésta única ocasión lo realizará el Estado Ecuatoriano, a través del Ministerio de Relaciones Laborales...DOS .- El artículo 33 de la Constitución de la República prescribe [...] CUARTO.- El reglamento de juegos de azar prácticas en casinos y salas de juego, contenido en el Decreto Ejecutivo 873 [...] QUINTO.- Los empleadores de los juegos de azar, tales como casinos y demás salas de juego no han cumplido con sus obligaciones laborales [...] En razón de que es de conocimiento público que la empresa CHANSINJUEGO S.A. “En liquidación”, cerró sus actividades en el año 2011, la misma no ha procedido a cancelar los valores correspondientes a la liquidación de sus trabajadores. Por lo tanto, conforme a los documentos adjuntados en la inspección integral llevada a cabo por el Inspector de Trabajo Byron Cabrera, el día 28 de noviembre de 2011 se establece que la liquidación que le correspondió a cada uno de los trabajadores.

Sin embargo, si el reclamo al pago de las liquidaciones se los hubiera determinado por el órgano jurisdiccional -juez de trabajo-, se habría permitido que se desarrolle un proceso con las garantías de un debido proceso el cual permite determinar la existencia del derecho y



posteriormente demostrar cuales son los valores reales que se encuentran adeudados por parte del empleador a su trabajador, es decir, en un proceso se permite contradecir y actuar prueba...”

Desde otro lado, en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (2010) se atribuye responsabilidades en contra de funcionarios públicos por haber celebrado contratos sin la debida certificación presupuestaria, en este sentido se determina que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria. Los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

Por otra parte, en el CT ecuatoriano existen algunas normas que imponen RS a empleadores, representantes, contratistas, socios de una empresa, dentro de las cuales tenemos las siguientes:

En el artículo 36.- Reformado por la Disposición Reformativa Sexta del Código Orgánico Monetario Financiero (2014) señala:

Representantes de los empleadores. - Son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común.

El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador.

Art. 36: Exceptuase de la solidaridad señalada en el inciso anterior a las entidades que conforman el sector público y a las empresas públicas. En consecuencia, no podrá ordenarse



medida cautelar o ejecutarse sentencia alguna en contra de los representantes legales o administradores de las referidas entidades o empresas (Código del Trabajo, 2005)

Evidentemente la solidaridad es un mecanismo legal que surge para de brindar mayor protección al trabajador en la relación laboral, no obstante a pesar de la solidaridad determinada en este artículo y del principio de intangibilidad de los derechos de quienes prestan los servicios a los empleadores, la norma implica un retroceso para los derechos de los trabajadores, convirtiéndose en regla atentatoria contra el Estado constitucional de derechos y justicia, conforme así proclama la Carta Magna ecuatoriana, pues se ha excluido expresamente de la solidaridad al sector público y a las empresas públicas, dejando de lado el verdadero sentido del Derecho Laboral, que es el carácter tuitivo que debe ser observado por todo tipo de empleador independientemente sea del sector público o privado.

A la luz de lo dicho, la institución jurídica en estudio, es de suma importancia en el sector público, justamente porque en la actualidad, es el Estado, el principal transgresor de los derechos de sus trabajadores, ya que, existen diversas deudas laborales de distintas entidades públicas hacia los trabajadores, a manera de ejemplificar y analizar, me permito señalar dos casos:

Primer caso, Ecuavisa digital (2019) el:

Trabajadores de **diario El Telégrafo** realizaron una protesta para denunciar que se les adeudan sus salarios. La manifestación ocurrió en los exteriores del edificio matriz, ubicado en la **Avenida Carlos Julio Arosemena**, en el norte de Guayaquil, el viernes 8 de marzo de 2019.

El grupo de colaboradores asegura que los empleadores deben cancelar el sueldo del febrero y advierten con efectuar una huelga de no recibir sus honorarios.



La gerente general, Martha Moncayo, informó el 1 de marzo que el retraso del pago de salarios de febrero se debía a la **“falta de firmas en el proceso de aprobación del Presupuesto”**, aunque no precisó el valor total de la deuda con los colaboradores.

El Telégrafo es parte de Medios Públicos, una de las 21 instituciones públicas donde se prevé hacer un recorte de personal del 10%, disposición dada por la Empresa Coordinadora de Empresa Pública (EMCO).

Segundo caso, Diario el Universo (2018)

Trabajadores de Gamavisión realizaron plantón por sueldos impagos

En Quito, un grupo de trabajadores del canal *Gamavisión* que realizaba este lunes una protesta en la Plaza de la Independencia para exigir el pago de \$ 6,7 millones por las sabatinas que realizó el Gobierno anterior, fue afectado por gases lacrimógenos. Algunos de los empleados de la televisora intentaron empujar la valla que separa la plaza del Palacio de Carondelet, cuando los policías los chisquetearon con gas.

En videos compartidos mediante redes sociales, se observó que algunos de los manifestantes elevaron la voz y con gritos de "Asesinos" protestaron por la presencia de agentes policiales que llegaron a contenerlos con perros.

Al respecto, la ministra del Interior María Paula Romo ofreció disculpas en su cuenta de Twitter y pidió que las manifestaciones sean pacíficas.

Mauricio Herrera, secretario General del Comité de Empresa, dijo que su protesta es agilitar el cobro de esos valores que representan el trabajo prestado durante 150



sabatinas, para ellos a su vez cobrar salarios. Tienen cuatro meses sin sueldo y año y medio sin aportes al seguro social, señaló.

-Gamatv, ‘en la quiebra’ por gasto y publicidad correísta

Los 6,7 millones de dólares hacen parte de la deuda que determinó la Contraloría por el uso de espacios de programación para emitir enlaces ciudadanos, también denominados sabatinas, durante el gobierno de Rafael Correa (2007-2017).

Protesta en Guayaquil

Con pancartas y repitiendo frases como: "No más mentiras" se ubicaron en los exteriores del edificio de la Gobernación del Guayas para solicitar la intervención de la autoridad entre varias peticiones.

"Aclaremos que esto no es un tema político, sino un reclamo laboral. Exigimos celeridad en el pago de 6'700.000 dólares que nos adeuda el gobierno por haber transmitido los enlaces ciudadanos (...). La Contraloría en diversos informes nos ha dado la razón de que debemos cobrar esos haberes, tenemos tres meses de sueldos impagos, además nos deben casi 20 meses de aportaciones al seguro, nos han descontado cerca de 19 meses de préstamos hipotecarios y quirografarios que no han sido cancelados debidamente al seguro, no tenemos atención médica", señaló el periodista Alfonso Reyes, secretario jurídico del comité de empresa.

La preocupación se agrava porque están próximas las festividades de fin de año y no cuentan con recursos económicos para enfrentar los gastos, expresó.

"Los están reprimiendo con los perros de la Policía Nacional", alertó desde Guayaquil uno de los reclamantes sobre el plantón en Quito en la plaza Grande.



Víctor Pérez, reportero de Deportes, señaló que sus familias están siendo afectadas. "Con todo respeto al ministro de Finanzas, al presidente de la República y a todas las personas encargadas de este tema ya no jueguen con nuestras familias, ya no aguantan, nuestros hijos están sufriendo, no podemos pagar las pensiones en las escuelas, debemos letras de luz, agua (...)", señaló. **(I)**

De los casos expresados, evidentemente se observa una clara violación de derechos laborales, alegar que existe falta de firmas en el proceso de aprobación de presupuestos, no es justificativo para tal vulneración, por otro lado incurrir en negligencia por el Estado para el cobro de acreencias contractuales, afectando los derechos laborales de los trabajadores, acarrea sin duda alguna a la responsabilidad estatal.

El Estado es una persona jurídica, sobre el cual podrían caer distintos tipos de responsabilidades. Así la base constitucional de la cual se derivaría la responsabilidad del Estado frente a los administrados se encuentra en la constitución, dentro del Título II- Derechos, Capítulo I-Principios de Aplicación de los Derechos, en el artículo 11 numeral 9:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.



El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. (...) (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por su lado, el Código Orgánico Administrativo (2017) también determina la responsabilidad extracontractual del Estado, en el art. 333 refiere que, efectivamente el Estado responde por el daño calificado debido a la acción u omisión del servidor público, sin embargo, tiene la obligación de ejercer la acción de repetición contra el funcionario que generó el daño por dolo o culpa grave.

La noción del daño se encuentra especificada dentro del artículo 334 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que “Daño calificado es aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas”. (Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 64)

De las normas constitucional y legales extraídas, se puede inferir que la responsabilidad extracontractual del Estado, nace una vez que se ha producido un daño a los administrados y cuando el Estado tuvo que resarcir, la norma constitucional faculta para que el Estado ejerza de forma inmediata el derecho de repetición en contra de los funcionarios responsables del daño que se ha producido.

En el análisis de Yanes (2016), divide a la responsabilidad extracontractual del Estado, dentro de la cual, menciona a la responsabilidad objetiva sin falta, que a su vez se subdivide en: Responsabilidad por actos administrativos válidos y Responsabilidad por creación de situaciones de riesgo objetivo.



Siguiendo al mismo autor, en el estudio de la responsabilidad por actos administrativos válidos, enseña que siendo legítima una actuación estatal sustentada en la constitución y la ley, ese accionar genera una vulneración de un derecho y por ende un perjuicio en el particular, quien no puede ser privado de su derecho, debiéndole resarcir mediante la figura de la indemnización; en los casos arriba señalados, es lícito que el Estado contrate personal con la finalidad de ejecutar sus actividades estatales, sin embargo, el hecho de no cancelar remuneraciones o haberes laborales, por negligencia de los funcionarios de no firmar a la brevedad la aprobación de partidas presupuestarias, el no cobrar diligentemente las acreencias que la empresa pública tiene a su favor para cancelar remuneraciones o haberes laborales, da plena certeza que se ha generado un daño hacia el trabajador, consecuentemente el pago de la correspondiente indemnización.

4.1. Acción de repetición

Ahora bien, una vez que el Estado asumió la responsabilidad y por ende resarcir a la persona que fue sujeta de vulneración de derechos, este puede ejercer el derecho de repetición en contra del servidor público, que por dolo o culpa grave generó el daño, en tal virtud cabe realizar un pequeño análisis de esta figura:

Cabanellas de las Cuevas y Hoague (2001) enseña que repetir es “reclamar contra tercero por pago indebido, injusto enriquecimiento, pérdida por evicción, improcedente quebranto o abono anticipado.”

De la igual forma, el mismo autor, define a la repetición como “el derecho y acción para reclamar y obtener lo indebidamente pagado o lo anticipado por cuenta de otro”

En el Ecuador, la acción de repetición a más de contemplarse en el artículo 11 n. 9 de la constitución también se la establece el art. 344 del Código Orgánico Administrativo (2017) se transcribe la parte pertinente de dicha norma:



Acción judicial de repetición. Una vez declarada la responsabilidad extracontractual del Estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la máxima autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo contencioso administrativo. En este tipo de procesos no cabe reconvención.

Si varias instituciones públicas han sido declaradas responsables, propondrán en forma conjunta la acción de repetición si los demandados tienen sus domicilios en el mismo distrito judicial; caso contrario, coordinarán la presentación de las demandas que correspondan.

La acción de repetición procede cuando el daño es consecuencia de la actuación u omisión con dolo o culpa grave de la o del servidor, que deberá ser declarada en el proceso judicial.

En caso de pluralidad de las o los servidores públicos que hayan actuado con dolo o culpa grave, el valor de las reparaciones a las que haya lugar, se distribuirá de acuerdo con la responsabilidad de la o del servidor y su grado de participación.

La acción prescribirá en cuatro años contados a partir de la fecha en que se efectuó el pago único o el último, si se efectuó en cuotas. (...) (p.66).

De la norma transcrita se puede deducir los siguientes elementos:

*El sujeto activo competente para plantear esta acción es la máxima autoridad de la institución responsable.

*El sujeto pasivo es el servidor que haya actuado con dolo o culpa grave.



*El trámite se sujeta al ordinario determinado en el Código Orgánico General de Procesos, y se presenta ante los jueces de lo contencioso administrativo.

*El aludido artículo al señalar que “la máxima autoridad propondrá”, expresa una obligatoriedad de plantear dicha acción en el caso de encontrar mérito.

*Para la procedencia se requiere además el pago total de la indemnización a la cual ha sido condenado el Estado.

*Es una acción que prescribe en 4 años, contados a partir del pago único o del último pago de la cuota final, en el caso de haberse dividido la deuda.

*Por último, requisito indispensable es que el daño sea consecuencia de la actuación u omisión con dolo o culpa grave de la o del servidor, la cual debe ser declarada en el proceso judicial.

Ahora bien, es de gran relevancia, dejar sentado que para la procedencia de la acción de repetición se debe observar distintas formalidades, no obstante, para la condena de repetición en contra del funcionario público, la autoridad judicial deberá realizar un análisis profundo del dolo o culpa grave.

Bajo esta idea, los jueces cuando conozcan este tipo de causas, para fijar que el acto o hecho que causó el daño que se indemnizó, fue realizado con DOLO, podrían discernir entre otros, los siguientes puntos:

*Si el agente obró con desviación de poder (Ir más allá de las facultades que le otorga la constitución o la ley)

*Si expidió el acto se encuentra debidamente motivado (El acto debe estar acorde a lo que dispone el artículo constitucional 75 numeral 7 literal 1

*Si fue penal o administrativamente declarado responsable, por los daños que dieron lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado.



En lo atinente a la CULPA GRAVE, se produce cuando la actuación, palpablemente transgrede la constitución o la ley, pero también cuando existe falta o abuso de competencia y omisión de requisitos esenciales para que un acto tenga validez. (Asociación Iberoamericana de profesionales en derecho público y administrativo -Jesús González Pérez- Capítulo Ecuador, 2005-

En conclusión, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos causados a los administrados, sin embargo, los funcionarios públicos deberán ser responsables ante el mismo, por sus actos dañosos de los cuales se generó dicha responsabilidad.

Bajo todo este razonamiento, la solidaridad laboral debe mantenerse latente en todo tipo de relación laboral, ya en el sector privado, ya en el sector público, justamente por esa responsabilidad estatal del Estado frente a sus administrados, pues un trabajador ya sea del sector público o privado tiene que ser protegido. Respecto de la solidaridad, la Jurisprudencia se ha pronunciado en las siguientes palabras:

Se entiende por responsabilidad solidaria laboral, la obligación legal o contractual que nace para la persona en cuyo provecho se realice la obra o preste el servicio, la cual responde conjunta o indistintamente con el obligado directo, en virtud de una extensión de la responsabilidad proveniente de la ley. No es imprescindible, sin embargo, que se demande tanto al obligado directo como al responsable solidario, para obtener la aplicación de la norma en análisis, ya que por el principio de solidaridad pasiva, el acreedor está facultado para exigir la totalidad del crédito o cumplimiento de las obligaciones a su arbitrio, a todos o a cualquiera de los obligados solidariamente. Esta responsabilidad, es procedente incluso en el caso de que el nexa laboral se hubiere producido mediante intermediario, entendiéndose por tal, a toda persona que sin ser representante conocido del patrono interviene



por cuenta de éste último en la contratación de los servicios de uno o varios trabajadores, sin perder su propia responsabilidad. Se ha previsto también que en caso de que el beneficiario del trabajo, en razón de esta garantía satisfaga el cumplimiento de las obligaciones laborales, está facultado para exigir la repetición. ((Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral, Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. , 2007).

Por otro lado, el art. 41 del Código del Trabajo (2008) Reformado por la Disposición Final Primera del Mandato Constituyente 8, R.O. 330-S, 6-V-2008 establece:

Art. 41: “Responsabilidad solidaria de empleadores: Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador”(Código del Trabajo, 2005, p. 67)

La norma traída a colación es clarísima, la responsabilidad también se genera entre quienes están interesados en un mismo negocio generado ya sea de la unión de capitales o participación dentro de la empresa, con ello Gnecco (2009) citado por Corte Nacional de Justicia, Resolución nro. R762-2013-J504 (2010), manifiesta:

“En estas situaciones la solidaridad no se explica por la existencia de fraude o simulación laboral, sino por la opción del Derecho del Trabajo de transferir los riesgos hacia el empresario que se presume solvente y se habría beneficiado directa o indirectamente del trabajo o del patrimonio del empleador, garantizando así el cobro de los créditos laborales. En esa dirección, comúnmente las legislaciones laborales han previsto la solidaridad laboral en los casos de subcontratación, transferencia del establecimiento a otro empresario o conformación de grupos de empresas o conjuntos económicos. Esta ampliación de la responsabilidad laboral no solamente permitía que el



trabajador pudiese reclamar sus créditos contra una pluralidad de sujetos, aumentando así las posibilidades de cobro, sino que, además, generaba que las empresas tuviesen interés directo en que las demás empresas con las que se vinculaban cumpliesen efectivamente con la legislación laboral, ya que de lo contrario podrían ver comprometida su responsabilidad”.

En este orden de ideas el artículo 171 del Código del Trabajo (2005) determina:

“Obligación del cesionario y derecho del trabajador. - En caso de cesión o de enajenación de la empresa o negocio o cualquier otra modalidad por la cual la responsabilidad patronal sea asumida por otro empleador, éste estará obligado a cumplir los contratos de trabajo del antecesor. En el caso de que el trabajador opte por continuar con la relación laboral, no habrá lugar al pago de indemnizaciones”. (67)

Como se observa, se está frente a un caso más de solidaridad patronal establecida en la normativa laboral, en donde el nuevo empleador se encuentra en la situación de continuar los contratos del empleador sucesor o en su defecto el trabajador puede optar por no continuar la relación laboral con lo cual se generan las indemnizaciones correspondientes.

Desde otro vértice, el art. 198 del Código del Trabajo (2005), establece:

Responsabilidad solidaria en el pago del fondo de reserva. - Si el negocio o industria cambiare de dueño o tenedor como arrendatario, usufructuario, etc., el sucesor será solidariamente responsable con su antecesor por el pago del fondo de reserva a que éste estuvo obligado para con el trabajador por el tiempo que le sirvió.

El cambio de persona del empleador no interrumpe el tiempo para el cómputo de los años de servicio del trabajador. (Código del Trabajo, 2005)

Un caso más de RS, contemplado en la normativa laboral, en dónde de forma análoga al artículo indicado en líneas anteriores se instaura la responsabilidad del nuevo dueño del negocio respecto



del pago del fondo de reserva, incluso se protege al trabajador en cuanto al tiempo trabajado, pues el cambio de persona del empleador, no interrumpe los años que ha venido prestando sus labores.

Por otro lado, el Mandato Constituyente Nro. 8 (2008), que si bien es cierto actualmente no mantiene su vigencia plena, por cuanto el mismo surgió para completar el vacío jurídico existente hasta cuando la constitución del año 2008 entró en vigencia, por lo que las leyes al empezar a regir de conformidad con el cuerpo constitucional, dicho mandato fue decayendo, no obstante, para el presente caso, se lo podría referir, no como una norma de aplicación directa sino como un enunciado para la aplicación de la mentada institución jurídica de la solidaridad. En tal razón el Mandato señala:

Art. 3.- Se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.

Art. 4.- En los contratos a que se refiere el artículo anterior, la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por esta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio. (p.3)

Los trabajadores de estas empresas de acuerdo con su tiempo anual de servicios participarán del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio. Si las utilidades de la empresa que realiza actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas.



Además, los trabajadores que laboren en estas empresas, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, convenios con la OIT, ratificados por el Ecuador, este Mandato, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables. (Mandato Constituyente Nro. 8, 2008).

El Mandato Constituyente nace como una forma de eliminar la tercerización laboral y la intermediación laboral, prohibiendo la elaboración de los contratos por horas, imponiendo que la relación laboral sea bilateral y directa. Ahora bien, se incorpora la contratación por actividades complementarias, siendo las únicas que se pueden realizar y contratar bajo esta modalidad, la vigilancia, alimentación, mensajería y limpieza, siempre que sean ajenas a las actividades propias de la empresa que contrata.

En esta idea, los intervinientes en esta modalidad contractual son:

- 1.-La empresa que presta los servicios, la que es una persona natural o jurídica;
- 2.- La empresa usuaria de los servicios.

Una vez que surge este tipo de contrato, existe una peculiaridad, pues por disposición de este mandato existe la solidaridad entre quien presta el servicio y quien se beneficia del mismo, por lo tanto si un trabajador de la empresa prestadora de los servicios no cubre sus obligaciones laborales, la usuaria se convierte en responsable solidaria frente a estos incumplimientos, esto por cuanto es aquella la que se beneficia de la prestación del servicio, situación similar sucede con el pago de las utilidades.

Bajo este lineamiento, el Reglamento de aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8 (2008) reza:

Art. 8.- Responsabilidad solidaria. - Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realiza la



actividad complementaria, será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales. (p-3)

El reglamento complementa lo dictaminado en el Mandato, esto es la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales, incluso deja a salvo el derecho de repetición que podría ejercer la usuaria del servicio en contra de la empresa que preste sus servicios de actividad complementaria, norma que de una u otra manera es proteccionista, no obstante no hay que descuidar que la modalidad contractual de estas actividades complementarias se asemeja a la derogada tercerización e intermediación laboral.

Es menester dejar sentado que la solidaridad si bien es cierto es una figura jurídica básicamente estudiada en el ámbito civil, pero aquello no descarta de que sea de suma importancia en el ámbito laboral, pues únicamente habrá que examinar si las regulaciones civiles al respecto en cada caso concreto, son compatibles o no con los principios generales del Derecho del Trabajo.

Por último, conforme ya se analizó, existen distintos tipos de responsabilidad, entre las que se identifica a la responsabilidad laboral, que, para efectos de esta investigación, me he centrado en la solidaridad con relación al cumplimiento de obligaciones laborales ante las acreencias del trabajador. En este hilo, la solidaridad en el Código de Trabajo, busca que el trabajador se garantice el cobro de tales acreencias con la existencia de distintos deudores; principalmente tiene su regulación en los artículos 36 y 41, según los cuales la responsabilidad solidaria se torna pasiva, por cuanto existen varios deudores para responder por las nombradas acreencias.

Bajo esta circunstancia, existen por un lado los representantes del empleador que ejercen funciones de dirección y administración, quienes se convierten en primeros deudores solidarios, mientras que, por otra parte, se ubican a quienes tienen un interés en la misma empresa, siendo aquellos los socios o quienes realizan sus actividades a través de los consorcios. Es importante



puntualizar, que de acuerdo a lo establecido en el actual art. 36 del Código de Trabajo, se eliminó que los representantes o administradores de las instituciones y empresas públicas, en consecuencia el Estado, en determinadas situaciones sea considerado como otro deudor, supresión que debilita las garantías para que el trabajador pueda cobrar sus créditos derivados de la relación laboral, hecho que será analizado más adelante.



CAPITULO II

Intervención del estado ecuatoriano en el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas en la contratación pública

2. Breve referencia a la contratación pública. –

2.1. Concepto. -

Vásquez (1981), citado por Marco (1993), menciona que los contratos administrativos son “aquellos actos de declaración de voluntad común productora de efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y otro ente estatal o un particular”. (p.87)

Por su parte Dromi Casas (2015), enseña que el contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.

Por ende, de los conceptos aludidos, los sujetos que intervienen son:

- a) Órganos competentes en los entes del sector público. -

La Ley resuelve, a quién corresponde contratar, asignando ya sea a órganos de la contratación, unipersonales o colegiados, que, de conformidad con el marco legal tienen esa facultad atribuida para contratar, los cuales actúan a través de los funcionarios públicos, quienes necesariamente deben poseer la competencia, asimismo existe la posibilidad de que estos, designen un responsable, con la finalidad de velar por la correcta realización de la obra o servicio pactada; este responsable puede ser contratado externamente mediante prestación de servicios profesionales.

Para que un contrato sea considerado administrativo, debe intervenir la Administración Pública, de acuerdo a lo establecido en el art. 1 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), en concordancia con lo que establece los artículos 225 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador.



b) Los contratistas. -

Dentro de esta parte contractual, les ubicamos a las personas privadas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera de la República, las personas públicas que pertenecen al Estado y las personas públicas que no pertenecen al Estado.

Por otra parte, tanto la Constitución, Leyes generales y especiales que pertenecen al área del Derecho Administrativo y los reglamentos pertinentes, señalan las exigencias, modalidades y los procedimientos que deben cumplirse para llevar a cabo la contratación pública.

Es importante puntualizar que, en el ámbito contractual, el objeto tiene relación con la obligación de dar, hacer o no hacer algo; comúnmente en los contratos administrativos se conoce como objeto a los bienes, las obras o los servicios que son materia de las obligaciones contraídas. (Marco, 1993, p. 93)

En cambio, la causa en el contrato administrativo según BERCAITZ, citado por Pérez (2006) es:

1.- Los antecedentes de hecho y de derecho del acto o del contrato que conllevan a considerar su necesidad o conveniencia;

2.- El motivo determinante, es la mejor atención de las necesidades colectivas conforme a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emisión del acto o en la consumación del contrato.

Por otro lado, vale indicar que existen diversos tipos de contratos, dentro de los cuales cada uno tiene cláusulas específicas, sin embargo, en la generalidad, deben observarse cláusulas para su perfeccionamiento, entre ellas: Comparecientes, antecedentes, definición de términos, documentos del contrato, objeto del contrato, precio del contrato, forma de pago, reajuste de precios, plazo del contrato y garantías contractuales, cláusulas de entrega-recepción, obligaciones laborales, cláusula



compromisoria, competencia y procedimiento, terminación del contrato, obligaciones sociales, tributarias, profesionales, fiscalización, adiestramiento de personal, repuestos y mantenimiento, supervisión de obras.

En virtud del análisis por considerar pertinente, hago un rápido análisis de tres de las insinuadas:

*Garantías Contractuales. -

Por mandato del artículo 69 inc. 5 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, es obligación rendir las garantías correspondientes, previo la suscripción del contrato, a pesar de ello, existen las excepciones pertinentes:

- En el caso de situaciones de emergencia, no es exigencia rendir garantías conforme así lo determina el artículo 57 de la indicada ley.

- En el caso del artículo 2 n. 8 de la referida ley en concordancia con el artículo 73 n. 5 inciso 2 de la misma, tampoco es necesario las garantías dentro de los contratos que celebre el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.

Art. 73 reformado señala las formas de garantizar los contratos son: Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; hipoteca de bienes raíces; Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado; Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.(...) (Ley Orgánica del



Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008) Las garantías estipuladas en los contratos conforme los artículos 74,75 y 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) son: garantía de fiel cumplimiento que en parte se convierte en una garantía de la oferta, pues tiende a respaldar la seriedad de la propuesta y la firma del contrato; garantía de correcta ejecución y buena calidad de materiales; garantía del buen uso del anticipo y garantía técnica.

Evidentemente dentro de las garantías enumeradas, ninguna de ellas tiende a precautelar intereses de la parte trabajadora que realiza sus labores en la ejecución de los contratos en análisis.

*Cláusula de entregas-recepciones. –

Esta es de suma importancia dentro del proceso, pues aquí se sientan las bases para la liquidación total de plazos, devolución de garantías, pago de precio pactado, terminación del contrato, entre otras.

En los contratos de obra pública se establecen dos tipos de entrega: una provisional y otra definitiva, en ambas se firman las respectivas actas que son firmadas por el contratista y la entidad contratante.

La importancia de esta cláusula es trascendental, por lo que generalmente se hace constar en los contratos que los funcionarios encargados de ejecutar estas diligencias y quienes firmen las actas pertinentes, son civil y penalmente responsables de todas las actuaciones que realicen.

*Obligaciones laborales. -

El contratista se obliga al cumplimiento de todas las obligaciones laborales frente a sus trabajadores, sin que la entidad contratante tenga ninguna responsabilidad por tales obligaciones, menos aún relación laboral con el indicado personal, circunstancia ajena a los derechos fundamentales de los trabajadores, todo lo cual será analizado en el siguiente capítulo del presente trabajo.



De acuerdo a lo relatado, dentro de los contratos público-privado, se evidencia que en los contratos públicos se caracterizan necesariamente por la intervención de un ente público, cuyas cláusulas eximen de responsabilidad laboral a la entidad contratante, la que interviene a través de los funcionarios competentes, siendo así que la responsabilidad laboral recae exclusivamente sobre el contratista particular.

2.2. El Estado ecuatoriano como garantista de los derechos laborales

De conformidad con el art. 1 de la carta magna ecuatoriana, el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. El Derecho al trabajo se garantiza fundamentalmente en la constitución, lo que implica que toda la normativa de rango inferior ya sea el Código de Trabajo o normativa conexas que garantice los derechos de los trabajadores, así como todo tipo de actuación pública o privada deben girar en torno a lo establecido en la constitución; supremacía del cuerpo constitucional que de acuerdo al mismo es de directa e inmediata aplicación (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), proclama entre uno de los deberes primordiales del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, asimismo en el artículo 11 ibídem se determina que el ejercicio de los derechos, entre otros, se rige por el principio de que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

La constitución, de igual manera, garantiza el derecho al trabajo digno, con una remuneración justa que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora como la de su familia, precautelando siempre la esencia de estos derechos en cuanto a que se han convertido en



irrenunciables e intangibles a consecuencia de las grandes luchas y conquistas laborales que se han generado durante los tiempos.

Ahora bien, el más alto deber del Estado se encuentra en el art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados dentro de la misma, el derecho al trabajo se encuentra garantizado en la constitución, por lo que es indispensable que el Estado lo respete como también lo haga respetar.

En el ámbito internacional el derecho al trabajo lo ubicamos dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, en el Ecuador aquel derecho, se encuentra dentro de los derechos del buen vivir, circunstancia que se encuentra ratificada por palabras de Ávila (2011) quién manifiesta que los derechos del buen vivir equivalen parcialmente a los derechos económicos, sociales y culturales. Por un lado, enumera los tradicionales derechos sociales; por otro, dentro del contexto de la Constitución, estos derechos deben ser leídos desde la perspectiva intercultural.

En este orden de ideas en la Guía de atención de casos referentes a derechos económicos, sociales y culturales (2013) emitida por la Defensoría del Pueblo del Ecuador, se conceptualiza el derecho al trabajo de la siguiente forma:

Es un derecho fundamental reconocido en varios instrumentos internacionales. Es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para vivir con dignidad. El derecho al trabajo también sirve a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye, además, en tanto que el trabajo sea escogido o aceptado libremente, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad. (p.53)



Conforme se desprende, el derecho al trabajo está íntimamente vinculado con una vida digna del trabajador y su familia. En ideas de Zarini (1999) la dignidad de una persona no sólo es un derecho autónomo, sino que también es un presupuesto de todos los demás derechos que se orientan a su preservación.

Bajo esta perspectiva, el derecho al trabajo es un derecho humano, reconocido en la constitución Ecuatoriana y en varios tratados internacionales, que al ser parte de una vida digna que contribuye al desarrollo íntegro de la persona, innegablemente está asociado con la satisfacción de otros derechos humanos, como la vida, la salud, la alimentación, la educación, el ocio, entre otros; a propósito, respecto de la prevalencia entre la vida y la dignidad, Ekmekdjian en el Manual de la constitución argentina, p. 91 y que es citado por Zarini (1999) trae una simpática conclusión:

“Si hiciéramos una encuesta entre la relación jerárquica entre el derecho a la dignidad y derecho a la vida, posiblemente gran parte de las respuestas ubicarían en primer término el derecho a la vida y más abajo de éste el derecho a la dignidad. El argumento que aparenta ser decisivo es que sin vida no es posible la dignidad... Esta afirmación puede ser impactante, pero es errónea. Implica una trasposición de términos. Desde un punto de vista biológico, es cierto que no es concebible la dignidad en un ser inerte, en una piedra o en un vegetal... Así como se afirma que sin vida no hay dignidad (lo que aceptamos desde un enfoque biológico), nos preguntamos si existe vida sin dignidad. ¿Qué vida es ésta? ¿Era vida la de los esclavos tratados como animales que sirven para trabajar y reproducirse? Biológicamente sí, pero éticamente no”. (p.19)

Entonces la dignidad juega un papel preponderante en la vida de una persona y en virtud de la misma es tratada como ser humano, coincido con el autor, una vida sin dignidad no es vida, pues



la dignidad implica un mejor estilo de vida, de ahí, la importancia del respeto de los derechos que amparan al trabajador y su familia; de esta manera Ávila (2011) ejemplifica la dignidad de esta forma:

Nadie puede ser un medio para el cumplimiento de los fines de otros –regla general–, salvo que siendo medio sea un fin al mismo tiempo. El ejemplo por excelencia es el trabajo digno; por un lado, somos medios porque contribuimos a cumplir los fines económicos o sociales de la persona o empresa donde trabajamos, pero, por otro lado, al recibir un salario que se necesita para la subsistencia y al hacer algo que nos gusta, siendo medios cumplimos nuestros fines. (p.224)

Del mismo modo, al revisar la observación No 18 (2005) que es una, con las cuales se amplía el contenido y alcance de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 6, establece el alcance del derecho al trabajo por cuanto explica que este no debe entenderse únicamente como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo sino también el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. De igual manera, relacionando con su numeral 7, el trabajo debe ser digno, por lo que debe respetar los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. Dignidad a una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar su vida propia y la de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto.

Bajo esa tesitura, el art. Constitucional 417, determina que en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Carta Suprema (Constitución de la República del Ecuador, 2008).



El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales , adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A XXI), de 16 de diciembre de 1966 y que entra en vigor el 3 de enero de 1976, es el principal en materia de derechos que dentro de él se contemplan, desarrollado a más profundidad por las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en tal razón es un Pacto que rige para el Estado Ecuatoriano.

El art. 2 numeral 1 del indicado pacto, ordena:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966).)

La Guía de atención de casos referentes a derechos económicos, sociales y culturales (2013) emitida por la Defensoría del Pueblo del Ecuador, da luces para interpretar las obligaciones de este artículo:

Con relación a que el Estado parte “se compromete a adoptar medidas [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”

Explica que las leyes por sí mismas no son suficientes para el disfrute de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues es indispensable que se incorporen medidas administrativas, judiciales, normativas, económicas, sociales y educativas, y las medidas que se considere necesarias para garantizar tales derechos.



Respecto de: “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” En el ámbito laboral impera el principio de intangibilidad; de acuerdo a la Resolución 25, RO 50, 20-X-09, de la Corte Constitucional, citada por Monesterolo (2009), este principio también es conocido como “inderogabilidad inpeius” puesto que la normativa que compone el derecho laboral, sirve como mínimo para las normas posteriores que sólo pueden mejorar la situación laboral, jamás empeorar, es un pilar para mejorar la condición laboral del trabajador.

En virtud del principio de intangibilidad, los derechos no pueden ser desconocidos ni desmejorados, sin embargo, aquellos sí pueden ser modificados siempre y cuando implique una mejoría del derecho. La constitución en el numeral 8 del artículo 11, reconoce el principio de progresividad, por el cual los derechos deben desarrollarse de manera progresiva, a través de las normas, jurisprudencia y políticas públicas, por lo que es deber del Estado generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. (Monesterolo, 2009, p. 70)

Erróneamente se interpreta, que la progresividad es llegar a obtener un nivel de desarrollo económico del Estado, no obstante, el Pacto referido obliga a progresar tan rápido como sea posible, con el uso de recursos de forma inmediata, efectiva y equitativa, con políticas concretas, jurídicamente coherentes y bastante progresivas. Aquello obliga a no adoptar o permitir medidas regresivas. Los derechos que no pueden ser garantizados plenamente, deben ser promovidos en la mayor medida posible.

Respecto de “hasta el máximo de los recursos de que disponga”

El Estado está obligado a realizar acciones específicas para avanzar progresivamente en la realización de los Derechos Económicos y Sociales con los recursos que dispone. Las Directrices de Maastricht, que trata acerca de las violaciones a los Derechos Económicos Sociales y Culturales, establecen que “la escasez de recursos no libera a los Estados del cumplimiento de ciertas



obligaciones mínimas en relación con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales” (de Maastricht, 1977)

Dentro de las mismas directrices, se ejemplifica las obligaciones mínimas y establece “Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina "una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza." Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad” (de Maastricht, 1977)

En este escenario, si el Estado adopta medidas de carácter regresivo, como la derogación de leyes que afecten a los derechos económicos, sociales y culturales, sólo puede tener sustento justificándose la utilización plena del máximo de los recursos de que disponga un Estado, es decir para que el Estado restrinja la garantía de estos derechos, tiene justificar que utilizó el máximo de sus recursos, sin perjuicio de que al menos debe cubrir las necesidades mínimas independientemente si tiene o no disponibilidad de recursos.

Por otra parte, la observación general Nro. 18 (2005) acotada, expresa que al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y aplicar. La obligación de respetar el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de proteger exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de aplicar incluye



las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización

La Declaración Universal de los Derechos humanos (1948) en el art. 25, nos da el sentido del porqué el derecho al trabajo digno, en sus distintas dimensiones debe ser plenamente garantizado por los Estados, pues por la razón fundamental de que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (p.5)

En conclusión, la constitución, instrumentos internacionales, código de trabajo y leyes conexas, garantizan en sus textos el derecho al trabajo como un derecho humano, medio para una vida digna, expresada en la vida, salud, educación, vivienda, ocio, entre otros derechos que se convierten en bases para el desarrollo integral de cada trabajador, su familia y dependientes.

De igual forma, se garantiza el principio de irrenunciabilidad, intangibilidad y progresividad de derechos, por lo que el Estado Ecuatoriano para restringir derechos o garantías del derecho al trabajo, debe justificar que utilizó al máximo sus recursos para consumir dicha restricción; cabe recordar que la existencia o no de recursos estatales no restringe la obligación de cubrir al menos las necesidades básicas mínimas.



2.3 La responsabilidad solidaria laboral del estado ecuatoriano como medio para hacer efectiva las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico respecto de las obligaciones laborales en los contratos de obra dentro de la contratación pública.

La responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales es una figura que ha tenido su trayectoria durante varios años dentro de la legislación laboral ecuatoriana, es así que las personas llamadas a responder solidariamente han sido cambiantes de acuerdo a cada contexto social en el cual se han desarrollado las relaciones de carácter laboral.

Durante muchos años estuvo en vigencia una forma de contratación que se aplica en distintos países y fue aplicada al Ecuador, era la llamada intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios. Contratación que atentaba en contra de los derechos laborales, curiosamente quién adoptó en primera instancia esta modalidad de contratar fue el Estado a través de sus instituciones, para luego adoptar esta modalidad el sector privado.

La constitución del Ecuador del año 1998 en su artículo 35 n. 11 disponía:

El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales:

11. Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Con el fin de mejorar las condiciones laborales, de acuerdo con la constitución de 1998, vigente en aquel entonces, se expidió la (Ley No. 2006-48) que reformó el Código de Trabajo y mediante



la cual se reguló la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios vigente a esa fecha. Tal ley en su artículo 1 disponía:

Art. ...- Responsabilidad Solidaria. - Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario. Por tanto el trabajador intermediado podrá reclamar sus derechos en forma solidaria a los representantes legales y administradores de la empresa intermediaria y/o de la usuaria, por los derechos que representan y por sus propios derechos.

La usuaria ejercerá el derecho de repetición para recuperar lo asumido o pagado por ésta a nombre de la intermediaria laboral, por efecto de la responsabilidad solidaria (Vega, 2005).

La disposición legal transcrita, fue de gran utilidad para los trabajadores contratados bajo esta modalidad, pues sus derechos podían ser reclamados respecto de la empresa intermediaria o de la usuaria que en muchos casos era el Estado. Existen varios fallos mediante los cuales se establecía la responsabilidad solidaria estatal en el cumplimiento de las obligaciones para con el trabajador.

Me permito traer a colación el siguiente:

*Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, R762-2013-J504-2010

(...) a) En el sub lite, el recurrente sostiene que la sentencia de instancia ha transgredido las normas antes alegadas existiendo el vicio de incongruencia invocado al decidirse en la sentencia pretensiones no formuladas ya que para que la “...Empresa Estatal pueda ser condenada al pago de indemnizaciones, debió haber



sido demandada en forma “solidaria” situación que no ocurrió en el presente caso,...”. b) La decisión sobre puntos que no fueron objeto de este litigio o incongruencia alegada por el recurrente, esto es extra petita, para lo cual este Tribunal, coteja el libelo de demanda y el fallo materia del recurso. Consta a fojas 1, 2, 3, 4 la demanda formulada en la que en el numeral 4, se dice: “4°.DEMANDA.-bajo el amparo de la norma fundamental consagrada en el numeral 11 del art.35 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), en concordancia con el enunciado del artículo innumerado referente a la Responsabilidad Solidaria de la ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, publicada en el Registro oficial No. 298 del 23 de junio del 2006, concuro ante usted señor Juez para demandar en juicio oral, a los señores Ingeniero CARLOS PAREJA YANUZZELLY, por sus propios derechos y por los que representa en su calidad de Presidente Ejecutivo de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, Ingeniero PEDRO FREILE PAZ Y MIÑO., por sus propios derechos, y a la señora MARIA DE LOURDES GUZMÁN por sus propios derechos y por los que representa en su calidad de Gerente General de la Empresa de Trabajo temporal EMTRATEMP Cía. Ltda., para que en sentencia se les condene al pago de los siguientes valores...”. C) De lo transcrito, este Tribunal observa que la alegación de transgresión de los artículos señalados por el casacionista no procede, ya que no se evidencia la incongruencia alegada en el recurso, pues se ha demostrado fehacientemente de los recaudos procesales, como así lo manifiesta la sentencia impugnada, criterio que comparte este Tribunal, cuando al tenor de lo



dispuesto en el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), en el considerando TERCERO claramente establece la relación laboral existente y la correspondiente responsabilidad solidaria habida, al señalar: “La existencia de la relación laboral entre el actor y la Compañía EMTRATEMP, CIA. LTDA.; se desprende de la contestación a la demanda, del contrato de trabajo denominado de “servicios de temporada”; de la consignación de fojas 404; del mecanizado de aportes al IESS y demás pruebas.- Procesalmente se encuentra demostrado que la beneficiaria del trabajo del accionante es PETROECUADOR, usuaria de la intermediaria EMTRATEMP CIA. LTDA., y por lo mismo solidariamente responsable en las obligaciones patronales...”, vale decir, que la doctrina considera que: “En estas situaciones la solidaridad no se explica por la existencia de fraude o simulación laboral, sino por la opción del Derecho del Trabajo de transferir los riesgos hacia el empresario que se presume solvente y se habría beneficiado directa o indirectamente del trabajo o del patrimonio del empleador, garantizando así el cobro de los créditos laborales. En esa dirección, comúnmente las legislaciones laborales han previsto la solidaridad laboral en los casos de subcontratación, transferencia del establecimiento a otro empresario o conformación de grupos de empresas o conjuntos económicos. Esta ampliación de la responsabilidad laboral no solamente permitía que el trabajador pudiese reclamar sus créditos contra una pluralidad de sujetos, aumentando así las posibilidades de cobro, sino que, además, generaba que las empresas tuviesen interés directo en que las demás empresas con las que se vinculaban cumpliesen efectivamente con la legislación laboral, ya que de lo contrario podrían ver comprometida su responsabilidad”.³. Con el objetivo de



proteger al trabajador y no dejarle en indefensión violando sus derechos laborales constitucionalmente reconocidos donde son los jueces los llamados a garantizar éstos, la Corte Suprema se ha pronunciado en varias oportunidades, respecto de la solidaridad pasiva en el sentido de que: “En materia laboral la solidaridad es por lo general pasiva, es decir, impide entre los sujetos pasivos la división de la obligación en razón del interés que defiende, cual es proteger al trabajador ya que éste no necesita conocer detalladamente la denominación o razón social o quienes legalmente la representan, pues, le basta al trabajador conocer el nombre de la empresa bajo cuya dependencia ha laborado para que pueda interponer su demanda. Esto es aplicable aun cuando el contrato de trabajo se efectúe por intermediario existiendo responsabilidad solidaria”⁴. Por lo expuesto los jueces de instancia han actuado en atención a lo dispuesto en los Arts. 4, 5 y 7 del Código del Trabajo (2005), en concordancia con el art. 35 numerales 1, 3, 4 y 6 de la Constitución, sin que se evidencie en el fallo impugnado la incongruencia alegada por cuanto en la sentencia recurrida se resolvieron los puntos que fueron materia del litigio (...)

De la sentencia referida se desprende que a PETROECUADOR -Empresa estatal y usuaria de la intermediaria EMTRATEMP CIA. LTDA., se le impone la responsabilidad solidaria, a efecto de que cumpla con las obligaciones laborales de la trabajadora de la intermediadora. Los puntos que tomó a consideración la corte para tal responsabilidad son:

-Determinarse la existencia de la relación laboral entre el actor y la Compañía EMTRATEMP, CIA. LTDA.;



- Que PETROECUADOR, usuaria de EMTRATEMP CIA. LTDA., se benefició del trabajo de la accionante y por lo mismo se convierte en solidariamente responsable de las obligaciones patronales.

De acuerdo a lo determinado en el art. 35 numeral 11 de la (Constitución de 1998) y el art. de la Ley 2006-48 que reformó el código de trabajo vigente a esa fecha y que se tomó a consideración en la sentencia que acabo de indicar, se determinaba dos parámetros para la solidaridad laboral que se extendía a entidades estatales:

Provecho que reciba una persona a consecuencia de la realización de la obra.

Provecho que reciba una persona a consecuencia de la prestación de un servicio.

Memorar que la usuaria podía ejercer el derecho de repetición para recuperar lo asumido o pagado por ésta a nombre de la intermediaria laboral, por efecto de la responsabilidad solidaria.

Ahora bien, con la vigencia de la constitución ecuatoriana del año 2008, que de hecho se caracteriza por ser ampliamente garantista, se emite el Mandato Constituyente Nro. 8, con el que aparentemente se elimina la tercerización e intermediación laboral, situación con la que no comparto del todo pues al parecer lo que se dio simplemente es un cambio de denominación con las actuales Prestaciones de Actividades Complementarias (PAC).

Recordar que la intermediación y tercerización se definía en el artículo 1 de la ley expresada:

a) Intermediación Laboral. - Se denomina intermediación laboral a aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución (Vademécum Laboral, 2019); y,

b) Tercerización de Servicios Complementarios.- Se denomina tercerización de servicios complementarios, aquella que realiza una persona jurídica constituida de



conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la ley (Vademécum Laboral, 2019) . Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter.

En este orden de ideas cabe preguntarse ¿El Estado Ecuatoriano al contratar una obra o servicio a un tercero que le compete cubrirlo directamente, aquello podría ser considerado como una especie de tercerización o intermediación laboral?

El problema radica en que el Estado no contrata una obra o servicio directamente, sin embargo recibe la obra o servicio determinado, opacándose de esta manera en mediaciones con quienes realizan esa obra o servicio para evitar asumir responsabilidades respecto de los trabajadores de los contratistas, es decir la institución pública contrata con el contratista, este requiere del personal, quién establece una o varias relaciones jurídicas de carácter laboral, sin que la contratante nada tenga que ver con esos trabajadores que laboran para que el Estado se beneficie de la obra o servicio. Este hecho nos lleva ineludiblemente a una forma de tercerización laboral.

En este ámbito, según Ríos (2016) menciona que es necesario cuestionar cuáles son las actividades que normalmente despliega la empresa beneficiaria para determinar responsabilidad alguna del beneficiario de la obra o servicio cuando el contratista incumple sus obligaciones con sus trabajadores. Al respecto hay distintos criterios: el de funcionalidad, igualdad, continuidad y excepcionalidad que son aplicados en las entidades públicas para definir las actividades normales



para la contratación laboral con los entes del Estado a efecto de fijar las labores extrañas o normales de la entidad beneficiaria de la obra o del servicio y del contratista independiente.

Pereira (2013) explica cada uno de los criterios:

En relación con el criterio funcional, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, de acuerdo con la Constitución y la ley, debe ejecutarse mediante vínculo laboral...En cuanto al criterio de igualdad, si las labores contratadas son las mismas que las de los servidores públicos de la planta de personal de la entidad, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral...El criterio de continuidad significa que si la entidad suscribe contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones administrativas ordinarias, es decir para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente con los contratistas es de carácter laboral...El criterio de la excepcionalidad, esto es, si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas, y estas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados, puede acudirse a la contratación pública. (p.34)

Bajo esta explicación, Manrique, Barbosa y Giovanni (2012) refiere que la tercerización puede tener un desarrollo por lo que se divide en tercerización inicial, intermedia y avanzada. “la primera es la subcontratación que hacen las empresas de actividades que son accesorias, puesto que no son las actividades primordiales de la empresa; la segunda cuando la subcontratación recae en actividades que sin ser su core business son necesarias para su desarrollo; y la última cuando la actividad que se terceriza es la actividad principal de la empresa.



Asimismo, Ríos (2016) explica que la Corte Suprema de Justicia de Bogotá-Colombia no ha mantenido criterios unificados al respecto, puesto que en unas situaciones ha considerado que las actividades que normalmente desarrolla el dueño de la obra pueden ser sus actividades principales y de igual manera las complementarias, que son un referente importante para configurar la solidaridad. En otras situaciones, ha manejado un criterio restringido, de suerte que únicamente las actividades que ejecuta el contratante como objeto de su negocio son las que no son extrañas a las que ordinariamente realiza su empresa o negocio.

Sin embargo, confiesa el autor que la posición actual de las altas cortes de Colombia en esta materia, se han limitado a que hay solidaridad de la obra con el contratista, cuando la actividad que se terceriza está ligada con el objeto principal de la empresa que se beneficia. De esta forma, debe concluirse que, en virtud del hecho jurídico del contratista independiente, el beneficiario de la obra solo responderá solidariamente cuando se trata de labores que se encuentran vinculadas al desarrollo de su objeto empresarial.

Concluye el autor en que la solidaridad laboral entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente se configura con lo siguiente:

1. Contrato civil, comercial o administrativo celebrado entre el contratista independiente y el beneficio de la obra, en el que se especifique como objeto contractual la actividad de la empresa beneficiaria objeto de tercerización.
2. Una relación de trabajo entre el trabajador y el contratista independiente, en la cual el primero preste su servicio personal bajo la subordinación y dependencia del segundo, y reciba como contraprestación un salario por ese servicio, sin que para ello haya injerencia del beneficiario de la obra en la relación laboral subordinada.



3. Que la actividad a tercerizar tenga una relación directa y no indirecta con las actividades que normalmente ejecuta y desarrolla el beneficiario de la obra, de modo que pueda recurrirse a los objetos sociales del beneficiario y el contratista, contenidos en sus correspondientes certificados de existencia y representación legal. Al objeto contractual del contrato de obra y al objeto contractual del contrato de trabajo como instrumentos de identificación de la actividad que da lugar a la solidaridad laboral. (pp33, 34)

Ahora bien, el Estado ecuatoriano, entre las principales actividades, realiza aquellas que se vinculan con la satisfacción de requerimientos colectivos asociadas con los sectores estratégicos. El artículo constitucional 313 dictamina que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos. Los sectores estratégicos que son de decisión y control exclusivo del Estado, se definen en el mismo texto constitucional como “aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 153)

Los sectores estratégicos son las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Asimismo, en el art. 314 de la misma constitución se manifiesta que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.



De acuerdo a lo indicado, se corrobora que el Estado mantiene como actividades principales las expresadas, razón por la que, al momento de contratar bienes, servicios u obras para prestar los servicios públicos aludidos, inevitablemente, si bien es cierto, satisface necesidades de interés general, no obstante, el provecho lo recibe el Estado, pero en estas condiciones ¿qué sucede con los derechos de los trabajadores que realizan sus labores para beneficio estatal consecuencia de los contratos públicos?

De conformidad con los modelos de pliegos de los procedimientos de la contratación pública, emitidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública (2019), se establece las condiciones generales de los contratos que son de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes y los contratistas que celebren contratos provenientes de procedimientos sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; dentro de tales condiciones, respecto de las obligaciones laborales, se especifica que corresponden exclusivamente al contratista, quién se obliga al cumplimiento de todas las obligaciones laborales frente a sus trabajadores, sin que la entidad contratante tenga ninguna responsabilidad, por lo que es común dentro de este tipo de contratos, la cláusula de exclusión de la responsabilidad laboral de la entidad o institución contratante, debiendo ser responsabilidad del Estado velar por estos derechos, sin embargo , se determina que es obligación de la parte contratada cumplir con su responsabilidades patronales conforme las establecidas en el Código de Trabajo y en la Ley de Seguridad Social.

***Cláusula Quinta. - OTRAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA**

A más de las obligaciones señaladas en las Condiciones Particulares del Pliego que son parte del presente contrato, las siguientes:

El contratista se obliga al cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Código del Trabajo y en la Ley del Seguro Social Obligatorio,



adquiriendo, respecto de sus trabajadores, la calidad de patrono, sin que la contratante tenga responsabilidad alguna por tales cargas, ni relación con el personal que labore en la ejecución de los trabajos, ni con el personal de la subcontratista (Sistema Oficial de Contratación Pública, 2015).

De la cláusula transcrita, no cabe la menor duda de que la responsabilidad laboral asume directamente el contratista, circunstancia que merece el siguiente examen:

*El art. 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), en el numeral 8 otorga competencia al Organismo del Sistema Nacional de Contratación Pública para expedir los modelos obligatorios de contratación, situación que se plasma en las distintas resoluciones emitidas por tal organismo para el efecto.

*La cláusula 5.7 mencionada, evidentemente deslinda la responsabilidad de la entidad contratante, dejando en manos del contratista, la totalidad de responsabilidades laborales que se pudieren generar, por lo tanto, en los contratos públicos a diferencia de los privados, el trabajador que realizó labores para un servicio u obra pública, únicamente podrá reclamar al contratista los derechos laborales sin reclamar al Estado ni tampoco exista otra garantía que respalde la satisfacción de tales derechos (Sistema Oficial de Contratación Pública, 2015)..

*Haciendo hincapié en que la constitución entre las garantías, dispuestas en el art. 33 garantiza a las personas, el trabajo como fuente de realización personal y base de la economía, además el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas, en virtud de la supremacía constitucional, tales resoluciones inequívocamente deben ajustarse a lo establecido en la constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

* En la práctica diaria, en muchas ocasiones y actualmente el Ecuador atraviesa por una crisis financiera, los contratistas que intervienen en contratos públicos, la mayoría de veces, por falta de



pago del Estado, les preocupa su economía sin poder solventar obligaciones laborales derivadas por la ejecución de contratos de bienes, servicios u obras públicas, quedando el trabajador en una situación deplorable, puesto que su empleador-contratista, cayó en una situación de insolvencia o le corresponde realizar engorrosos y costosos trámites legales por meses o años, sin tener la plena seguridad de que lleguen a prosperar.

A manera de ejemplo cito los siguientes casos:

El expresado por el diario El Universo (2019)

Deudas que sobrepasarían los \$ 907 millones, más de 90 casos de mora que involucrarían a instituciones públicas y juicios iniciados a contratistas por sus ex trabajadores.

Es el balance de una situación que se inició en 2012, recrudesció en 2015 con la situación económica y se mantiene hasta este año, según el presidente de la Cámara de la Construcción de Guayaquil, Enrique Pita, lo que lo ha llevado a promover que sus socios exijan sus valores a través de la vía judicial.

Pita, quien además es titular de la Federación de Cámaras de la Construcción del Ecuador, asegura que en Guayaquil hay deudas por 22 contratos en 15 instituciones, ejecutadas por 8 contratistas, por más de \$ 36 millones.

Para cobrar analizan utilizar el artículo 101 de la Ley Orgánica de Contratación Pública, un recurso que a la fecha no ha sido presentado por los contratistas, según Pita, por temor.

Añade que entre los deudores están el Consejo de la Judicatura (CJ), el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO) y el Servicio de Contratación Pública (Secob).



Las mismas instituciones encabezan la lista de mora en la Cámara de la Construcción de Quito, según afirma su titular Silverio Durán. Estas les adeudarían cerca de \$ 93 millones a empresas pequeñas y personas naturales y a empresas grandes más de \$ 810 millones.

La información fue recabada de una encuesta realizada a sus socios, en la cual 78 manifestaron estar impagos.

En Quito y Guayaquil las deudas serían mayores, según Pita, pero no podrían documentarse por recelo de los contratistas, quienes, sin embargo, en algunos casos, han sido enjuiciados por sus exempleados e instituciones del Estado, como el Servicio de Rentas Internas y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para cobrar valores adeudados.

César Tumbaco es el procurador común de un grupo de 600 trabajadores que enjuiciaron a su contratista e incluyeron en la demanda al CJ.

En mayo de 2014 reunieron 110 demandas y 200 quejas en la Inspectoría del Trabajo, pero después de dos años siguen con una deuda de \$ 300 mil.

El dirigente afirma que los trabajos impagos son: las obras del Palacio de Justicia, el Albán Borja, de Luque y Tulcán y de Samborondón. “Los contratistas tienen toda la buena voluntad de cancelarnos”, señala.

Este Diario solicitó información el martes pasado al CJ, MTOP y el Secob sobre las quejas de los gremios, sin embargo, hasta el cierre de esta edición no hubo respuestas. (I)



Art. 101: el funcionario o empleado al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una Entidad Contratante (...) será destituido de su cargo por la autoridad nominadora y sancionado con una multa no menor de 10 SBU...

De igual manera otro de los casos, es el expresado por el diario el El Comercio (2019)

Ocho de cada diez contratos de la empresa Comsupplies fueron con entidades públicas el año pasado (2018).

Desde hace 10 años, esta firma de suministros de computación provee a entidades del Estado, como Contraloría o Corte Constitucional.

Pero desde septiembre del 2018, la empresa acumula facturas por USD 550 000, que no han sido pagadas por el Estado.

Los retrasos ocurren pese a que en los contratos se especificó que el pago debía hacerse al entregar el producto. Los representantes de Comsupplies y de otros contratistas protestaron ayer, por quinta vez, en las afueras de la Plataforma Financiera, en el norte de Quito, para reclamar los valores pendientes de pago desde agosto pasado.

Bélgica Guerrero, subsecretaria del Tesoro del Ministerio de Finanzas, recibió a varios proveedores. La funcionaria explicó que el Fisco no cuenta con el dinero necesario para pagarles, según relató Celio Jara, gerente de Comsupplies, quien participó en la reunión.

Entre los contratistas impagos están negocios que entregan insumos médicos, servicios tecnológicos y de mantenimiento a automotores.



El saldo pendiente con los proveedores, hasta diciembre pasado, fue de USD 800 millones. De esos, según Finanzas, se cancelaron USD 260 millones durante este mes.

En este monto se incluyeron todas las acreencias de valores menores a USD 10 000, que suman 73,8 millones.

Finanzas dijo, además, que privilegia pagos a proveedores de los sectores sociales como salud, educación y seguridad.

El rubro restante se cancelará mediante un cronograma de pagos que podría extenderse hasta mayo próximo, informó Guerrero a los representantes de las empresas.

Marco Leguizamo, presidente de la Cámara de Computación (Camcompu), explicó que no están de acuerdo con esto, pero “tenemos que aceptar este salvavidas que nos lanzan. No queda de otra”.

Según datos de este gremio, unas 1 200 empresas proveedoras de equipos de computación y servicios tecnológicos tienen facturas impagas de entidades públicas.

El gremio asegura que Finanzas se comprometió ayer a pagar, de manera inmediata, por lo menos una parte de la deuda a los proveedores, aunque no les precisaron fechas.

“En algunos casos será el 20 o el 25% de la deuda. Nos dijeron que analizarán cada caso”, comentó Leguizamo.



Ferromedica es otra empresa que reclama facturas pendientes. La falta de pago generó problemas de liquidez en esta compañía, lo cual obligó a reducir la nómina en un 5%.

El Estado le debe a esta firma, que se dedica a la fabricación de mobiliario médico, USD 500 000 desde hace siete meses. Santiago Garzón, jefe de Planificación Estratégica de la empresa, explica que los pagos de montos de hasta USD 10 000 no son suficientes.

La compañía adeuda USD 100 000 a sus 80 trabajadores, por los salarios de diciembre, enero, y el decimotercer sueldo del año pasado.

Durante este mes, los proveedores se han reunido con representantes del Ministerio de Finanzas, Servicio de Rentas Internas (SRI), Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), CFN, BanEcuador, Sercop y Tesorería de la Nación.

En esos encuentros, las entidades plantearon varias propuestas para hacer frente al problema de la falta de liquidez de los contratistas.

Una de ellas es que accedan a créditos en la banca pública (BanEcuador y CFN), que les permitiría tener recursos inmediatos para pagar sus haberes, pero tendrían que pagar tasas de interés, lo que se trasladaría al precio de venta del bien o servicio. Estas operaciones se harían a través de la entrega de papeles denominados CUR.

Para Garzón, es injusto que las empresas tengan que endeudarse y pagar un costo financiero que debería asumir el Estado. Añade que los empresarios ya se han endeudado en la banca, porque no contaban con el capital de trabajo para seguir cumpliendo con su producción.



Por la falta de liquidez, varias empresas proveedoras incluso están bloqueadas en el sistema de contratación pública y ya no pueden ofertar.

Los proveedores señalan que los papeles que entregue el Ministerio de Finanzas deberían servir para canjearlos con deudas con el IESS, el SRI o en la banca pública.

El Fisco cerró el año pasado con atrasos por USD 1 531,8 millones.

De los citados casos se generan las circunstancias que paso a exponer:

- El contratista, contrató con una institución pública,
- Los pagos de planillas no fueron cancelados a favor de los contratistas, pese a existir un tiempo predeterminado para el efecto,
 - Bienes, servicio u obras entregadas a la Institución Contratante, la entidad recibió el beneficio.
 - No se les puede cancelar por falta de liquidez,
 - Los contratistas se encuentran inhabilitados para realizar otros contratos y seguir subsistiendo,
 - El Estado Ofrece viabilizar el pago a través de documentos denominados CUR (El Comprobante Único de Registro de Transferencia o Pago- órdenes de pago o transferencias registradas por las Entidades o Instituciones Públicas en el Sistema de Gestión Financiera)
- Cientos de trabajadores que no pueden cobrar sus acreencias laborales,
- Demandas de trabajadores en contra de contratistas,
- Contratistas con intención de plantear demandas en contra de las instituciones con la finalidad de cobrar sus acreencias, que de hecho son costosas y conllevan años en ejecutarlas.

En los indicados casos se plasma lo que sucede en el Ecuador con los derechos de los trabajadores que prestan labores que benefician al Estado con base a un contrato público; obviamente la más afectada es la clase trabajadora, porque la responsabilidad laboral queda en manos de los contratistas, más sucede, que varios de estos incurren en un estado de insolvencia, o



al contrario, los trabajadores no n cobrar oportunamente las acreencias laborales, consecuentemente queda en mero enunciado el tener un trabajo digno en todas las dimensiones, el tener una vida decorosa, y no solo del trabajador, sino de la familia integrada por mujeres, niños/niñas, adolescentes, personas adultas mayores, personas en estado de gestación, discapacitados, con enfermedades catastróficas, que para propender el desarrollo integral o al menos sostenerse, dependen exclusivamente de la remuneración de ese trabajador.

No satisfacer un derecho o satisfacerlo inoportunamente, afecta al derecho insatisfecho, sino que lesiona otros como la vida, alimentación, salud y educación. El Estado ecuatoriano, a través de los funcionarios, emitió resoluciones con modelos obligatorios para que sean observados en la contratación pública, olvidando, que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos establecidos en la norma suprema, garantizando el efectivo goce de estos y más aún en los casos acotados en dónde la ineficiencia genera vulneración de los derechos constitucionales de los trabajadores.

El Estado no puede apartarse de su más alto deber, emitiendo una resolución que está por debajo de la constitución, por así disponer el artículo constitucional 425, sino, adecuar la legislación a propender el amparo de tan importantes derechos laborales que son el producto de sangrientas conquistas de la clase obrera. A criterio de Castello (2009) el Régimen al ser garante de derechos tiene que responsabilizarse, “incluso a través del poder legislativo, garantice a toda costa el pago de rubros derivados de la relación contractual”. Asimismo, es importante acotar lo dicho por García y Ramírez (2012) “la responsabilidad del Estado-legislador se configura cuando con una actuación u omisión del órgano legislativo se crea un daño antijurídico a los asociados, es decir, se impone una carga superior a la que el sujeto debe soportar”. (p.168)



No cabe duda que en estos casos el Estado obtiene beneficio de los contratos celebrados a consecuencia de las actividades realizadas en los sectores estratégicos, haciendo hincapié a que él debe propender hacia una protección sólida de los derechos de los trabajadores como sucede en el caso de Colombia ya explicado; y que anteriormente, como quedó demostrado sí se responsabilizaba, actualmente es necesario que se fortalezca la responsabilidad solidaria estatal frente a los trabajadores del contratista como un medio eficaz para que aquellos satisfagan sus acreencias laborales.

Actualmente la RS laboral en el Ecuador encuentra su base en las siguientes normas:

* El Código del Trabajo (2005) en el art. 36 considera que los representantes de los empleadores, que hasta la fecha se encuentran individualizados, pudiendo ser los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común. Se exceptúa de tal solidaridad a las entidades que conforman el sector público y a las empresas públicas.

* El art.41 señala que entre dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes (Código del Trabajo, 2005).

*Con base al art. 171 en el caso de cesión o de enajenación de la empresa o negocio o cualquier otra modalidad por la cual la responsabilidad patronal sea asumida por otro empleador, éste estará obligado a cumplir los contratos de trabajo del antecesor (Código del Trabajo, 2005)

* Acorde al art. 198 del CT, si el negocio o industria cambiare de dueño o tenedor como arrendatario, usufructuario, etc., el sucesor será solidariamente responsable con su antecesor por el pago del fondo de reserva a que éste estuvo obligado para con el trabajador por el tiempo que le sirvió (Código del Trabajo, 2005)



En el Mandato Constituyente Nro. 8, se estableció como un proceso de recuperación de los derechos de los trabajadores ya que termino de manera definitiva con el proceso de intermediación laboral, obligando directamente al empleador a contratar a sus trabajadores, con esto se logró la estabilidad laboral, siendo el motivo principal pero dicho Mandato también tiene otras disposiciones que todavía son aplicadas en el caso de las Empresas Públicas, es así que tenemos como una referencia la solidaridad de la Usuaría, en cuyo provecho se presta el servicio y los trabajadores de la Prestadora de la Actividad Complementaria.

En este marco, se afirma que el Estado no mantiene Responsabilidad solidaria alguna, al momento de que obreros de los contratistas como del propio Estado desean cobrar las acreencias laborales; enfatizándose en el art.36 del CT ecuatoriano que expresamente exceptúa a las entidades que conforman el sector oficial y entidades públicas de la solidaridad en las relaciones con los trabajadores; así eliminando posibilidad alguna para que representantes o administradores de las instituciones públicas, por ende el Estado en casos determinados, responda solidariamente por recibir el provecho de la obra o del servicio que se le presta, responsabilidad que, conforme lo expuesto, antes lo asumía.

2.4 Análisis inciso tercero del artículo 36 del código del trabajo ecuatoriano. -

En los contratos celebrados entre particulares, la ley es clara en cuanto la RS existente entre el empleador y los representantes en las relaciones con el trabajador, asimismo es clara estableciendo que cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma organización, como condueños, socios o copartícipes, serán solidariamente responsables de toda obligación con el trabajador.

Por su parte el artículo 10 del Código de Trabajo, conceptualiza lo que se debe entender por empleador, en estas palabras:



Concepto de empleador. - La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador.

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

También tienen la calidad de empleadores: la Empresa de Ferrocarriles del Estado y los cuerpos de bomberos respecto de sus obreros. (Código del Trabajo, 2005, p. 7)

En esta perspectiva, se desprende que la responsabilidad solidaria asiste a los trabajadores que prestan sus servicios o labores para el sector privado, siendo así que el empleador tiene una doble dimensión: por un lado, es quién a cuenta u orden se ejecuta el trabajo y por otro lado a quién se presta el servicio. Recordar que el tercer inciso del nombrado artículo 10 dispone que son empleadores respecto de los obreros de obras públicas o nacionales, el Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público.



El inciso segundo del art. 36 del CT, reformado por la disposición reformativa sexta del R.O. 332-2S, 12-IX-2014), señala que el empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador (Código Orgánico Monetario Financiero, 2017)

Bajo estas condiciones aparentemente, la garantía de la solidaridad posiblemente podría asistir a todos los trabajadores, sin embargo, en el tercer inciso se incorpora:

Exceptuase de la solidaridad señalada en el inciso anterior a las entidades que conforman el sector público y a las empresas. En consecuencia, no podrá ordenarse medida cautelar o ejecutarse sentencia alguna en contra de los representantes legales o administradores de las referidas entidades o empresas.

Del citado artículo, se evidencia que la solidaridad laboral únicamente protege a trabajadores del sector privado, se eximió de esta solidaridad a los representantes legales o administradores de las instituciones o empresas públicas y por ende al Estado, es decir, sus obreros o trabajadores en caso de ser necesario, pueden perseguir acciones de cobro solamente contra el empleador-deudor principal, sin que tengan otro tipo de garantías para asegurar el cobro de sus acreencias laborales, además que se les coloca en una palpable situación de desigualdad en comparación con el sector privado.

Al respecto, en principio el Estado se exime de dicha responsabilidad, sin embargo, es importante manifestar que, conforme lo dispone el artículo 11 n 9 de la constitución ecuatoriana, el Estado tiene una personalidad única, por lo tanto, es quién responde directamente por las acciones u omisiones de sus órganos más no sus funcionarios de manera individual, en consecuencia cuando asume dicha responsabilidad, tiene la facultad constitucional y legal para repetir lo pagado, conforme ya fue previamente explicado.



1.5 Conclusiones

1.5.1 La solidaridad laboral, es una figura que nació del derecho civil, sin embargo, con el tiempo a efecto de garantizar los derechos de los trabajadores, debido a las diversas luchas por alcanzar conquistas, se extendió al contexto profesional, para que los trabajadores puedan asegurar el cobro de sus acreencias laborales a distintos deudores pasivos, ya sea este el empleador directamente, sus representantes o administradores, en este sentido la solidaridad aplicada al área laboral es la solidaridad pasiva por existir un acreedor-trabajador frente a varios deudores- empleador, representante o administradores.

El legislador ecuatoriano ha establecido la responsabilidad solidaria laboral desde las primeras leyes laborales que existieron en el Ecuador, no obstante, por circunstancias económicas, sociales y políticas de cada momento histórico, esta solidaridad se fue restringiendo para los trabajadores que prestan sus labores para una entidad pública, en sí, el Estado, de igual manera para quienes laboran para un contratista a consecuencia de un contrato público para realizar una obra o prestar un servicio público.

1.5.2 La responsabilidad solidaria laboral, genera solidaridad de los representantes, administradores o de todo aquel que ejerza funciones de dirección y administración , pero, conforme ya se expuso en este trabajo, y así lo han ordenado, varias sentencias ecuatorianas, la solidaridad puede surgir también para quienes se benefician de la obra o del servicio, que en la especie, es el Estado, el cual, implícitamente configura un tipo de tercerización que la doctrina la ha calificado como avanzada, ya que la actividad que se terceriza es la actividad principal del Estado, que presta servicios o realiza obras que son de su exclusividad y se constituyen en objeto principal de aquel, como la satisfacción de necesidades colectivas vinculadas con los sectores estratégicos.



De esta manera, la doctrina indica los distintos criterios aplicados a las entidades públicas para determinar las actividades normales para la contratación laboral con aquellas, a efecto de fijar las labores extrañas o normales de la entidad beneficiaria de la obra o del servicio y del contratista independiente, entre ellos el de funcionalidad, igualdad, continuidad y excepcionalidad; siendo así que impera, el criterio funcional, pues si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, de acuerdo con la constitución y la ley, debe ejecutarse mediante vínculo laboral.

1.5.3 En la actualidad, conforme se aprecia en esta investigación, lamentablemente la responsabilidad solidaria laboral, se ahonda únicamente en el sector privado, por lo que se aplica la solidaridad de todo el que ejerza funciones de dirección y administración dentro de la empresa privada. Asimismo, a pesar de que el Estado Ecuatoriano, presta o realiza sus actividades principales celebrando contratos públicos, en donde aquel es el beneficiario directo de la obra o servicio contratado, actualmente se inhibe la solidaridad estatal respecto de los trabajadores de los contratistas, dando lugar a una situación de vulnerabilidad, puesto que, de acuerdo a casos reales suscitados en este país y que han sido debidamente citados, puede darse que los trabajadores no cobren oportunamente sus acreencias o simplemente no cobrarlas jamás, por el hecho de que su empleador no ha recibido los pagos por el trabajo realizado para el Estado o porque ha caído en insolvencia o quiebra, según el caso.

La impotencia del trabajador de no cobrar sus acreencias eficazmente o no cobrarlas, lesiona su derecho a mantener una vida digna para sí mismo, para su familia y para quienes se encuentran bajo su cuidado, por ende, se violan más derechos de gran relevancia como es la salud, educación, alimentación, entre otros.



1.5.4. De acuerdo al análisis, dentro de la contratación pública-privada, el Estado, se exime de todo tipo de responsabilidad laboral respecto de los trabajadores que prestan sus labores en beneficio de una obra o servicio público, justificando dicho suceso con resoluciones emitidas por el SERCOP o leyes de rango inferior a la constitución; el ordenamiento jurídico del Ecuador tiene como directriz a la carta magna, ninguna norma puede expedirse al margen de los principios y reglas allí establecidos, en esta idea, constitucionalmente se garantiza el derecho a un trabajo digno, lo que implica que el trabajador, tenga las suficientes garantías para cobrar oportunamente sus acreencias laborales que le permiten tener esa vida digna.

En consecuencia, todo tipo de responsabilidad laboral originada dentro de la contratación pública-privada compete únicamente a los contratistas. Ausentar la responsabilidad solidaria del Estado mediante la normativa expedida fuera de la constitución y convenios internacionales, conlleva ineludiblemente a su declaratoria de inconstitucionalidad. Es imposible que, en un Estado constitucional de derechos y justicia, a pesar de tener los recursos suficientes para viabilizar y reforzar la protección laboral, el Estado sea el primero en inobservar los mandatos constitucionales y dejar en desprotección a la clase más débil de una relación laboral: la trabajadora.



Recomendaciones

Del presente trabajo investigativo se desprende que es importante expedirse una normativa laboral mediante la cual se determine la responsabilidad solidaria del Estado respecto de las obligaciones laborales emanadas dentro de la contratación pública-privada, pues como se indicó existen obligaciones laborales que no son satisfechas oportunamente o en su defecto quedan insatisfechas o en su defecto al menos agregar un tipo de garantía a favor de los derechos de los trabajadores al momento de realizar los contratos públicos-privados.



Bibliografía

- (Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral, Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. . (2007). Página 1506. 2007).
- Acuerdo Nro. 0004-CG. (2016). *Acuerdo Nro. 0004-CG-2016-Contraloría General del Estado*.
- Altamira, P. G., y Gigena, J. I. A. (1971). *Curso de derecho administrativo*. Ediciones Depalma.
- Ávila Santamaría, R. F. (2011). El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008.
- Ávila Santamaría, R. F. (2011). El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008.
- Botero, E. G., y Henao, J. C. (. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Briceño Ruiz, A. (1985). Derecho individual del trabajo . (No. D50 B849). Harla.
- Cabanellas de las Cuevas, G., y Hoague, E. C. (2001). Diccionario jurídico= Law dictionary: english-spanish, español-inglés/Law dictionary. Heliasta,.
- Castelli, N. (2011). *Derecho del trabajo hacia una carta socio laboral latinoamericana, la función económica y social del trabajo*. Buenos Aires Argentina: Editorial B de F.
- Castello, A. (2009). La subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (9), 53-87.
- Castillo, M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *Themis-Revista*.
- Castro, C. (2017). *Historia del Derecho Laboral y Seguridad Social*.
- Cisterna, J. (2017). <http://www.ues.flakepress.com>. Obtenido de <http://www.ues.flakepress.com>: http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/DERECHO_CIVIL_-_TODOS_LOS_TEMAS/DERECHO%20CIVIL%20-%20TODOS%20LOS%20TEMAS/DERECHO%20CIVIL%20II%20-%20JOSE%20CISTERNA%20Y%20LUIS%20PASTORINI.pdf
- Codificación del Código de Trabajo. (1977). *Codificación del Código de Trabajo*.
- Código del Trabajo. (2005). *Código del Trabajo*.
- Código Orgánico Administrativo. (2017). *Código Orgánico Administrativo*.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas . (2010). *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas* . Registro Oficial, 306.
- Código Orgánico Monetario Financiero. (2017). *Código Orgánico Monetario Financiero*.
- Constitución de 1998. (1998). *Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de Agosto de 1998*.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Nacional.



- Corte Nacional de Justicia, Resolución nro. R762-2013-J504-2010. (2010). *Corte Nacional de Justicia, Resolución nro. R762-2013-J504-2010*.
- de Maastricht, D. (1977). Violaciones sobre los derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Declaración Universal de los Derechos humanos (1948) . (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos (1948) .
- Dromi Casas, J. R. (2015). Proceso administrativo: perspectiva. *Revista de Administración Pública*, 89.
- Ecuavisa digital. (2019). <https://www.ecuavisa.com/>. Obtenido de <https://www.ecuavisa.com/>: <https://www.ecuavisa.com/tags/television-digital>
- Eguiguren, G. (2009). Visión de la administracion publica en la nueva Constitución. *Serie Estudios Jurídicos*, 30, 119.
- El Comercio. (2019). <https://www.elcomercio.com/>. Obtenido de <https://www.elcomercio.com/>: <https://www.elcomercio.com/>
- El Universo. (2018). <https://www.eluniverso.com/>. Obtenido de <https://www.eluniverso.com/>: <https://www.eluniverso.com/>
- El Universo. (2019). <https://www.eluniverso.com/>. Obtenido de <https://www.eluniverso.com/>: <https://www.eluniverso.com/>
- García, M. C. A., & Ramírez, E. L. (2012). La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. *Revista Derecho del Estado*, (29), 145-173.
- Gatti, Á. E. (2015). Derecho del trabajo: manual: de las relaciones individuales. . *IB de f*.
- Guía de atención de casos referentes a derechos económicos, sociales y culturales. (2013). Guía de atención de casos referentes a derechos económicos, sociales y culturales.
- Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008). Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública. *Ciudad Alfaro*.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Montecristí: Asamblea Nacional.
- Mandato Constituyente Nro. 8. (2008). *Mandato Constituyente Nro. 8*. R.O - 330.
- Manrique López, S. M., Barbosa, J., y Giovanni, W. . (2012). Mercado de medicamentos biotecnológicos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. *Ciencia y Tecnología para la Salud Visual y Ocular*, 10(2), 59-78.
- Marco, I. A. (1993). *La Contratación Pública*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Marienhoff, M. S., y Basavilbaso, B. V. (1965). Tratado de derecho administrativo. *Abeledo-Perrot*.
- Mogrovejo Jaramillo, D. F. (2009). La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008.
- Monesterolo, G. (2009). *Instituciones de Derecho Laboral Individual, Herramientas Didácticas*. 2da. Edición. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.



- Niquinga, C. (2005). <https://www.derechoecuador.com/>. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/>: <https://www.derechoecuador.com/alcances-juriacutedicos-de-la-solidaridad-patronal>
- OIT. (2019). <https://www.ilo.org/>. Obtenido de <https://www.ilo.org/>: <https://www.ilo.org/declaration/principles/freedomofassociation/lang--es/index.htm>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Pereira, A. (2013). Compendio teorico practico de derecho del trabajo. Individual y colectivo. Bogota.
- Pereira, A. (2013). Compendio teorico practico de derecho del trabajo. Individual y colectivo. Bogota.
- Pérez, J. G. (2006). La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española. *Revista de administración pública*, (1), 149-162.
- Porras, A. (2013). *La reforma antes de la reforma. La Construcción del Nuevo Código de Trabajo*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3949/1/04-TC-Porras.pdf>
- Rangel, J. A., y Sanromán-Aranda, R. . (2007). Derecho de Los Negocios, Tópicos Del Derecho Privado. *Médico DF: Cengage Learning Editores*.
- Real Academia Española. (2019). <http://lema.rae.es/>. Obtenido de <http://lema.rae.es/>: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=TYfZJAA36DXX2qpvUiZ3>
- Reglamento de aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8, . (2008). *Reglamento de aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8, .*
- Resolución de Sanción No. MRL-DRTSP2-2013-0163-R4-BC. (2013). *Dirección Regional del Trabajo Quito*.
- Ríos, W. A. (2016). Responsabilidad solidaria en los contratistas independientes. *Ambiente Jurídico*, (20), 13-43.
- Sanromán, R. (2018). Derecho de las obligaciones . *Manual de Derecho Civil y Mercantil*, 432.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (2019). <https://portal.compraspublicas.gob.ec/>. Obtenido de <https://portal.compraspublicas.gob.ec/>: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/>
- Sistema Oficial de Contratación Pública. (2015). <https://www.compraspublicas.gob.ec/>. Obtenido de <https://www.compraspublicas.gob.ec/>: [compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/pregunta.cpe?id=oVSsmzut_mVRur17mn7Y9uZEa5aOyY10wcvbWzZF4LsQ](https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/pregunta.cpe?id=oVSsmzut_mVRur17mn7Y9uZEa5aOyY10wcvbWzZF4LsQ),
- Vademécum Laboral. (2019). <http://www.ceime.net/>. Obtenido de <http://www.ceime.net/>: <http://www.ceime.net/laboral/Normativas/norm092.html>
- Vega, R. (2005). <https://www.derechoecuador.com/>. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/>: <https://www.derechoecuador.com/la-solidaridad-patronal>
- Yanes, J. M. (2016). LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL ECUADOR: LAS LIMITACIONES EN EL MARCO JURÍDICO. *Revista Iuris*, 1(15).



Zarini, H. (1999). Derecho Constitucional. Segunda Edición actualizada y ampliada. *Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, SRL, Buenos Aires, Argentina.*