

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La Jubilación Patronal en el Ecuador

¿Eliminación, avance o retroceso?

Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de abogada

Autora:

Samantha Karelis Atiencia Alvarado

Directora:

Lourdes Eulalia Álvarez Coronel

ORCID: 0000-0001-9166-853X

Cuenca, Ecuador

2023-03-06

Resumen

Este proceso investigativo tuvo como objeto el análisis de la Figura de la Jubilación Patronal, con la finalidad de identificar si la eliminación de ésta es avance o retroceso, en relación con los motivos para la creación de esta figura y las consecuencias de su aplicación respecto a las necesidades actuales de empleadores y trabajadores ecuatorianos. Para el cumplimiento del objeto investigativo se realizó un análisis comparativo de las figuras de la jubilación patronal y el fondo jubilar, para identificar los vacíos jurídicos preexistentes en estas propuestas e identificar si la aplicación del artículo 216 del Código de Trabajo ecuatoriano es una normativa generadora de inestabilidad laboral, directamente relacionada al incremento de despidos intempestivos de trabajadores próximos a adquirir este derecho. El análisis se realizó a través de un proceso deductivo, que empezó con la evolución histórica, análisis normativo y correlación de estas dos figuras, mediante la identificación de los elementos positivos y negativos con sus principales repercusiones en la relación laboral. Los resultados obtenidos permitieron establecer que elementos como: período de tiempo, inestabilidad laboral, prestación de servicios a un solo empleador, vacíos legales y retroceso de derechos se consideran elementos vitales para un análisis integral de la Jubilación Patronal, así como para la elaboración de una figura subyacente (Fondo Jubilar) que reemplace a la primera sin que genere repercusiones negativas a la estabilidad laboral o violente los derechos de los sujetos de la relación laboral.

Palabras clave: jubilación patronal, Fondo, inestabilidad laboral, despido intempestivo, anomias legales, realidad laboral

Abstract

The objective of this investigative process was the comparative analysis of the Figure of Employer Retirement, in order to identify if its elimination is progress or regression, in relation to the reasons for the creation of this figure and the consequences of its application regarding to the current needs of Ecuadorian workers and workers. For the fulfillment of the investigative object, a comparative analysis of the figures of the employer's retirement and the retirement fund was carried out, to identify the pre-existing legal gaps in these proposals and to identify if the application of article 216 of the Ecuadorian Labor Code is a regulation that generates labor instability, directly related to the increase in untimely dismissals of workers close to acquiring this right. The characterization was carried out through a deductive process, which began with the explanation of the origin, historical evolution, normative analysis and conclusion of these two figures, by identifying the positive and negative elements with their main repercussions on the employment relationship. The results obtained from the comparative analysis of these figures, allowed us to establish that elements such as: period, labor instability, provision of services to a single worker, legal loopholes and recovery of rights are considered vital elements for a comprehensive analysis of Retirement. Employer, as well as for the elaboration of an underlying figure (Retirement Fund) that replaces the first one without generating negative repercussions for job stability or violating the rights of the subjects of the employment relationship.

Keywords: Employer Retirement, Retirement Fund, job insecurity, untimely dismissal, legal anomia's, labor reality,

Índice

Abstract.....	3
Índice.....	4
Introducción	8
CAPÍTULO I:	10
La jubilación patronal.....	10
1.1.- Estado del Arte y Marco Teórico	10
1.1.2.- Definición del término Jubilación:	11
1.1.2. Definición del término patronal	12
1.2. Origen de la jubilación patronal en la legislación ecuatoriana	14
1.3. Finalidad de la jubilación patronal.....	15
1.4. Evolución histórica de la jubilación patronal	15
CAPÍTULO II:	20
Marco normativo ecuatoriano respecto de la Jubilación patronal	20
2.1. Análisis del Art.216 Código de Trabajo Ecuatoriano: Jubilación a cargo de empleadores.....	20
2.2.1. Primera regla	20
□ Por el fondo de reserva al que tenga derecho el trabajador	21
□ Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.....	22
2.2.2. Segunda Regla.....	22
2.2.3. Tercera Regla.....	24
2.2.4. Cuarta Regla	25
CAPÍTULO III:	27
Análisis comparativo de la figura de la jubilación patronal y la Propuesta de Crear un fondo jubilar.....	27
3.1. Análisis a la creación de un Fondo de Reserva como instrumento que reemplace a la jubilación patronal	29
3.2 Análisis comparativo de los factores positivos de la figura de la jubilación patronal y el fondo de reserva-fondo jubilar.	30

a) Jubilación Patronal.....	30
Crédito Privilegiado:.....	30
Objeto:.....	31
b) Fondo de reserva.....	31
Los factores positivos que caracterizan al Fondo Jubilar son los siguientes:.....	31
Crédito Privilegiado:.....	31
Pago Mensual:	32
Período:.....	32
No es relevante la prestación de servicios para un solo empleador:	33
3.3 Análisis comparativo de los factores negativos de la figura de la jubilación patronal y el fondo de reserva-fondo jubilar.	33
3.4 Construcción de una reforma a la Jubilación Patronal.....	38
Conclusiones	41
Recomendaciones	42
Referencias Bibliográficas	43

Dedicatoria

Dedico este trabajo principalmente a Dios y a Mamá (Amaldita), gracias a Dios me levanto cada día con su bendición y es mi fortaleza día a día; gracias al esfuerzo, dedicación y apoyo incondicional de mi madre hoy puedo cumplir una mis metas, porque siempre es ella quien a pesar de todo está para brindarme un consejo sabio, un abrazo lleno de amor y fortaleza, gracias por todo el esfuerzo que haces por vernos triunfar en la vida a mis hermanos y a mí.

A mis hermanos Dani y Josu, no sé qué sería de mi vida sin ustedes, gracias infinitas por ser uno de los pilares fundamentales en mi vida, por siempre escucharme, apoyarme y sobre todo alegrarme cada día.

A la pequeña de mi vida Totela, gracias por ser esa luz en nuestra vida, no sabes cómo alegras mis días cuando me vez y me dices Samantha Loca.

A mi familia de 10/2, a quienes Dios puso en nuestras vidas y desde entonces construimos un equipo que siempre se apoya y avanza cada día paso a paso.

Agradecimiento

Agradezco infinitamente a todos quienes conforman mi motor de vida, mi familia, gracias por su amor, atención, apoyo incondicional y sobre todo por aquellos almuerzos familiares en los que nadie se salva, pero el mundo deja de existir y somos felices juntos.

Dra. Lourdes Álvarez, gracias por su dirección en este trabajo, por la paciencia y dedicación que ha dado en cada revisión, por su apoyo, así como también por compartir con sus alumnos día a día sus conocimientos en las aulas de clase.

A mis amigos de carrera, Pame, Dani, Pris, Eli, Matt y a todos quienes desde el primer día de clase se convirtieron en una pieza clave de esta vida universitaria, gracias por su apoyo durante estos años.

Finalmente, gracias Universidad de Cuenca, especialmente a los docentes que conforman la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales, y al Consultorio Jurídico Gratuito Gerardo Cordero y León, gracias por compartir sus conocimientos con sus estudiantes, por su dedicación, exigencia y sabiduría tanto en el ámbito académico, profesional y personal.

Introducción

El derecho a la jubilación patronal nació en 1937 por parte de los empleados privados en medio de una lucha social obrera, que buscaba estabilidad laboral y que conjuntamente el estado como el particular, en este caso el empleador, garantice una vida digna al trabajador luego de un largo período de trabajo, sin embargo, al ser este un derecho para el trabajador y convertirse en una obligación para el empleador empieza a ser más notoria la existencia de desventajas hacia los trabajadores, debido que empleadores al ser perjudicados económicamente optan por terminar la relación laboral antes del tiempo requerido por la ley para que el trabajador adquiera el derecho de recibir una jubilación patronal. Esta problemática que ha ganado protagonismo por su vital importancia para el proyecto de vida de los trabajadores nos condujo a plantear como título ¿Eliminación de la jubilación patronal, avance o retroceso?

El Código de Trabajo Ecuatoriano en su Art.216 regula la Jubilación a cargo del empleador, derecho que adquiere el trabajador una vez que ha cumplido veinte y cinco años de servicio para un solo empleador de manera continua, la finalidad que tuvo la creación de esta figura resulta ser sustancial dentro del presente trabajo de investigación, debido a que la realidad laboral actual que vive el país se contrapone con este fin.

La vulneración del principio de continuidad del Derecho Laboral se ha visto vulnerado, esto en consecuencia del aumento de despidos intempestivos realizados a aquellos trabajadores que están contiguos a adquirir el derecho de percibir una pensión jubilar por concepto de Jubilación Patronal, lo que ha generado inestabilidad laboral.

Esta realidad sociolaboral ha sido motivo suficiente para que la Función Ejecutiva pretenda eliminar la Figura Jurídica de la Jubilación Patronal, y en su lugar genere una propuesta normativa nombrada Ley Orgánica de Creación de Oportunidades, Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal, cuyo capítulo XI establece un Fondo de Reserva o Jubilar, con el que se pretende reemplazar a la misma. Por lo que se planteó como objetivo general, “Analizar si la figura jurídica de la Jubilación Patronal en el Ecuador beneficia o perjudica a la estabilidad laboral de los trabajadores con el objetivo de plantear una posible eliminación o reforma del artículo 216 del Código de Trabajo que contenga una normativa que cumpla con el objetivo inicial y restituya los derechos a los trabajadores” mismo que tomo como pregunta de investigación ¿En base a qué parámetros se pueden establecer los requisitos que debe cumplir una posible propuesta de reforma o eliminación de la Jubilación Patronal en el Ecuador?

Al analizar el problema de investigación se identificó que esta figura jurídica al no ser beneficiaria para los empleadores, estos han adoptado medidas poco convenientes para los

trabajadores como despedirlos antes de que se cumplan estos años de servicio, evitando de esta manera el pago correspondiente a la Jubilación Patronal, generando inestabilidad laboral a los trabajadores. Entonces, si la jubilación patronal se creó con el objetivo de proteger al trabajador después de su largo período de trabajo, en la práctica resulta todo lo contrario, los trabajadores son despedidos a una edad próxima a la tercera edad, por lo que en nuestra sociedad es casi imposible poder conseguir otro trabajo, y esta figura en vez de crear una estabilidad al trabajador después del tiempo de servicio prestado genera inestabilidad laboral lo que no le permite acceder a ninguna de las dos jubilaciones a las que tiene derecho por ley.

Ante la evidente falta de estudio, pronunciamiento por el legislativo y análisis respecto a los beneficios o consecuencias para empleadores y trabajadores sobre la aplicación de la jubilación patronal, es necesario realizar el presente estudio, con la finalidad de proponer una normativa clara y completa que permita al órgano de control competente dentro del ámbito de sus funciones realizar un seguimiento apropiado que evite arbitrariedades y únicamente genere un ambiente de protección y estabilidad al trabajador y no sea un perjuicio económico para la economía de los empleadores, en los casos en que el trabajador haya sido despedido poco tiempo antes de tener derecho a una jubilación patronal.

CAPÍTULO I:

La jubilación patronal

1.1.- Estado del Arte y Marco Teórico

El presente trabajo de titulación tiene como base investigativa la recopilación de fuentes bibliográficas tales como: artículos científicos, revistas jurídicas, tesis de pregrado y libros virtuales, mismos que han sido debidamente obtenidos de buscadores de acceso abierto tales como Redalyc, Scielo, Dialnet y Google Académico.

La jubilación patronal como concepto de estudio jurídico se temía ya a la época monárquicamente francesa, posterior a la muerte de Luis XIV. Desde entonces cuando los monarcas establecieron que las pensiones acordadas por el rey no deben extinguirse después de la muerte de los beneficiarios (Mosquera Herrera, 2002), dicha disposición ha sido adoptada por el Estado Ecuatoriano en el Art. 216 del Código de Trabajo (2005), cuyo texto normativo establece que la pensión por concepto de jubilación patronal deberá ser pagada por el empleador hasta un año posterior a la muerte del trabajador. La jubilación patronal se materializa dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el Código de Trabajo en 1938 (Pazmiño 2020, Enríquez 2015 y Moyano 2022), su finalidad radica en sostener la vejez del trabajador que ha entregado sus energías juveniles a uno o más empleadores que han aprovechado de esas energías (Pazmiño, 2020).

Las investigaciones mencionadas que mantienen relación con el presente trabajo de titulación, guardan relación en cuanto a la generalidad de la Jubilación Patronal, que comprende el desarrollo de su origen y finalidad, sin embargo, en el presente trabajo se realiza un análisis respecto a si es pertinente la eliminación de esta figura o si es procedente su reforma, generando además una comparación analítica con la figura de la Pensión Jubilar que se ha intentado aprobar y promulgar en la legislación ecuatoriana, misma que pretende sustituir a la Jubilación Patronal, (Propuesta de Ley Orgánica de Creación de Oportunidades, Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal, 2021)

De acuerdo con la doctrina española, existen tres tipos de pensiones: las contributivas, las no contributivas y las de clases pasivas. Teniendo en consideración que la que mantiene una relación importante con la legislación ecuatoriana, es la pensión contributiva, la cual consiste en aquellas prestaciones económicas sujetas a la existencia previa de una relación jurídica con la Seguridad Social para lo cual se debe cumplir con los requisitos establecidos por la ley (Sánchez, 2017) dicha pensión jubilar se relaciona directamente con la Jubilación que obtienen los trabajadores ecuatorianos de acuerdo con las aportaciones realizadas en el

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), sin embargo, no presenta una clasificación que se adapte a la Jubilación Patronal.

En América Latina existen tres tipos de sistemas pensionarios de jubilación: 1.- Sistema Único; 2.- Sistema Mixto Integrado; y, 3.- Sistema Mixto en Competencia. Ecuador en su ordenamiento jurídico, maneja el sistema de pensión jubilar mixto integrado (Jubilación Social a cargo del Estado y Jubilación Patronal a cargo del empleador). Este Sistema Jubilar Mixto, coexiste con el régimen de capitalización individual y el de reparto. La cotización como porcentaje de la remuneración del trabajador se distribuye entre ambos regímenes (Gómez, 2006). De esta manera los aportes privados soportan los tributos mientras que los aportes públicos otorgados a los pensionados por el Estado cada día debilitan el sistema económico (Muñoz K y Jurado D, 2021). Por esta razón, el desarrollo de este trabajo se basa en el Sistema Mixto Integrado.

1.1.1.- Definición de la jubilación patronal

Para definir a la figura de la jubilación patronal y tener un mejor entendimiento de su visión, hay que partir de la definición de cada uno de los términos que dan sentido a la misma, por ello, se establecerán tres diferentes definiciones existentes de cada término para analizarlos y finalmente obtener un concepto de jubilación patronal.

1.1.2.- Definición del término Jubilación:

- a. La Real Academia Española (RAE) define al término jubilación como *“Retiro de un empleo público o privado, una vez cumplidos ciertos requisitos de edad, tiempo de labor y aportes, con derecho a percibir una remuneración periódica”*. Esta definición es muy general y se enfoca en los requisitos que debe cumplir el trabajador, ya sea este público o privado para adquirir el derecho de la jubilación, cuyo beneficio se basa en percibir un ingreso periódicamente.
- b. (Alpízar Idalia, 2011) “La jubilación se refiere al retiro laboral de una persona y va acompañado de una pensión que es un derecho que la persona adquiere por haber laborado durante cierta cantidad de años y por haber cotizado en algún régimen de pensión vigente”
- c. La palabra jubilación proviene del latín iusbilatio-onis y significa acción y efecto de jubilar o jubilarse; eximir de servicio por razones de ancianidad o imposibilidad física

a la persona que desempeña o ha desempeñado algún cargo civil, señalándole pensión vitalicia o recompensa por los servicios prestados (Diccionario de Derecho Público. Emilio Fernández página 447. Editorial Astrea).

El Código de Trabajo Ecuatoriano no desarrolla una definición exacta de jubilación, debido a que el Art.216 del Código de Trabajo Ecuatoriano únicamente establece los parámetros, requisitos y forma de cálculo, de cómo el trabajador puede acceder a este derecho.

Desprendiéndose de las definiciones establecidas en párrafos anteriores, el término jubilación pretende eximir a una persona que continué prestando un servicio y esté acompañado de una pensión jubilar de carácter económico; cuyo requisito fundamental para adquirir este derecho en el caso de la jubilación patronal conforme la legislación ecuatoriana es haber laborado de manera constante, por veinte y cinco años o más para el mismo empleador.

1.1.2. Definición del término patronal

a. La Real Academia Española (RAE) define al término patronal como “Empresario o grupo de empresarios que toman las decisiones sobre contratación, prestación de servicios y despido de los trabajadores dependientes o subordinados a los mismos.”

b. Debido a que la palabra “patronal” nace del término patrono, es menester definir el mismo, Oscar Bejarano Coto, en su artículo publicado en 1968 titulado “El concepto de la empresa como patrono en derecho laboral. Apuntes en torno a un fallo de la Sala de Casación” menciona que el concepto de patrono, en materia de trabajo, es uno de los elementos jurídicos que configuran la relación de trabajo. Bejarano en su artículo copia de forma literal el Art.2 del Código de Trabajo de Costa Rica y lo define como “toda persona física o jurídica, particular o de derecho público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo”; en comparación con nuestra legislación de forma general en el Art.10 del Código de Trabajo establece el concepto de empleador que es, “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 empleador o empresario”, así mismo la Ley de Seguridad Social en su Art.9 literal d) define al administrador o patrono de un negocio a toda persona que emplea a otros para que ejecuten una obra o presten un servicio, por cuenta suya o de un tercero.

c. Según Cabanellas: patrono es "la persona que dirige un negocio agrícola, comercial o industrial, que corre con los riesgos y aprovecha los beneficios, unas veces trabajando ella misma y con su propio capital, otras, con capital prestado del cual responde; en ocasiones se contenta con dirigir el negocio haciendo ejecutar todos los trabajos materiales por obreros a quienes paga, e incluso se limita a ejercer, en oportunidades, una vigilancia general y encomienda a empleados la dirección efectiva de la empresa"

El término patrono en Derecho Romano proviene del latín pater onus, que quiere decir "Carga del padre", dicho nombre se le era asignado a las personas que tenían algún tipo de obligación protectora con respecto a otra, este término se les atribuye a los artesanos que acogían a sus aprendices desde temprana edad y además de enseñarles el arte u oficio les brindaban alojamiento y alimentación, es decir pasaban a hacer las veces de padres de sus subalternos.

De las definiciones establecidas en párrafos anteriores obtenemos lo siguiente: El patrono puede ser una o varias personas naturales o jurídicas, que dirige cualquier tipo de negocio, emplean los servicios de otras personas conocidas como trabajadores mediante cualquier tipo de contrato y forma de perfeccionarlo, creando de esta manera una relación de dependencia y subordinación laboral.

En base a las definiciones establecidas en párrafos anteriores, es oportuno determinar que la Jubilación Patronal es un derecho del trabajador, producto de un retiro laboral privado debido a que ha prestado sus servicios lícitos y personales durante un periodo determinado por una autoridad o institución competente, consecuentemente el trabajador recibirá mensualmente una pensión jubilar que será calculada en base a coeficientes determinados en parámetros como edad, género, etc., cuya pensión deberá ser solventada por el empleador, persona a quien se ha prestado el servicio.

La jubilación patronal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha convertido en un derecho, la Corte Constitucional en su sentencia No. 013-14-SEP-CC, abarca bases sólidas al mencionar que el derecho a la jubilación se basa en la aplicación de dos principios fundamentales, el principio pro homine y el principio en dubio pro operario, este derecho según la Corte "consiste en la entrega de una pensión en dinero mensual a aquellas personas que hayan alcanzado una determinada edad o se hayan jubilado por otras causas" en base a estas consideraciones, la jubilación patronal es un derecho adquirido para quienes han cumplido con requisitos esenciales como haber laborado cierto período; sin embargo, a

diferencia de la jubilación otorgada por el IESS ésta será cancelada periódicamente por el empleador o patrono.

1.2. Origen de la jubilación patronal en la legislación ecuatoriana.

La figura de la jubilación patronal se desprende de las luchas sociales que se desarrollaron a inicios del siglo XX, debido a que en aquella época únicamente los militares y policías eran quienes gozaban de beneficios de protección social cubiertos por el Estado, ya sean por invalidez, vejez o muerte.

El primer acercamiento histórico que sirvió como precedente para la creación de la jubilación patronal, fue la iniciativa que tuvieron los docentes de educación básica en 1920 de plantear la propuesta para generar un sistema o fondo de recaudación, mismo que fuese destinado al pago de su jubilación, que consistía en retener mensualmente y de manera obligatoria el 5% de su sueldo, propuesta aprobada en 1923 y publicada en el Registro Oficial No.905 del mismo año.

En Ecuador se adopta el primer modelo de seguros sociales, con la Caja de Pensiones, esto ocurrió en 1928 con la denominada Caja de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militares, Ahorro y Cooperativa que debía atender el pago de: la pensión jubilar a empleados públicos, fondo de montepío civil, pensiones de retiro y montepío para militares; a su vez tenía que mantener el ahorro de contribuyentes, cuotas para mortuoria y se encontraba facultada para realizar préstamos.

Posterior a ello, en 1935 se expide la “Ley de Seguro Social Obligatorio” con el cual se crea al Instituto Nacional de Previsión, mismo que en su momento fue considerado como el órgano superior del Seguro Social, hecho que Núñez (1993) considera como el hito más importante dentro de la historia del Seguro Social Ecuatoriano. En 1937 se da una reforma a la Ley de Seguro Social Obligatorio y se crea la Caja de Seguro de Empleados Privados y Obreros. A través de este sistema de Seguro Social, se crea para los trabajadores afiliados la prestación de jubilación, que de acuerdo a lo establecido en el Art.185 de la Ley de Seguro Social, consiste en acreditar el derecho vitalicio a jubilación ordinaria por vejez cuando el afiliado cumpla con los siguientes requisitos: haber cumplido sesenta años de edad, tener un mínimo de trescientos sesenta imposiciones mensuales o un mínimo de cuatrocientos ochenta imposiciones mensuales sin límite de edad, (Asamblea Nacional [AN], 2001, p. 54)

Los trabajadores que participaron en la construcción del ferrocarril entre los años de 1895 y 1930 son la razón por la que se creó la figura de la jubilación patronal, esto debido a que al finalizar la obra luego de varios años de servicio se dieron cuenta que no iban a tener un fondo o seguridad social para su vejez, lo cual generó una gran preocupación debido a que si bien es cierto la Seguridad Social nace en 1928 con la Caja de Jubilaciones y Montepío

Civil, Retiro y Montepío Militares, Ahorro y Cooperativa sin embargo la jubilación aplicaba únicamente para trabajadores del sector público, recién en 1937 se reconoce la jubilación para trabajadores del sector privado, lo que conllevó a varios movimientos sociales y como resultado de los mismos finalmente en el año 1938 la figura de la jubilación patronal, considerada como innovadora debido a que pasamos a convertirnos en el único país en Latinoamérica que tendría dos tipos de jubilación, esta figura “pro operario” llegó a materializarse en el Código de Trabajo Ecuatoriano en 1938.

1.3. Finalidad de la jubilación patronal

Debido a que este derecho nace de la preocupación y la necesidad en la que se veían los obreros del ferrocarril al ver que la Seguridad Social fue creada cuando ellos culminaron su trabajo después de varios años de servicio y conforme a lo establecido en el Art.7 del Código Civil ecuatoriano que establece que la ley no dispone sino para lo venidero, es decir aquellos trabajadores no tenían derecho a dicha seguridad, por ello como resultado de varias luchas sociales, en 1938 la Jubilación Patronal se integra al Código de Trabajo, cuya finalidad fue sostener la vejez del trabajador con una pensión periódica cubierta por el empleador que le permita al jubilado satisfacer sus necesidades, esta pensión se debe a los trabajadores que han entregado sus energías juveniles en cada una de sus jornadas laborales al mismo más empleador, que se fue beneficiado económicamente por el producto de la labor y dedicación de sus trabajadores durante sus años de servicio.

Consecuentemente, a partir de una finalidad y al materializarse la jubilación patronal en el ordenamiento jurídico, nace la obligatoriedad, misma que es tratada por Jorge Mosquera en su tesis titulada como “La jubilación a cargo del empleador en el Ecuador” y detalla sobre la obligatoriedad lo siguiente:

“La obligatoriedad de la jubilación patronal nace del Código del Trabajo con una contraprestación al esfuerzo físico e intelectual desplegado día a día por los trabajadores, obvio es menester que quien ha entregado los mejores años de su vida y su esfuerzo físico e intelectual, debe ser atendido en su vejez, con una pensión que le permita satisfacer por lo menos sus necesidades básicas con una pensión jubilar.” (Mosquera Herrera, 2002) cuya redacción respalda con lo que anterioridad se determinó la finalidad de la jubilación patronal.

1.4. Evolución histórica de la jubilación patronal

Fue en 1938 cuando el Código de Trabajo Ecuatoriano se publicó en el Registro Oficial, en el mandato del gobierno del General Alberto Enríquez Gallo, el cual entró en vigencia desde el

5 de agosto de 1938. La jubilación patronal se encontraba inmersa en el código antes mencionado en el Art. 136 y en la actualidad se encuentra establecido en el Art.216, con el siguiente contenido:

“Art. 136.- Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieran prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus patronos, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La renta se determinará siguiendo las mismas normas fijadas por la Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad; considerándose como “Haber Individual de la Jubilación” el formado por las siguientes partidas:
 - a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador;
 - b) Por una suma equivalente al 5% del promedio del salario anual, percibido en los cinco últimos años, multiplicado por los años de servicios;
 - c) Por una suma equivalente al valor de una mensualidad del sueldo o salario por cada año de servicio, computado de conformidad a los dos artículos anteriores.
2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación podrá ser mayor que el sueldo o salario medio del último año; ni de \$800,00 mensuales cuando dicho sueldo o salario exceda de esta cantidad.
3. El trabajador jubilado podrá pedir que el patrono le garantice eficazmente el pago de la pensión, o, en su defecto, deposite en la Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros, el capital necesario para que ésta le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al patrono.
4. Las reglas anteriores se refieren a los trabajadores que no llegaren a ser afiliados de la Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros hasta el momento de obtener su jubilación; en cuanto a los trabajadores que se hallaren afiliados cuando soliciten la jubilación, se aplicarán las mismas reglas pero el patrono tendrá derecho a que del fondo de jubilación, formado de acuerdo con la regla 1º se le rebaje la suma total que hubiere depositado en la Caja en concepto de aporte patronal, por indemnizaciones al trabajador, o por fondo de reserva del mismo.” (Código del Trabajo, 1938)

En relación con el texto normativo actual respecto de la jubilación patronal, esta no ha tenido un cambio en cuanto a los requisitos y consecuencias esenciales de la naturaleza de la misma, sin embargo, posteriormente el artículo 216 del Código de Trabajo vigente será analizado para destacar ciertas variaciones que por cambios políticos y sociales en el Ecuador con el paso de los años han provocado que existan ciertas modificaciones o reformas a esta figura.

Inicialmente la jubilación patronal fue creada por el legislador como una alternativa a la jubilación brindada por el sistema de Seguro Social dentro del ámbito del derecho laboral que buscaba ser de carácter transitorio, es decir, el legislador no tenía la intención de que dicha figura sea permanente dentro del Código de Trabajo, esto, debido a que en aquel contexto lo que se pretendía era generar una normativa que sea justa y equitativa para aquellos trabajadores, especialmente aquellos que mantuvieron una vida laboral prestando sus servicios lícitos y personales en la construcción del ferrocarril, y que no podían ampararse en el recientemente creado régimen de Seguridad Social (1928 hoy conocido como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-IESS), por cuanto habían trabajadores que no cumplían con los requisitos previstos para adquirir el derecho a la jubilación por parte del Seguro Social, sin embargo, dicha figura permanece al ordenamiento jurídico hasta la actualidad.

Esta intención legislativa incluso se encuentra plasmada de forma específica dentro de los considerandos del Decreto Supremo No.96 de 1938, decreto que sirvió de antecedente para la expedición del Código de Trabajo, el considerando dice lo siguiente:

“Que por la creación de la Caja del Seguro , muchos de los que han sido por largo tiempo servidores de patronos nacionales o extranjeros, no alcanzarían a obtener los beneficios de la Jubilación, de acuerdo con la Ley y Estatutos que rigen la mencionada Institución; que los empleados y obreros que están en ese caso tienen derecho a ser jubilados por sus patronos, según nuestra legislación del trabajo lo reconoce; y que es preciso regular la obtención y goce de ese derecho...” (Decreto Supremo No. 96, 1938).

La intención del legislador al momento de crear esta figura puede extraerse de este texto, consiste en proteger a aquel trabajador, en especial a aquellos que trabajaron en la construcción del ferrocarril, quienes por varios años laboraron en una empresa de carácter privado y debido a que recién en 1937 se amplía el derecho de la jubilación a aquellos trabajadores pertenecientes al sector privado, estos trabajadores no podrían percibir una jubilación porque ya no alcanzarían a cumplir con el tiempo determinado para adquirir este derecho.

El 20 de enero de 1978 fue publicado el Decreto Supremo No.225 en el que se incrementaron las pensiones correspondientes a la jubilación patronal, para tal incremento se tomó en consideración el aumento del costo de vida, debido a que las pensiones anteriores al incremento no llegaban a satisfacer las necesidades básicas de los trabajadores en ese momento, de igual manera se tomó en consideración la obligación de los empleadores a pagar la pensión por la jubilación patronal a sus extrabajadores, de tal manera que se produjo un aumento progresivo de las pensiones a partir de un monto de ingreso específico.

El 19 de noviembre de 1979 la Cámara de Representantes expidió mediante ley publicada en el Registro Oficial No.68, lo que por primera vez se reconoce como una remuneración mínima vital a la pensión jubilar patronal.

Posterior a este evento se produjo un conflicto de derechos, por cuanto los trabajadores que cumplían con los requisitos respectivos podría acceder a las dos jubilaciones, tanto la jubilación del Seguro Social y la jubilación Patronal; con el tiempo empezaron a existir inconvenientes en los juzgados por cuanto al resolver sobre una de las dos jubilaciones a las que tienen derecho los trabajadores la otra se veía afectada, de tal forma que existían contradicciones en las sentencias de los juzgadores por no existir una regulación clara sobre esta anomia legal, incluso a nivel de Corte Suprema de Justicia que contaba con dos salas de lo laboral con criterios opuestos.

La tesis de que existían dos jubilaciones, esto era y sigue siendo perjudicial para los empleadores, se basaba en dos fundamentos esenciales, el primero en que el empleador se veía perjudicado por cuanto cumplía con su obligación de realizar periódicamente los aportes patronales de la Seguridad Social actualmente el IESS, adicionalmente tiene que cumplir con el pago de la jubilación patronal, esto provocó un gran conflicto por cuanto la carga económica para el empleador sigue siendo notoria.

Este conflicto fue solventado mediante resolución por la Corte Suprema de Justicia en enero de 1983 y establece que: “Los trabajadores tienen derecho a la jubilación patronal, reglada en el párrafo 3º del Capítulo XI del Título I del Código del Trabajo, sin perjuicio de la que les corresponda según la Ley del Seguro Social Obligatorio” (Corte Suprema de Justicia, 1983)

A pesar de que no existe una motivación suficiente que justifique dicha resolución de la corte, en noviembre de 1982 se publicó la Ley No. 108 en el Registro Oficial No.363, en la cual se establecía que bajo ningún motivo los empleadores podrían cubrir la pensión jubilar de sus trabajadores con una cuantía menor al cincuenta por ciento de un salario mínimo vital, así dicho trabajador en ese momento se encuentre gozando de una doble jubilación.

En 1991 se publicó la Ley Reformatoria al Código de Trabajo No.133, en el Registro Oficial Suplemento No.817, esta ley permitió un gran avance que provocó reformas trascendentales en la historia de la jubilación patronal, por ejemplo:

Esta ley se adaptó a la realidad social que vivían los trabajadores próximos a adquirir el derecho de la jubilación patronal, mismos que antes de cumplir con sus veinte y cinco años de servicio eran despedidos por sus empleadores sin causa justa, esto debido a que una “doble jubilación” comenzó a ser un perjuicio económico para los empleadores; es por ello que ante la crisis laboral que se vivía, en la reforma del Código de Trabajo empezó a regular el despido intempestivo y su relación con la jubilación patronal, es así como se reconoce al trabajador que ha laborado por más de veinte años para el mismo empleador y ha sido despedido intempestivamente, éste tendría derecho a que se le pague el monto proporcional a los años de servicio que le correspondían por causa de la jubilación patronal.

Otro de los cambios fundamentales que se generaron gracias a esta Ley Reformatoria se encuentra en la reforma al texto normativo del Art.136 numeral 2 del Código de Trabajo de 1938, que estableció un límite para el monto mínimo a cancelarse por concepto de jubilación patronal, dicho texto establece lo siguiente:

“En ningún caso la pensión mensual de jubilación será mayor que el sueldo o salario medio del último año, ni inferior a un sueldo o salario mínimo vital general, si solamente tiene derecho a la jubilación a cargo del empleador, o al cincuenta por ciento de dicho sueldo o salario mínimo vital si es beneficiario de doble jubilación” (Ley No 133 - Ley Reformatoria al Código del Trabajo, 1991)

Debido a la crisis económica que atravesaba nuestro país por causa de la dolarización, la pensión mensual de la jubilación patronal se vio afectada tanto para empleadores como para trabajadores, es por lo que en marzo del 2000 se publica la Ley para la Transformación Económica del Ecuador y en ella se establece que se reforme el Art.93 del Código de Trabajo y se reemplace por el siguiente texto:

Art. 133.- Salario mínimo vital general.- Mantiénese, exclusivamente para fines referenciales, el salario mínimo vital general de cuatro dólares de los Estados Unidos de América (US\$4.00), el que se aplica para el cálculo y determinación de sueldos y salarios indexados de los trabajadores públicos y privados mediante leyes especiales y convenios individuales colectivos; sanciones o multas; impuestos y tasas; cálculo de la jubilación patronal; o, para la aplicación de cualquier disposición legal o reglamentaria en la que se haga referencia a este tipo de salario” (Ley para la Transformación Económica del Ecuador (Trole I), 2000)

Dicho salario mínimo vital, el mismo año fue declarado inconstitucional por medio de la Resolución emitida por el Tribunal Constitucional No. 193.

Posterior a ello, el 2 de julio de 2001 el Congreso Nacional expide una Ley en el Registro Oficial Suplemento No. 359 que plantea la reforma del Art.219 del Código de Trabajo, cuyo texto se mantiene vigente hasta la actualidad y establece lo siguiente:

“2da. En ningún caso la pensión mensual de la jubilación patronal será mayor que el salario básico unificado medio del último año ni inferior a treinta dólares americanos (30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares americanos (20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.” (Ley que Reforma el Artículo 219 del Código del Trabajo, 2001).

Finalmente, en el año 2021, el presidente de la República del Ecuador Guillermo Lasso envió a la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley de Urgencia en Materia Económica titulada “Ley Orgánica de Creación de Oportunidades, Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal” en dicho proyecto en el Capítulo XI. titulado “Fondo de Reserva” correspondientes a los artículos 78, 79 y 80 lo que se pretende es la propuesta de eliminación de la jubilación patronal y

sustituirla por un fondo de reserva, texto normativo que fue analizado con posterioridad, aunque actualmente fue archivado por la asamblea, se mantiene en la agenda del ejecutivo.

CAPÍTULO II:

Marco normativo ecuatoriano respecto de la Jubilación patronal

2.1. Análisis del Art.216 Código de Trabajo Ecuatoriano: Jubilación a cargo de empleadores

La jubilación patronal se encuentra regulada en el Código de Trabajo vigente en los Arts. 216, 217 y 218, sin embargo, para este estudio se considera únicamente el Art.216 que en su párrafo primero establece lo siguiente:

“Jubilación a cargo de empleadores. - Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas” (Código de Trabajo, 2005.)

Del texto normativo que antecede se determina que existen dos requisitos fundamentales que deben ser cumplidos para que el trabajador pueda ejercer el derecho a la jubilación patronal: en primer lugar, el trabajador deberá haber prestado sus servicios lícitos y personales por veinticinco años o más para el mismo empleador y en segundo lugar dicha prestación de servicios debe tener el carácter de ser continuo, una vez han sido establecidos los requisitos, se analizan las siguientes reglas:

2.2.1. Primera regla

El Art.216 numeral 1 del Código de Trabajo tiene el siguiente texto normativo: “1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.

Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:

- a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y,
- b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.” (Código de Trabajo, 2005).

De esta primera regla se desprende que en caso de que el trabajador haya estado afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se deducirá del haber individual de jubilación los

valores que el empleador hubiese depositado en el IESS por concepto de aportes patronales o los fondos de reserva siempre que estos últimos hayan sido considerados para el cálculo del haber individual. (ConLab, 2021, p. 1). En cuanto al haber individual de la jubilación se encuentra conformado por la suma de los literales a y b, por lo que se analiza a que corresponde cada uno:

- **Por el fondo de reserva al que tenga derecho el trabajador**

El derecho al fondo de reserva se materializó en el Código de Trabajo en 1938, cuya finalidad fue crear un respaldo económico de forma obligatoria para que pueda ser usada por el trabajador en cualquier momento de emergencia personal. “El derecho al fondo de reserva es un derecho laboral que debe ser satisfecho por el empleador una vez que el trabajador ha cumplido un año desde que se inició la prestación de sus servicios lícitos y personales a favor de su patrono, dichos fondos de reserva pueden ser considerados como el trabajo capitalizado que se va acumulando a través de los años a favor del trabajador.” (Enríquez, 2015, p.30). Este enunciado de la autora se respalda en el Art.196 del Código de Trabajo, titulado “Derecho al fondo de reserva”, adicional a lo que menciona Enríquez, el referido artículo establece que el trabajador no podrá perder por ningún motivo este derecho, cuya cantidad deberá ser determinada en base a lo establecido en el Art.95 del Código de Trabajo. El fondo de reserva también se encuentra determinado en la Ley de Seguridad Social, en el que se establece que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) es la institución estatal facultada para recaudar el fondo de reserva de los trabajadores públicos y privados, así como de los obreros que estén afiliados al Seguro General Obligatorio. Estos valores serán transferidos por el IESS a una cuenta de ahorro obligatorio perteneciente al afiliado, misma que será administrada por la empresa adjudicataria administradora de fondos previa elección del afiliado.

La Ley para el Pago Mensual de Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado establece que el trabajador puede por libre elección solicitar por escrito que el fondo de reserva que le pertenece sea depositado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, estos valores serán registrados en la cuenta perteneciente al afiliado para su posterior devolución, este cuerpo normativo prevé cinco casos en los que el trabajador podrá solicitar que su fondo de reserva sea devuelto hasta el cien por ciento de su monto incluidos sus intereses, estos casos son los siguientes: el afiliado cuente con treinta y seis o más aportaciones acumuladas mensualmente y estas se encuentren registradas en el Sistema de Historia Laboral; el afiliado haya cumplido con la edad mínima para jubilarse requerida por la Ley de Seguridad Social sin que el tiempo de imposiciones tenga relevancia alguna; el afiliado demuestre encontrarse cesante de sus labores por dos meses o más mediante su último

aviso de salida, no se considerará el tiempo de imposiciones; cuando el empleado afiliado haya fallecido; el afiliado haya acreditado tener derecho para las prestaciones de invalidez o vejez.

- **Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.**

En cuanto a este numeral, su análisis no va más allá de la forma en la que debe hacerse el cálculo del valor que le corresponde al trabajador por concepto de jubilación a cargo del empleador, por esta razón únicamente es importante hacer referencia que la Asamblea Nacional (2005) establece que la pensión para la jubilación patronal de los trabajadores deberá ser determinada siguiendo las normas fijadas por el IESS respecto de los coeficientes, tiempo de servicio y edad de las normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938 (p. 61).

Esto puede generar una gran confusión al momento de la interpretación de la norma o peor aún al aplicarla, por cuanto, el legislador menciona que es necesario remitirse a la normativa expedida en 1938, sin embargo no se ha tomado en consideración que conforme han pasado los años se han realizado varias reformas al mismo, incluso se sigue haciendo referencia que en cuanto a los coeficientes deberemos remitirnos a esta normativa, pero esto es erróneo por lo que genera una antinomia legal, es decir, existe una contradicción normativa, puesto que el Art.218 establece una tabla de coeficientes a la que se deberá remitir para el cálculo de la pensión. Es importante hacer mención que el Ministerio de Trabajo mediante Acuerdo Ministerial reguló la forma en la que debe hacerse el cálculo de la pensión jubilar, que también ha sido objeto de pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia a través de su Sala de la Laboral.

2.2.2. Segunda Regla

La segunda regla del Art. 216 numeral 2 del Código de Trabajo, establece los montos máximos y mínimos que el empleador puede pagar por concepto de pensión de la jubilación patronal, determinando que por ningún motivo el monto jubilar puede ser mayor que el monto de la remuneración básica unificada del último año de servicio prestado por el trabajador, esto en cuanto al monto máximo; respecto al monto mínimo, el trabajador que no que tenga derecho únicamente a la jubilación patronal la pensión jubilar no podrá ser inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América y en el caso de que el trabajador sea beneficiario

de una doble jubilación, en este caso la jubilación patronal y la jubilación del Seguro Social, el monto de la pensión jubilar patronal no puede ser inferior a veinte dólares de los Estados Unidos de América.

Esta disposición se exceptúa a los municipios y consejos provinciales pertenecientes al Ecuador por lo que estas instituciones regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes a la jubilación patronal que les corresponda, sin embargo, la normativa establece el mismo monto mínimo a cancelar respecto de la pensión jubilar de estas instituciones. (Código de Trabajo, 2005).

En esta regla se presenta un error al momento de establecer los montos mínimos y máximos a pagarse por concepto de pensión jubilar, esto debido a que cuando se creó dicha normativa en ese contexto, el salario mínimo era incluso inferior a la mitad del salario básico unificado actual, lo que como consecuencia genera un perjuicio en el trabajador, respecto a su cuantía a percibir por su pensión jubilar. Si se toma en cuenta el valor correspondiente al valor de la canasta básica del Ecuador en diciembre de 2022, esto corresponde a 763 (USD) por lo que, si consideramos la posibilidad de a un trabajador le corresponda mensualmente una pensión jubilar de 30 (USD) resulta ser un perjuicio para el cumplimiento de la finalidad de esta figura, debido a que este monto mínimo no solventa las necesidades básicas de un jubilado.

Enríquez, (2015), considera bajo su criterio que cuando se refiere a la remuneración básica media del último año, debería ser obtenida en base al promedio de la remuneración básica vigente durante los últimos doce meses, contados desde la fecha de salida del trabajador hacia atrás. (p. 36).

Debido a los conflictos de interpretación presentados en esta regla, la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 07-2021 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 502 el 26 de junio de 2021, dispone declarar como jurisprudencia obligatoria el criterio jurídico emitido por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, de la jurisprudencia desarrollada en las siguientes sentencias: Resolución No. 0054-2021, Resolución No. 0093-2021 y Resolución No. 0101-2021; de esta manera en su Art.2 declara como jurisprudencia vinculante el siguiente texto:

“El artículo 216.2 del Código del Trabajo debe entenderse así: que la pensión jubilar patronal no será mayor que la remuneración básica unificada media del trabajador. Para este cálculo se debe considerar la remuneración mensual promedio del último año (sumado lo ganado en el año y dividido para doce) percibido por el trabajador y no el salario básico unificado del trabajador en general, vigente al momento de la terminación de la relación laboral” (Corte Nacional de Justicia, 2021).

2.2.3. Tercera Regla

El Art.216 del Código de Trabajo numeral 3 tiene el siguiente texto normativo:

“3. El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario o remuneración básicos mínima unificada sectorial que correspondiere al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio. El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador; y,” (Código de Trabajo, 2005).

Debido a las reformas y modificaciones que ha tenido esta regla, de acuerdo con lo mencionado por Ximena Moreno (2013) el trabajador tiene varias formas de exigir el cobro de la jubilación patronal, entre ellas se encuentran las siguientes:

- a) El trabajador podría pedir que el empleador le garantice de manera eficaz el pago de la pensión respaldándole con algún mecanismo adecuado.
 - b) El trabajador podría solicitar que deposite en el IESS el capital necesario, para que este organismo lo jubile por su cuenta.
 - c) El trabajador podría solicitar que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, esto con la finalidad de que el mismo trabajador administre su capital por su propia cuenta. (p. 14).
- La primera modalidad consiste en el pago directo por parte del trabajador de la pensión mensual en beneficio del trabajador, este mecanismo de pago le permite mediante mutuo acuerdo al empleador y trabajador establecer una garantía mediante la cual en caso de que el empleador incumpla con su pago el acreedor adquiera un derecho para exigir el cobro de este. Por ejemplo, los sujetos de la relación laboral pueden acordar que mensualmente el empleador depositará en la cuenta personal del trabajador su pensión jubilar y como garantía de este pago se estipula la prohibición de enajenar un bien inmueble perteneciente al empleador; de igual manera dentro del mismo caso hipotético se podría establecerse que en caso de que el empleador

incumpla con un pago se le impondrá una multa, es decir, se establece una cláusula penal;

- La segunda modalidad establece que los sujetos de la relación laboral pueden acordar que el fondo de la pensión jubilar sea entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, institución que se encuentra obligada a facilitar esta modalidad de pago, sin embargo, esta modalidad en la práctica no es usada debido a que a pesar de que dicha institución tiene esta facultad, dentro de la Ley de Seguridad Social no existe una normativa que regule el modo en como deberá efectuarse este pago, por lo que no genera confianza al trabajador debido a que no conoce la forma en la que podrá percibir su pensión jubilar ni las garantías que tiene al momento de elegir esta modalidad de pago;
- La tercera modalidad que consiste en la entrega del fondo global por parte del empleador, es un acuerdo que debe constar en un acta a ser suscrita por el trabajador y empleador ante un Notario Público, Autoridad Competente Judicial o Autoridad Competente Administrativa, el monto mínimo que el trabajador puede percibir por concepto de fondo global debido a la jubilación patronal, corresponde al cincuenta por ciento del sueldo o salario mínimo sectorial unificado, mismo que hace referencia al puesto laboral que ocupaba el trabajador al momento de adquirir este derecho, dicho monto deberá ser multiplicado por los años de servicio que haya prestado dicho trabajador.

Del análisis de esta regla se debe tener en cuenta que para el trabajador resulta ser favorable el hecho de que el legislador no le imponga un modo el que éste puede cobrar su pensión jubilar, sino por el contrario, le permite elegir una de las modalidades de pago establecidas de acuerdo con sus necesidades.

2.2.4. Cuarta Regla

El Art.216 del Código de Trabajo numeral 4 tiene el siguiente texto normativo:

“4. En caso de liquidación o prelación de créditos, quienes estuvieren en goce de jubilación, tendrán derecho preferente sobre los bienes liquidados o concursados y sus créditos figurarán entre los privilegiados de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.

Las reglas 1, 2 y 3, se refieren a los trabajadores que no llegaren a ser afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hasta el momento de obtener su jubilación. A los trabajadores que se hallaren afiliados cuando soliciten la jubilación, se aplicarán las mismas reglas, pero el empleador tendrá derecho a que del fondo de jubilación formado de acuerdo

con la regla 1, se le rebaje la suma total que hubiere depositado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en concepto de aporte del empleador o por fondo de reserva de este.

En todo caso se tomarán en cuenta para la rebaja del haber individual de jubilación, los valores que por fondos de reserva hubiese legalmente depositado el empleador o entregado al trabajador.” (Código de Trabajo, 2005).

Este artículo hace referencia al crédito privilegiado al que tiene derecho el trabajador, el Código Civil en el título XXXIX regula sobre la prelación de créditos, establece que los créditos de primera, segunda y cuarta clase gozan de privilegio, en este caso el Art. 2374 clasifica los créditos de primera clase, entre ellos en el numeral quinto establece lo siguiente: “Todo lo que deba por ley el empleador al trabajador por razón del trabajo, que constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aún a los hipotecarios” (Código de Trabajo, 2005).

El crédito privilegiado de primera clase también se encuentra regulado en el Art.88 del Código de Trabajo y establece que: “Lo que el empleador adeude al trabajador por salarios, sueldos, indemnizaciones y pensiones jubilares, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.” (Código de Trabajo, 2005).

El pago de la pensión de la jubilación patronal es un derecho irrenunciable e inembargable, el legislador pretende con esta norma garantizar el cobro de la pensión jubilar al trabajador, evitando de esta forma la retención u embargo de su pensión aún sobre los créditos hipotecarios.

En la segunda parte de esta regla, el legislador como regla general establece que las reglas uno, dos y tres regulan a los trabajadores que no han sido afiliados al Seguro Social y así mismo a quienes si han sido afiliados al Seguro Social, con la excepción de que en el segundo caso el empleador tiene la facultad de descontar del haber individual de la suma total de los valores que el empleador depositó en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por el aporte mensual del empleador o por el fondo de reserva perteneciente al trabajador. El descuento al que hace referencia el legislador confunde al lector, por cuanto en un inicio menciona que el trabajador podrá a elección pedir que se produzca la rebaja del aporte del empleador o del fondo de reserva del trabajador, sin embargo, en el siguiente párrafo la norma establece que para la rebaja del haber individual se tomarán en cuenta los valores de los fondos de reserva depositados o entregados directamente al trabajador, esto podría llevar a un error cuantitativo en la rebaja al momento de interpretar la norma, lo que causaría un perjuicio económico para el trabajador.

Para terminar con el análisis de esta regla, es importante hacer mención que el Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-0099 emitido por el Ministerio de Trabajo y publicado en el Registro Oficial No.732 cambia la forma en la que debe hacerse el cálculo de la pensión jubilar cuando

el trabajador este afiliado al IESS, este acuerdo establece cómo debe hacerse el cálculo mensual y global por concepto de Jubilación Patronal.

El cálculo mensual corresponde a los valores del fondo de reserva del trabajador, los cuales se sumarán al valor equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los últimos cinco años que serán multiplicados por el número de años de servicio; de este resultado se le restarán los valores que el empleador pagó al trabajador o depositó en el IESS ya sea por el aporte del empleador o por el fondo de reserva, valor que se deberá dividir por el coeficiente de edad determinado en el Art.218 del Código de Trabajo, por último el resultado de esta operación se dividirá para doce y se obtendrá el valor mensual jubilar que deberá pagar el trabajador. Esta normativa también determina que se aplicará la misma fórmula para garantizar este derecho de forma proporcional, a aquellos trabajadores que han sido despedidos de forma intempestiva cuando han laborado menos de veinte y cinco años y más de veinte años

El fondo global se puede pagar cuando existe acuerdo entre las partes, mismo que debe ser calculado de la siguiente manera: el valor de la pensión mensual se multiplicará por doce, más el valor de correspondiente a una decimotercera remuneración, más el valor de una decimocuarta remuneración, dicho resultado deberá ser multiplicado por el coeficiente actualizado de renta vitalicia publicado en la página web del Ministerio del Trabajo.

CAPÍTULO III:

Análisis comparativo de la figura de la jubilación patronal y la Propuesta de Crear un fondo jubilar.

El 24 de septiembre de 2021, mediante Oficio No. T. 122-SGJ-21-0117 el presidente de la República del Ecuador Guillermo Lasso envió con carácter urgente a la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley con calificación de urgencia en materia Económica titulada “Proyecto de Ley Orgánica de Creación de Oportunidades, Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal”, cuyo objetivo dentro del ámbito del Derecho Laboral es promover la reactivación económica del Ecuador mediante el fomento de la formalidad laboral y la modernización del régimen laboral, este proyecto trata sobre propuestas de reforma a varios cuerpos normativos entre ellos el Código de Trabajo, Ley Orgánica de Movilidad Humana, Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y Uso y Gestión de Suelo, etc.

Para efectos de este estudio únicamente se tuvo en cuenta el contenido del Libro I del Proyecto de Ley Orgánica de Creación de Oportunidades, Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fisca, que trata sobre el Régimen Laboral Alternativo para la Creación de

Oportunidades Laborales, capítulo XI titulado “Fondo de Reserva” correspondientes a los artículos 78, 79 y 80.

El 01 de octubre de 2021 el Consejo de Administración Legislativa en su Resolución CAL-2021-2023-120, aprobado en la Sesión No. 027.2021 se acoge a la recomendación del informe presentado por la Unidad Técnica Legislativa y resuelve no calificar el proyecto de ley, por lo que lo devuelve al Presidente de la República y solicita la subsanación de las observaciones identificadas conforme al Art.56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, entre ellas se encuentran las causales presentes en la propuesta de ley que incumplen los requisitos de calificación y de los posibles vicios de inconstitucionalidad.

La propuesta de ley antes mencionada en su parte pertinente fue objeto de un análisis comparativo entre el Fondo de Reserva y la Jubilación patronal, a pesar de que la propuesta de ley no ha sido aprobada por el Consejo de Administración Legislativa y actualmente se encuentra en estado “archivado”, el anhelo de eliminar la jubilación patronal viene presentándose mucho antes de este proyecto y se mantiene en la agenda del ejecutivo, además de la existencia de una propuesta de una figura como sustitución de la Jubilación patronal por parte del ejecutivo es la base para el desarrollo de los objetivos planteados en este trabajo de investigación que fue aprobado por el Consejo Directivo de la Facultad.

El desarrollo de este capítulo se basó en la importancia de marcar la diferencia que existe entre el fondo de reserva analizado en el segundo capítulo de este trabajo, en el cual el empleador se encuentra obligado a cancelar anualmente un salario básico unificado a su trabajador, a partir de un año de servicio, esto no se debe confundir con la figura del fondo de reserva establecido en el Proyecto de Ley Orgánica de Creación de Oportunidades, Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fisca, debido a que esta figura es totalmente independiente y lo que busca es erradicar la figura de la jubilación patronal o sustituirla.

Esta diferenciación es muy importante, debido a que se puede llegar a cometer un error al momento de realizar este análisis comparativo al existir dos figuras diferentes, pero con el mismo nombre, es por lo que tomando en consideración las palabras emitidas por el ministro de Trabajo Patricio Donoso quien en su entrevista realizada el 28 de julio de 2021. Para el canal de televisión ecuatoriano Teleamazonas le da una denominación distinta a la figura del Fondo de Reserva y la llama Fondo Jubilar, es por lo que a partir de ahora este será el nombre con el que se analizará este tema para evitar confusiones en la lectura.

El término Fondo Jubilar resulta ser más apropiado que la expresión Fondo de Reserva para denominar a una figura que pretende sustituir a la Jubilación Patronal; debido a que el término fondo en el área de la contabilidad quiere decir “parte del capital que posee una empresa, aportado por socios o beneficios obtenidos de la actividad”, es por eso que tomando en consideración esta definición y la del término jubilación establecido con anterioridad, la figura

del Fondo Jubilar representa el capital obtenido por el jubilado durante todo el tiempo de sus años de servicio, mismo que ha sido cubierto por el empleador.

3.1. Análisis a la creación de un Fondo de Reserva como instrumento que reemplace a la jubilación patronal

El ejecutivo al sugerir la eliminación de la Figura de la Jubilación Patronal mediante la creación de un Fondo Jubilar, propuso que todo trabajador que preste sus servicios por más de un año tendrá derecho a que su empleador le pague un monto igual a lo que percibe el trabajador en un mes de remuneración por cada año de servicio completo, el trabajador adquiere este derecho una vez que ha cumplido el primer año de servicio, por lo tanto, la suma de estos pagos anuales constituirá el fondo jubilar.

El Fondo Jubilar representa la exigencia laboral actual que vive el Ecuador.

Este fondo pretende que el trabajador a partir de su primer año de servicio tenga un derecho adquirido a percibir un fondo anual de un salario básico unificado que debe ser cubierto por su empleador, en este caso esta figura no se limita a fijar un período de tiempo amplio ni establece que el trabajador deberá haber laborado para un solo empleador para que éste adquiera dicho derecho como es el caso de la jubilación patronal.

El Fondo Jubilar buscaría ser una garantía para el trabajador, debido a que tiene el carácter de inembargable, es decir, al igual que la jubilación patronal, el fondo jubilar se constituye como un crédito privilegiado, la regla general es garantizar al trabajador que reciba el valor total de su fondo aún sobre cualquier tipo de crédito y por excepción en los casos que sea referente al pago de pensiones alimenticias.

Esta característica es una garantía fundamental para el trabajador, debido a que en el caso de que exista una orden por parte del juzgador, de embargar o retener los bienes muebles o inmuebles del empleador, esta garantía actúa como un escudo para evitar que el fondo jubilar le sea privado, lo que evidentemente resulta ser una figura que beneficia al jubilado.

Esta propuesta establece las siguientes formas de pago del fondo de reserva-fondo jubilar:

La primera forma de pago consiste en que el empleador de forma obligatoria deberá depositar mensualmente el valor correspondiente a un mes de remuneración del trabajador en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, bajo el margen de la ley, estatutos y resoluciones emitidas por esta institución.

La intención de que el empleador cancele mensualmente un monto que al año suma un valor equivalente a un salario mensual que percibe el trabajador es un avance en beneficio de éste,

debido que el trabajador después de un año de servicio puede percibir su fondo jubilar mensualmente, sin tener que cumplir con otros requisitos que sean impedimentos para que pueda acceder al mismo, en este caso cumplir con períodos de tiempo extensivos y a su vez deba prestar sus servicios a un solo empleador.

La segunda forma de pago queda a discreción del trabajador puesto que podrá acogerse a la forma de pago mencionada con anterioridad o mediante escrito expresará su voluntad de que el empleador le cancele de forma directa el valor correspondiente al fondo de reserva, entendiéndose fondo jubilar.

3.2 Análisis comparativo de los factores positivos de la figura de la jubilación patronal y el fondo de reserva-fondo jubilar.

Análisis de aquellos factores que caracterizan a las figuras de la Jubilación Patronal y el Fondo Jubilar, los cuales generan efectos positivos tanto para el trabajador como para el empleador, permitió tener una idea clara de cuales son aquellas características efectivas del porque se debería mantener la Jubilación Patronal o por el contrario, establecer aquellos caracteres progresivos por los que se debería eliminar la Jubilación Patronal y sustituirla por la nueva propuesta de la figura de Fondo Jubilar.

a) Jubilación Patronal

La figura de la Jubilación Patronal a pesar de que el legislador pretendió darle un carácter transitorio ha permanecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano por más de ochenta años, esto significa que su vigencia ha generado un impacto social y laboral positivo. Los factores positivos que caracterizan a la jubilación patronal son los siguientes:

Crédito Privilegiado:

El crédito privilegiado, es uno de los factores positivos que caracterizan a la jubilación patronal, esto debido a que es una particularidad innata de esta figura, cuya intención principal es garantizar a que el jubilado perciba el monto correspondiente a su derecho de jubilación. El legislador por regla general protege al jubilado incluso hasta de los créditos hipotecarios, a excepción en los casos que el jubilado adeude pensiones alimenticias, solo en dichos casos el valor que le correspondiente a la jubilación podrá ser embargado o retenido por orden judicial.

Esta garantía es muy importante para el trabajador, incluso se encuentra reconocida en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en la que establece que todo valor que el empleador deba a su trabajador constituye un crédito privilegiado de primera clase. Lo que le permite al trabajador tener la certeza que podrá obtener el valor correspondiente a su

pensión de jubilación patronal por cualquiera de las modalidades de cobro que el haya elegido.

Objeto:

El objeto de la figura de la Jubilación Patronal es uno de los factores positivos que la caracterizan, debido a que pretende asegurar una vejez digna de aquellos trabajadores que por varios años han prestado sus servicios y han cumplido con lo exigido por la ley, percibiendo a cambio el pago de una pensión mensual en su jubilación, dicho pago es cubierto por el empleador a quien el mentado trabajador ha prestado sus servicios.

Este factor es muy importante considerando que al momento en el que el legislador crea una norma, nace de la exigencia de la realidad social, por lo que ante la necesidad que tienen los trabajadores de tener un fondo que les permita solventar su vejez, esta figura cubre y satisface aquella necesidad, lo que le garantiza al jubilado tener una vida digna.

Esta cualidad, resulta ser uno de los motivos principales por los que esta figura ha perdurado sin tener modificaciones o reformas relevantes, en consideración de que dicho derecho fue el resultado de varias luchas y exigencias sociales, plantear una posible eliminación de esta figura resultaría generar un impacto social alarmante, como ha sido evidenciado con la propuesta de reemplazar a la Jubilación Patronal con la figura del Fondo Jubilar.

b) **Fondo de reserva**

Cuando se realizó el análisis de los factores positivos que caracterizan a la Pensión jubilar fue fundamental, debido a que esta figura pretende sustituir a la Jubilación, lo que a simple vista debería ser más favorable para los sujetos de la relación laboral, especialmente para el trabajador quien actualmente se ha visto perjudicado por el incremento del despido intempestivo, lo que violenta el principio de continuidad laboral y genera inestabilidad laboral.

El ejecutivo con su propuesta para sustituir a la Jubilación Patronal debería establecer una figura que solvente aquellos factores negativos que presenta la figura de la Jubilación patronal, pues, si se pretende eliminar una figura, su reemplazo debe adaptarse a las necesidades laborales que se encuentran presentes en la actualidad.

Los factores positivos que caracterizan al Fondo Jubilar son los siguientes:

Crédito Privilegiado:

El crédito privilegiado es uno de los factores positivos que esta figura comparte con la jubilación patronal. Mantener el crédito privilegiado en esta figura de sustitución es de carácter asertivo, esto debido a que al proponer un reemplazo de la jubilación patronal se deben mantener aquellos factores positivos que contiene dicha figura. Por lo tanto, el Fondo Jubilar resulta ser una garantía para el trabajador, lo que no genera preocupación ni vulnera derechos y no es necesario realizar un análisis extensivo de este factor.

Pago Mensual:

Dentro de la normativa que pretende regular el Fondo Jubilar, se establece que el pago anual correspondiente a un sueldo mensual del trabajador deberá ser dividido para doce meses cuyos depósitos están a cargo del empleador a partir de un año de servicio del trabajador. Este factor resulta ser innovador, por lo que el trabajador no tiene que esperar un período prolongado para que los valores correspondientes a su jubilación le sean acreditados.

El pago mensual del Fondo Jubilar resulta ser un beneficio para el trabajador, debido a que una vez que adquiere el derecho a percibir dicho fondo, la normativa exige que mensualmente estos valores sean depositados, esta modalidad constituye una garantía para el trabajador en cuanto al cobro de su pensión, es decir, en el caso hipotético de que un trabajador labore por dieciocho meses, como la normativa establece que a partir de un año de servicio el empleador debe empezar a cancelar mensualmente a su trabajador por concepto de jubilación, en este supuesto de hecho al terminarse la relación laboral, el trabajador al salir de su trabajo ya ha acumulado durante doce meses el valor correspondiente a su pensión jubilar

De este ejemplo, se puede evidenciar que el trabajador ya no debería esperar un periodo extenso para que pueda beneficiarse de un monto jubilar por el trabajo que realiza, esto resulta ser un avance normativo que pretende compensar al trabajador por el tiempo de trabajo que realiza a partir de un año de servicio, sin necesidad de esperar veinte y cinco años como es el caso de la Jubilación Patronal para adquirir su derecho jubilar patronal.

Período:

Para que el trabajador adquiera un Fondo de Reserva/fondo jubilar debe haber laborado un año para su empleador, a partir de dicho año, el empleador se encuentra obligado a pagarle un salario básico unificado por cada año de servicio.

Este factor resulta favorecer al trabajador que no tiene estabilidad por varios años, dicha situación resulta ser una realidad laboral para la mayoría de los trabajadores ecuatorianos.

Esta cualidad es sustancial, debido a que ante esta situación que ha empezado a generar gran preocupación a los trabajadores y por el incremento de despidos hacia los mismos, la ilusión que tiene el trabajador de adquirir el derecho a una jubilación patronal resulta ser imposible de alcanzar.

El ejecutivo en su propuesta de suprimir a la jubilación patronal y reemplazarla por el fondo jubilar, realiza una gestión normativa bastante asertiva, debido a que este factor cumple con satisfacer las necesidades laborales presentes en la actualidad, por lo que el ejecutivo acciona ante las situaciones presentadas en el párrafo anterior y busca establecer una figura que elimine la preocupación de los trabajadores y evite despidos masivos en el país.

El período es un factor que destaca a esta figura, por cuanto a partir de un año que haya laborado el trabajador, éste tiene derecho a percibir un fondo que pueda ser administrado por el mismo conforme a sus necesidades. Lo que representa un avance en beneficio de los derechos del trabajador debido a que ya no tendría que esperar a cumplir con veinte y cinco años de servicio para poder adquirir el derecho a percibir un fondo jubilar que le permita sostener su vejez y en su lugar a partir de doce meses de servicio empezaría a generar su fondo jubilar.

No es relevante la prestación de servicios para un solo empleador:

Este es uno de los requisitos favorables que caracterizan al Fondo Jubilar, dentro de esta figura el trabajador se beneficia debido a que independientemente de cuantos empleadores éste tenga a lo largo de su vida laboral, mantiene vigente su derecho a percibir una pensión jubilar a partir de un año de servicio para el mismo empleador. Esto favorece al trabajador por lo que, a diferencia de la Jubilación Patronal, el trabajador no corre el riesgo de perder los años de servicios prestados si cambia de patrono, siempre y cuando cumpla con un año de servicio, a partir del mismo nuevamente adquiere su derecho a percibir su fondo jubilar.

3.3 Análisis comparativo de los factores negativos de la figura de la jubilación patronal y el fondo de reserva-fondo jubilar.

Se realizó un análisis comparativo de los factores negativos que tienen estas dos figuras, a través de la identificación de aquellos elementos desfavorables que han generado inestabilidad laboral, mismo que se puede verificar debido al alto índice de despidos que se han presentado en los últimos años en el Ecuador tomando como referencia únicamente el Boletín Estadístico 2021 emitido por la Defensoría Pública del Ecuador, informe resultado de las asesorías en línea de servicio laboral en el que se determina la existencia del 14% de

crecimiento de despidos intempestivos en relación a los años 2020-2021, lo cual en varios de los casos resultan ser el producto de la aplicación de la Jubilación Patronal; por otra parte, se identificaran los elementos perjudiciales que implica el reemplazo de la Jubilación Patronal con el Fondo Jubilar.

De lo expuesto surgen dos hipótesis:

- Cómo primer hipótesis se planteó que, a pesar de la gran diversidad de elementos negativos identificados en la figura de la jubilación patronal, se considera más adecuado para el trabajador mantener está a pesar de sus vacíos jurídicos existentes, en vez de cambiarlo por otra figura que la remplace, sin dar un trato oportuno a las problemáticas generadas a partir de la aplicación de la misma.
- La segunda hipótesis es aquella en la que el Fondo Jubilar puede llegar a sustituir a la Jubilación Patronal, debido a que resulta ser más favorable para ambos sujetos de la relación laboral, porque se adapta a las necesidades laborales actuales y contiene elementos que solventan los puntos débiles que contiene la jubilación patronal.

a) Jubilación Patronal

Los efectos negativos que ha generado la aplicación de la Jubilación Patronal han resultado una preocupación tanto para las autoridades encargadas de regular la normativa vigente como para los trabajadores, esto, debido a que la vigencia de la Jubilación Patronal durante varios años y sin ser objeto de una reforma sustancial, ha sido una de las razones principales por las que los empleadores despiden de forma intempestiva a sus trabajadores antes de que éste cumpla con los veinte años de servicio y pueda adquirir este derecho.

Esta realidad laboral que atraviesa el Ecuador permite analizar cuáles son aquellas particularidades negativas:

Período:

De acuerdo con lo establecido en el Art.216 del Código de Trabajo, el tiempo requerido para que el trabajador adquiriera el derecho a la jubilación patronal es de veinte y cinco años de servicio, a su vez tiene que ser de carácter continuo, es decir, sin interrupción dentro del tiempo establecido por la ley, este requisito resulta ser un perjuicio para el trabajador, en razón de que no todos los trabajadores logran permanecer en su puesto de trabajo con el mismo empleador por dicho lapso, entonces resulta ser discriminatorio, debido a que en la práctica actualmente no suele cumplirse dicha premisa, esto a causa de que los empleadores optan por terminar la relación laboral con sus trabajadores antes de que cumplan los 20-25 años de servicio, esta situación se puede apreciar con la cantidad de casos de visto bueno o

despido intempestivo que existen tanto en el Ministerio de Trabajo como en el órgano jurisdiccional en materia Laboral.

Es inusual que en la actualidad un trabajador alcance su derecho a una Jubilación Patronal, y tras varios años de trabajo no ha podido generar un capital producto de sus varios años de servicio, este elemento genera un impacto negativo en el objeto de la jubilación patronal, por lo que la intención del legislador fue que el empleador solvente económicamente a su trabajador como retribución, una vez que ha prestado sus servicios durante varios años sin embargo, la realidad resulta contraria a este objeto, el empleador antes de que el trabajador cumpla con veinte años de servicio lo despide, generando inestabilidad laboral, .

Inestabilidad Laboral:

De acuerdo con lo establecido por Cabanellas (1730,1979), el principio de estabilidad laboral es aquel que consiste en el derecho que tiene el trabajador de conservar su puesto de trabajo, de forma indefinida en caso de que éste no haya incurrido en faltas que han sido previamente determinadas para que constituyan una causa de terminación de la relación laboral.

Entonces, partiendo de esta definición se determinó que la estabilidad laboral es el derecho que tiene el trabajador para permanecer dentro de su puesto de trabajo, sin correr el riesgo de ser despedido de forma intempestiva o injustificada, es decir, protege el vínculo laboral existente y para ello dentro del marco jurídico se establecen aquellas sanciones hacia el empleador que sin justificación alguna ha despedido a su trabajador.

El Convenio N°158 de la OIT, regula el derecho de estabilidad laboral del trabajador, determinando que en cuanto a la terminación de la relación laboral se establece la legalidad de su despido y particularmente regula la obligatoriedad que el empleador tiene para motivar aquellas justificaciones que sean suficientemente válidas para que se haya producido el despido, así también como la justificación de optar por recursos jurídicos que le permiten terminar con la relación laboral. El Art.4 ibidem, brinda al empleador la facultad de dar por terminada la relación laboral, cuando exista una causa justificada relacionada con una conducta inadecuada del trabajador o que se contraponga a las necesidades y el funcionamiento de la empresa debido al servicio que presta el sujeto en relación de dependencia laboral.

Sobre la estabilidad laboral se encuentra regulado en el Código de Trabajo Ecuatoriano en el Art.188 titulado “Indemnización por despido intempestivo”, sin bien es cierto, este código no define explícitamente lo que es la estabilidad laboral, si regula las sanciones que acarrea al empleador por despedir intempestivamente a su trabajador, en este caso el empleador se encuentra obligado a resarcir al trabajador y se tomará en cuenta el tiempo de servicio

prestado a su favor. Si el trabajador laboró hasta tres años le corresponde un valor de tres meses de remuneración, y en caso de que el trabajador haya laborado por más de tres años le corresponde por indemnización en caso de ser despedido intempestivamente un monto equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, con un límite de veinte y cinco meses de remuneración.

Esta normativa cumple con lo determinado en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador, el cálculo de la indemnización por despido intempestivo es el producto de la suma de derechos y garantías que pretenden brindar estabilidad para al trabajador, por este motivo el empleador no puede terminar la relación laboral sin causa justa.

El hecho de que el legislador haya regulado la indemnización que le corresponde al trabajador por haber sido despedido de forma intempestiva, nace del principio de estabilidad laboral entendido como lo establece Lastra (2001) es aquel que evita al trabajador el riesgo de quedar constantemente sin empleo, lo que obligaría al trabajador cambiar con frecuencia su régimen de vida y en casos especiales su lugar de residencia, teniendo en cuenta que esta garantía es unilateral, debido a que únicamente beneficia al trabajador.

Este principio tiene dos objetivos principales, el primero es procurar garantiza al trabajador estabilidad en su puesto de trabajo y el segundo consiste en favorecer al empleador debido a que le resulta conveniente que el trabajador permanezca durante un largo período debido a sus conocimientos que tiene el trabajador para cumplir con su trabajo, gracias a su especialización y conocimiento.

La figura de la jubilación patronal en la actualidad tiene un efecto negativo frente a este derecho de estabilidad, El no haber existido una reforma que modifique las condiciones normativas que tiene la jubilación patronal por muchos años, sin que la misma se adapte a la exigencia y realidad sociolaboral que mantiene el Ecuador, se considera una de las causas principales para que esto perjudique al trabajador.

Prestación de servicios a un solo empleador por un periodo de tiempo excesivamente prolongado:

Otro de los requisitos que exige la Jubilación Patronal para que el trabajador adquiera este derecho, es que haya prestado sus servicios lícitos y personales durante veinte y cinco años al mismo empleador.

Este requisito actualmente resulta ser un contraproducente para que el trabajador en virtud de que se tiende a celebrar contratos de trabajo precarios que no garantizan la estabilidad del trabajador, provocando que el trabajador cambie de empleo

Es importante mencionar que ante esta situación el Fondo Jubilar, buscaría superar el fenómeno de incremento de casos de despido intempestivo a los 18 o 19 años de servicio, por lo que existe un avance para el trabajador de ser compensado económicamente por cada año de servicio sin necesidad de haber laborado para un solo empleador.

b) Fondo Jubilar

Analizar los factores negativos que comprende el Fondo Jubilar, permite analizar cuáles serían los perjuicios que se generarían en caso de que esta figura sustituya a la Jubilación Patronal, debido a que si se pretende eliminar una figura que ha permanecido más de ochenta años en el ordenamiento jurídico, esta debería ser reemplazada por una figura que solvete aquellos vacíos legales que contiene la norma en vigencia, favorezca tanto a trabajadores como empleadores y no genere daños a sus patrimonios, y así mismo se adapte a la realidad laboral que vive el Ecuador.

Los factores negativos que comprende el Fondo Jubilar son los siguientes:

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como institución de control del Fondo Jubilar:

En este caso en específico, el mantener al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como aquella institución a la que se le otorga la facultad para administrar el Fondo Jubilar perteneciente al trabajador resulta no ser un progreso sustancial, lo único que cambiaría son los requisitos por los cuales el trabajador adquiere el derecho a una pensión jubilar, sin embargo, mantiene aquella posibilidad de que mediante el IESS se regula la administración de dicho fondo.

Esta situación evita que el Fondo Jubilar tenga el carácter de independiente, los beneficios económicos que tiene el trabajador, esto es el seguro social y fondo de reserva ya se encuentran regulados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por lo que el Fondo Jubilar debería contener su propio sistema de control.

Retroceso de derechos:

Eliminar la Jubilación Patronal y reemplazarla por una figura que no resuelva aquellos factores negativos y anomalías legales que contiene esta figura, no representa un avance en pro de los derechos del trabajador, por el contrario, lo que genera es preocupación y alarma a aquellos trabajadores que buscan adquirir su derecho a la Jubilación Patronal.

El ministro de trabajo Patricio Donoso, mencionó que “La jubilación patronal se reemplazaría por un fondo voluntario aportado por el trabajador” lo que significa que no es el empleador

quien cubra con este fondo jubilar como se establece en la normativa propuesta que fue presentada ante la Asamblea Nacional, sino por el contrario lo que busca es eliminar la jubilación patronal sin suplantarla por una figura que signifique un avance. En caso de que el fondo jubilar llegue a suplantarse a la Jubilación Patronal, el trabajador sería perjudicado debido a que se elimina su derecho a percibir un fondo jubilar y en su reemplazo se pretende que sea él mismo el que mensualmente cree su propio fondo jubilar de forma voluntaria.

Este hecho evidentemente implica una vulneración de los derechos del trabajador, debido a que este derecho fue adquirido, no es apropiado dejar a un lado aquellos avances que benefician a los trabajadores, las reformas legales que se presentan por parte de las instituciones competentes no deberían ser regresivas en derecho.

3.4 Construcción de una reforma a la Jubilación Patronal

Una vez se ha realizado el análisis comparativo entre los factores positivos y negativos de las figuras sujetas a este análisis, es el momento oportuno de determinar una posible propuesta que reemplace a la Jubilación patronal, debido a que el mentado Fondo Jubilar no es considerado un reemplazo eficaz y pertinente por los motivos mencionados con antelación.

Para el desarrollo del presente tema, se tomó en cuenta algunas propuestas establecidas como alternativas por parte de ciertos doctrinarios, a partir de las cuales se tomará en consideración aquellos elementos que más favorezcan y se adapten a la realidad laboral del Ecuador, cubriendo aquellas necesidades existentes y solventando los vacíos legales que existen en la Jubilación patronal, para generar una propuesta que pueda ser un posible reemplazo para este derecho histórico.

En primer lugar, se analizó el criterio que plantea Soto (2015) quien desarrolla su argumento en base al carácter transitorio que el legislador le dio a la Jubilación Patronal al momento de su materialización dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Resalta que esta figura fue creada para los trabajadores de avanzada edad que no podrían obtener los años de trabajo requeridos para que accedan a la jubilación otorgada por la entonces Caja del Seguro. El autor confirma que la eliminación de la jubilación patronal debió llevarse a cabo una vez que los primeros afiliados a la Caja del Seguro cumplieran los años de trabajo requeridos y adquirieran el derecho a la jubilación por esta institución.

Este criterio basado en el carácter transitorio de la jubilación patronal resulta ser racional, por cuanto el legislador inicialmente no tuvo la intención de que esta figura permanezca en la legislación ecuatoriana por más de ochenta años, sin embargo, debido al alcance histórico

laboral que ha tenido esta figura ha permitido que se impregne en el sistema jurídico, y eliminarla no es una opción que favorezca a los derechos del trabajador.

En segundo lugar, se tomó en consideración el criterio que tiene Moreno (2013) quien, enfatiza la intención transitoria que tuvo el órgano legislativo al momento de crear la figura de la jubilación patronal, además considera que esta figura resulta ser discriminatoria para aquellos trabajadores que no hayan laborado para el mismo empleador durante el período que se encuentra determinado en el Código de Trabajo y por esta razón el trabajador no podría acceder a este beneficio. Además, la autora considera que aquellas empresas que se han visto obligadas a pagar este tipo de jubilación son perjudicadas económicamente debido a que incurren en un doble cargo económicamente hablando que beneficia únicamente al trabajador. Es por esta razón que esta autora define a aquellas normativas que regulan la jubilación patronal como inadecuadas, Dentro de su análisis, presenta dos posibles alternativas que podrían suplantar a la jubilación patronal, estas son las siguientes: La primera propuesta consiste en un aporte adicional que deberá ser cubierto por parte del empleador mientras que trabajador se encuentre bajo su dependencia, rubro que deberá ser depositado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuya finalidad es fortalecer su fondo jubilar.

Respecto de esta propuesta se puede determinar que no es una alternativa sólida, debido a que carece de fundamentos jurídicos que la respalden, el depositar un valor adicional en los aportes del trabajador no abarca la totalidad de aquellos beneficios que adquiriría el trabajador si llegase a ser beneficiario de la jubilación patronal. La segunda propuesta defiende la eliminación de la jubilación patronal y en su reemplazo se propone la creación de una bonificación que compense la misma, esta última propuesta es general, debido a que no detalla cómo se construiría esta bonificación, por lo tanto no se considera como un opción jurídicamente válida para reemplazar esta figura.

Por su parte el doctrinario Rastrollo (2022) analizo una propuesta innovadora, misma que ha sido denominada como “Mochila Austriaca” esta figura consiste en implementar un sistema de capitalización en el que el empleador aumenta cierto porcentaje del salario mensual que percibe el trabajador a un fondo que éste mismo tenga la posibilidad de disponer en caso de que exista un despido o por motivo de jubilación, de esta manera el tiempo o número de empleos es irrelevante, mientras que el trabajador lleva con él la mentada “mochila” en el trayecto de su vida laboral, teniéndola a disposición cuando éste lo considere necesario. Dentro de esta propuesta, se pretende alcanzar cuatro objetivos principales mismos que son: generar flexibilidad laboral, disminuir los costos de despido, eliminar la desigualdad en los pagos correspondientes por indemnizaciones y finalmente conseguir la dualidad de

contratación.

Esta propuesta resulta ser tentativa tanto para trabajadores como para empleadores, sin embargo, no establece límites normativos que permitan evitar la vulneración de derechos, debido a que es un sistema muy abierto, y, dentro del sistema ecuatoriano esta figura desincentivaría el despido intempestivo por parte del empleador antes del tiempo requerido para su pago y a su vez se reduciría el miedo a contratar que tienen los empleadores, el problema radica en el poco o nulo ahorro que mantendrían los trabajadores ecuatoriano no por falta de cultura en ahorro si no por falta de recursos económicos permanentes

Resulta evidente que eliminar de forma total a la Jubilación Patronal generaría un impacto social provocando preocupación a los trabajadores y posiblemente sea la causa principal por la que empiecen a manifestarse, es por lo que en primer lugar no se plantea la eliminación de esta figura sino por el contrario se propone realizar una reforma a la Jubilación Patronal.

La reforma normativa que se propone consiste en lo siguiente:

1.- De la propuesta de creación del Fondo Jubilar, se mantiene lo siguiente: El empleador tiene la obligación de cubrir con el aporte mensualizado correspondiente a un salario que percibe el trabajador, mismo que se debe a la pensión jubilar de su trabajador, éste adquiere el derecho una vez que haya cumplido un año de servicio. En caso de que el trabajador cambie de empleador, se aplicará la misma normativa.

2.- Mantener el carácter de crédito privilegiado, que resulta ser una garantía para el cobro de la pensión jubilar en beneficio del trabajador.

3.- La forma en la que deberá efectuarse el pago queda a discreción del trabajador, puede solicitar de forma escrita que el empleador le entregue de forma directa el valor correspondiente a la pensión jubilar de forma mensual o anual. Así también podrá solicitar a su empleador que dentro de la propia empresa se capitalice su pensión jubilar, misma que deberá ser entregada cuando el trabajador lo crea necesario.

Finalmente, la intención de esta propuesta fue fortalecer el derecho a la estabilidad laboral que gozan los trabajadores.

Conclusiones

El derecho a la Jubilación Patronal nace debido a las necesidades normativas laborales existentes al momento de su creación, cuya finalidad consistía en sostener la vejez de aquel trabajador que laboró gran parte de su vida. Sin embargo, al haber realizado un análisis de forma y de fondo de lo que establece el Art. 216 del Código de Trabajo Ecuatoriano sobre la Jubilación a cargo del Empleador; y, de igual manera cómo se establecieron aquellos elementos positivos y negativos que caracterizan a la Jubilación Patronal y Fondo Jubilar, se puede concluir lo siguiente:

La aplicación de la normativa vigente que regula la figura de la Jubilación Patronal no cumple con su finalidad, debido a que los empleadores prefieren pagar el costo que se genera por concepto de despido intempestivo, antes que cumplir con los valores pecuniarios que corresponden a una pensión jubilar. Esta situación se debe a que el monto jubilar implica un perjuicio económico considerable para el empleador, tomando en consideración que dicha pensión debe ser cancelada incluso hasta un año después del deceso del trabajador, por lo tanto, resulta evidente considerar que el trabajador tiene varios beneficios económicos que deben ser pagados por el empleador, tales como el fondo de reserva, décimos y seguro social, por lo que, el empleador “estratégicamente” prefiere despedir intempestivamente a su trabajador antes de que el mismo cumpla con veinte años de trabajo, de esta manera evita pagar el monto proporcional que le correspondería al mismo por su jubilación.

A partir del análisis comparativo se identifica con claridad que los elementos más importantes que caracterizan a estas figuras son:

El crédito privilegiado, determinado como un factor positivo que encierra a las dos figuras sujetas a análisis, lo que constituye una garantía para que el trabajador pueda cobrar su pensión jubilar sin que ésta pueda ser embargada o retenida por orden judicial, por lo que ha sido considerado esencial mantenerlo al momento de realizar la propuesta de reforma. El elemento positivo sólido que representa a la jubilación patronal es el objeto de la misma, debido a que la intención del legislador al momento de crear este derecho fue revestirle del carácter de transitorio por la necesidad inmediata de los trabajadores, sin embargo esto se ve contrapuesto cuando la Corte Suprema de Justicia en enero de 1938 emitió una resolución en la que determina que los trabajadores tendrán derecho a una Jubilación Patronal a pesar de ser beneficiarios de una Jubilación Social, lo que evidentemente dio estabilidad normativa a esta figura. Por otro lado, es importante resaltar que el Fondo Jubilar presenta cambios esenciales como: el periodo de tiempo para acceder a los fondos jubilares de forma mensualizada, y la posibilidad de acceder al fondo jubilar sin necesidad de tener una relación laboral continua con un mismo empleador a lo largo de su vida.

Se estableció cuales son los principales elementos negativos de la figura de la Jubilación Patronal, estos son: la necesidad de haber laborado por un periodo de veinte y cinco años continuos en favor del mismo empleador para acceder a la pensión jubilar; otro elemento negativo consiste en la falta de interés por parte de la Función Legislativa de actualizar la normativa, por lo que esa función del Estado es la autoridad competente para realizar aquellas reformas necesarias para mantener el orden público. El Fondo Jubilar resulta ser un retroceso de derechos en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que su implementación requiere de la eliminación de la Jubilación Patronal, lo que generaría un impacto negativo a la sociedad laboral, es por esta razón que se ha descartado la propuesta de eliminación de esta figura laboral que es considerada trascendente dentro del Derecho Laboral Ecuatoriano, y por el contrario en base al análisis realizado, se concluye que lo más óptimo es recopilar aquellos factores positivos que se adapten a la realidad de los trabajadores y empleadores del país para generar una propuesta de reforma a lo establecido en los Arts. 216, 217 y 218 del Código de Trabajo Ecuatoriano, en beneficio de ambos sujetos de la relación laboral.

Recomendaciones

A partir de la identificación de las anomias jurídicas reconocidas en la figura de la jubilación patronal, se recomienda lo siguiente:

Se recomienda a la Asamblea Nacional generar una reforma que brinde estabilidad laboral a los trabajadores próximos a acceder a una jubilación patronal, quienes a su vez aparentemente llegan a ser una carga excesiva para el empleador, permitiendo de esta forma la terminación de las relaciones laborales en situación de dependencia de manera pertinente.

Analizar la figuras de la jubilación patronal y la Propuesta de Ley Orgánica de Creación de Oportunidades, Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal con la finalidad de crear una reforma normativa que tome en cuenta elementos como: protección de la relación laboral hasta el momento de la jubilación, regulación moderada de la carga económica que deberá cubrir el empleador por concepto de jubilación patronal, protección al trabajador de la vulneración de derechos fundamentales, promoción de comportamientos éticos en la relación laboral.

Referencias Bibliográficas

- José Manuel Lastra Lastra, "Principios ordenadores de relaciones del trabajo", en Revista jurídica de Derecho Comparado, No. 100, Nueva Serie año XXXIV ISSN, Versión Impresa: 00418633 (UNAM, Enero-Abril 2001).
- Cerros Rastrollo, A. (2022). Una alternativa a la indemnización por despido: La mochila austriaca como modelo sostenible para el desarrollo de pensiones en España. Obtenido de: [https:// doi.org/10/55263](https://doi.org/10/55263)
- Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo III, 13ª ed. (Buenos Aires: Ed. Heliastra S. R. L. Viamonte 1730, 1979)
- Audidores, J. C. (2021). *Jezl* . Obtenido de [https:// www.jezl_audidores.com/index.php/tributario/113-jubilacion-patronal](https://www.jezl_audidores.com/index.php/tributario/113-jubilacion-patronal)
- Ayala, S. G. (2001). Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2746/1/T0133-MDE-Guerr%C3%B3n-Principios.pdf>
- Bárcena, A. (2 de Julio de 2020). *Cepal*. Obtenido de epal.org/es/comunicados/impactos-la-pandemia-sectores-productivos-mas-afectados-abarcaran-un-tercio-empleo-un
- Barrezueta, H. E. (22 de Junio de 2020). *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario* . Obtenido de https://www.emov.gob.ec/sites/default/files/transparencia_2020/a2_41.pdf
- Ramírez, I. (2021). *Jubilación Patronal e IESS: diferencias, cálculo y análisis* . Actuarial. <https://www.youtube.com/watch?v=dTEEP8czPbo&t=4243s>
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución del Ecuador. Montecristi.
- Código del Trabajo Vigente. (2005, diciembre 16). Registro Oficial Suplemento 167. Quito.
- Organización Internacional del Trabajo. «Convenio No. 122.» 15 de Julio de 1966. —. «Convenio No. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleado.» 23 de Noviembre de 1985
- Núñez Rodas, J, (2016) El principio de estabilidad laboral en la Constitución del 2008 tras la flexibilización laboral. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5126/1/T2045-MDE-Nu%C3%B1ez-El%20principio.pdf>
- Marín Céspedes, R. (2016). Análisis comparativo en el marco de la jubilación patronal y desahucio de dos empresas del sector automotriz en el ecuador con enfoque a los resultados obtenidos por los estudios matemáticos actuariales. <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/12182/TRABAJO%20DE%20TITULACI%C3%93N%20REBECA%20MAR%C3%8dN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 077-13-SEP-CC, caso N.º 0080-10-EP; sentencia N.º 013-14-SEP-CC, caso N.º 0594-12-EP.

- Moyano, J. (2022) Jubilación Patronal en el Ecuador. <https://librosdigitales.uce.edu.ec/index.php/PDU/catalog/download/63/66/2330?inline=1>
- Alpizar Jiménez, I. (2011). Jubilación y Calidad de Vida en la Edad Adulta Mayor. <file:///C:/Users/Samantha/Downloads/Dialnet-JubilacionYCalidadDeVidaEnLaEdadAdultaMayor-4792283.pdf>
- Gramcko L. (2001) La Jubilación. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-9.pdf>
- Bejarano Coto, O. (1993) El concepto de la Empresa como Patrono en Derecho Laboral: Apuntes en torno a un fallo de la Sala de Casación. <https://catalogosiidca.csuca.org/Record/UCR.000617983/Details#similar>
- Ruiz Acevedo, F. (2006) La sustitución del patrono en el derecho laboral. http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5708.pdf
- Cabanellas, G. Compendio de derecho laboral. Buenos Aires, Argentina, pág. 315.
- Pazmiño Solís, E. (2020) Origen y Finalidades de la Jubilación Patronal. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/11948/1/ACUPAB%20S%3aN0001-2020.pdf>
- Ley de Seguridad Social publicada en el Registro Oficial 36, 5-IV-2022.
- Acuerdo Ministerial No. BCE-046^a-2018. <https://asobanca.org.ec/wp-content/uploads/2021/06/BCE-046A-2018.pdf>
- Acuerdo Ministerial por el cual se Instrumentan las Normas que Regulan el Cálculo de la Jubilación Patronal. Registro Oficial No.732. https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-11/Documento_Registro-Oficial-Suplemento-732.pdf
- Muñoz K y Jurado D. (2021) El manejo de la provisión de jubilación patronal. ¿Cómo funciona hoy en día?
- Gómez R y Torres I. (2006) Tipología de los sistemas de pensión jubilatoria: un análisis de escenarios desde la perspectiva mexicana. <file:///C:/Users/Samantha/Downloads/DialnetTipologiaDeLosSistemasDePensionJubilatoria-5646912.pdf>
- Sánchez, E. (2017). Análisis de las pensiones en España. España: Trabajo especial de grado de la Universidad de Valladolid.