

EL COVID-19 Y EL DERECHO DEL TRABAJO: SINTOMATOLOGÍA DE UN MODELO EN EMERGENCIA Covid-19 and Labor Law: Symptoms of a model in crisis

VÍCTOR D. CABEZAS ALBÁN¹

Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia

Resumen

El Covid-19 cerró las puertas del mundo y puso a prueba la adaptabilidad de los ordenamientos jurídicos en áreas especialmente sensibles a los cambios económicos como el Derecho del Trabajo. La intensidad de la crisis evidenció que el sistema laboral en Ecuador está construido sobre la base de asunciones quiméricas desconectadas de la realidad. Este artículo realiza una crítica a la capacidad del modelo para acoger los retos laborales durante y después del gran confinamiento. También, se examinan las medidas adoptadas en el marco de la emergencia sanitaria que Ecuador adoptó. Asimismo, el autor evalúa las respuestas a esta problemática propuestas en la Ley de Apoyo Humanitario. Por último, se exploran los mayores cambios a los que el sistema laboral debería someterse para seguir vigente y lograr su cometido principal: proteger al trabajador y fomentar la productividad.

Palabras clave

Covid-19, Emergencia sanitaria, Sistema laboral, Derecho del trabajo, Adaptabilidad, Crisis económica.

Abstract

The Covid-19 pandemic closed the doors of the world and tested the flexibility and adaptability of legal systems in areas especially volatile and sensitive to economic changes such as Labor and Employment Law. The intensity of the crisis revealed that the labor regulatory system in Ecuador is built on the basis of chimerical assumptions disconnected from reality. This article makes a critical study of the capacity of the model to meet the labor challenges during and after the great confinement. Also, the labor measures adopted in the framework of the health emergency that Ecuador adopted are examined. Finally, the major changes to which the labor system should undergo are explored in order to remain in force and achieve its main objective: protecting the worker and promoting productivity.

Keywords

Covid-19, Sanitary Emergency, Labor and Employment Law, Adaptability, Economic Crisis.

¹ Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Derecho del Trabajo por la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de la Maestría en Derecho e Investigador de la Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia). Profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Asociado a Pérez Bustamante & Ponce. Correo electrónico: vdcabezas@gmail.com



1. Introducción: El Covid 19 en clave laboral

Resulta interesante reflexionar cómo un organismo solo identificable por medio de microscopios ha podido cerrar las puertas del mundo. La realidad globalizada, interdependiente, inmediata, tecnológica y ultra conectada fue golpeada por un agente invisible. Ecuador registró el primer caso a fines de febrero (Ministerio de Salud, 2020) y, desde entonces, los contagios escalaron.

El país vivió una relativa normalidad hasta el 17 de marzo de 2020, en que el Presidente de la República dictó el Decreto Ejecutivo 1017 estableciendo el estado de excepción a partir de lo que fue denominado una calamidad pública, restringiendo los derechos constitucionales a la libre movilidad y a la asociación. A partir de este acto normativo, se suspendió la jornada laboral a nivel nacional, exceptuando las actividades relacionadas con la provisión de alimentos, medicamentos, cadenas de abastecimiento, servicios de comunicación, entre otros. En principio, estas medidas debían extenderse hasta el 24 de marzo de 2020; sin embargo, a partir de las resoluciones del Comité de Operaciones de Emergencia, fueron periódicamente renovadas hasta que Ecuador alcanzó el más largo confinamiento del que se tuviera registro.

El encierro implicó una paralización de la producción y de la actividad económica con pérdidas que según cifras del Banco Central con corte a mayo de 2020 alcanzarían los 5.248 millones dólares en el sector privado (Banco Central, 2020). El Fondo Monetario Internacional (2020) ha expuesto que el Producto Interno Bruto de Ecuador caerá en al menos 6.3%, por encima del 5,2% de decrecimiento proyectado como promedio para América Latina y el Caribe en 2021. Por su parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) explicó que:

La pandemia llevará a la mayor contracción de la actividad económica en la historia de la región [impactando] a las economías de América Latina y el Caribe a través de factores externos e internos cuyo efecto conjunto conducirá a la peor contracción de la actividad económica que la región haya sufrido desde que se iniciaron los registros, en 1900 (2020, p. 7).

Los indicadores económicos, en buena medida, son una expresión de la productividad que, a su vez, está determinada por factores laborales. En efecto, existe una simbiosis entre la actividad del trabajo humano y el movimiento macroeconómico (Block et al., 2004). De otra parte, los estudios de la Organización Internacional del Trabajo (2020) también han advertido que, en América Latina, la pandemia ocasionará la pérdida de alrededor del 5,7% de las horas de trabajo en el segundo trimestre del año, lo que equivale a 14 millones de empleos.

En definitiva, las estimaciones realizadas por los principales organismos internacionales especialistas en trabajo y economía advierten que el empleo vivirá una aguda crisis en Ecuador. Esto nos muestra la necesidad imperiosa de articular las diversas herramientas sociales que intervienen en el ciclo del empleo: política pública, derecho laboral, empleadores y trabajadores. A partir de los antecedentes aquí demarcados, se hará un balance de las medidas jurídicas adoptadas por el Gobierno para lidiar con los efectos laborales de la emergencia sanitaria. Luego, se explorarán las medidas adoptadas en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario ("LAH").

2. Las medidas laborales adoptadas durante la pandemia: un diagnóstico

Si los diversos actores de la economía solo habrían tenido disponible las normas del Código del Trabajo para enfrentar la pandemia, seguramente los estragos habrían sido exponencialmente superiores, pues el orden laboral ecuatoriano carece de elasticidad para hacer frente a los retos de una crisis de la raigambre de la que enfrentamos. Un sistema normativo que opera en un sector de tal sensibilidad frente a la volatilidad económica como el laboral debe ser, por excelencia,

flexible, para adaptarse a los cambios y precaver el mal mayor: la pérdida de empleos y de ingresos permanente de los trabajadores. En efecto, el paradigma de que la rigidez de los modelos normativos es una garantía para la preservación del trabajo es altamente discutible² (Schivardi, 1999 p.13). Esto, toda vez que el empleo actúa como un agente de la *economía real* que, si carece de medios de pago o de condiciones para producir y si, además, no tiene opciones dúctiles para mantenerse, el razonamiento lógico será terminar la relación de trabajo. Por consiguiente, el orden laboral debería mantener un esquema regulatorio rígido en condiciones normales, pero flexible ante un cambio fundamental de circunstancias como el que hemos vivido.

Existen tres aspectos fundamentales que un sistema normativo debería contemplar para proveer una elasticidad capaz de preservar las plazas de empleo durante una época de emergencia:

- i. **La capacidad de alterar los rasgos de desempeño material del contrato:** En circunstancias excepcionales,³ el empleador debería poder modificar las jornadas de trabajo, el espacio donde este se desarrolla, la modalidad e, inclusive, las funciones del empleado. Desde luego, bajo un criterio de temporalidad que no exceda el periodo de emergencia y que se mantenga atado al evento de fuerza mayor. Esta flexibilidad no solo hace más llevadero el empleo en el periodo de emergencia, sino también asiste a la supervivencia de la empresa y puede evitar el impacto del evento imprevisible en la estabilidad contractual.
- ii. **La capacidad de flexibilizar el cumplimiento de obligaciones patronales:** Un evento de fuerza mayor impacta en la producción, en la cadena de pagos y, por ende, en la economía del empleador. Para mitigar los efectos de un shock, es altamente deseable que el mismo ordenamiento jurídico prevea versatilidad para que la empresa cumpla sus obligaciones laborales. Los ejemplos típicos son: reprogramación de pagos de salarios y beneficios, suspensión transitoria de ciertos pagos a prestaciones específicas de la seguridad social para que esos valores se mantengan en poder del trabajador, compensaciones a partir de bienes o servicios de la misma empresa, etc. La flexibilización debería aplicarse equitativamente, de tal forma que las cargas del impacto económico se repartan entre el empleador, que debe asumirlas en mayor medida, y el trabajador, que, aun teniendo una posición económica ostensible menor, no puede estar exento de asumir una parte de los riesgos de un evento de fuerza mayor.
- iii. **Aprender de la ingeniería, la rigidez puede colapsar un edificio:** Si un contrato laboral en la normalidad se rige por la irrenunciabilidad e intangibilidad⁴ de los derechos del trabajador como una regla absoluta, cuando irrumpen circunstancias imprevisibles e irresistibles, se deberían poder modular transitoriamente las condiciones económicas del contrato. La carga salarial para muchas empresas es el principal costo (Manpower, 2020 p. 5).

² No se ha encontrado evidencia empírica contundente que relacione inequívocamente la rigidez de un sistema laboral con el desempleo, no obstante, sí se ha encontrado una correlación entre la rigidez y la dinámica de productividad, la composición y duración del desempleo (Schivardi, 1999).

³ Se estima que las circunstancias excepcionales podrían ser determinadas por el Ejecutivo. Como ocurre en el sistema del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, la calificación de un evento de fuerza mayor que pueda, por ejemplo, terminar el contrato laboral pende del Ministerio de Trabajo.

⁴ Estos conceptos serán desarrollados más adelante, en la sección 3 de este artículo.

En efecto, cuando la liquidez del empleador se ve severamente afectada, la salida más rápida y, a la vez, trágica, es la desvinculación laboral. Esto no ocurre necesariamente por la voluntad de la empresa, sino por una inequidad estructural del sistema. Nuestro orden laboral entiende que la estabilidad es el objetivo primordial de tutela (Montoya-Melgar, 2017 p. 31). Todos los esfuerzos normativos se centran en otorgarle esta garantía al trabajador, por eso se generan indemnizaciones frente a la ruptura contractual. Sin embargo, el sistema olvida que, para la consecución de este fin, es tan importante la rigidez como la flexibilidad. En la física hallamos una interesante ilustración. Para que un edificio resista un evento de fuerza mayor como un terremoto, debe combinar tanto rigidez como flexibilidad.

Una vez que se han introducido estas primeras nociones de la elasticidad de la que carece nuestro sistema, pasaremos a realizar un estudio de las medidas normativas adoptadas por el Estado ecuatoriano para enfrentar las consecuencias laborales de la emergencia sanitaria iniciada en marzo de 2020.

2.1. El teletrabajo

El teletrabajo fue la primera herramienta implementada por el Ministerio del Trabajo para otorgar una mínima flexibilidad a los empleadores, pues el principal efecto de la pandemia consistió en el confinamiento, o sea, en la suspensión de la jornada laboral presencial. El teletrabajo, en este sentido, se volvió el único mecanismo para que las actividades laborales no se paralizaran del todo, sino que se movilizaran al hogar. Entonces, mediante Acuerdo Ministerial MDT-2020-076 se reguló la aplicación del mal llamado *teletrabajo emergente*.⁵ Antes de revisar las particularidades de esta modalidad según la normativa expedida por el Ministerio, examinémosla conceptualmente.

Hoy, el “espacio de trabajo” ha transmutado y se ha deslocalizado. En tanto tengamos un computador o un teléfono inteligente y una conexión a internet, podremos trabajar, en una amplia variedad de oficios. La oficina física con sus recursos ordinarios —escritorios, papeleo, teléfonos, salas de reuniones, etc.— se ve progresivamente desplazada. En este orden de ideas, el teletrabajo constituye un contrato laboral apuntalado por las nuevas tecnologías y permiten asimilar a la presencia física la presencia virtual (Tribunal Supremo de Justicia de España, 1999). Se trata, en suma, de que el trabajo se realice telemáticamente. Esta incidencia tan profunda de la tecnología en el mundo laboral es atractiva: ahorra costos asociados con la presencialidad laboral, permite que el empleado maneje con mayor libertad su tiempo, elimina valores y tiempo de movilización, contaminación, saturación del transporte, etc.

En octubre de 2016, en un foro especializado de la OIT en el que participaron los más importantes formadores de política pública laboral a nivel mundial, se señaló que:

Los beneficios para los trabajadores van desde desplazamientos más breves, menores gastos personales relacionados con el trabajo y un mejor equilibrio entre la vida personal y laboral, que incluyen una mayor capacidad de conciliar las responsabilidades profesionales [...] los empleadores pueden beneficiarse de un aumento de la productividad, menores gastos generales, y del acceso a una fuerza de trabajo más amplia, diversa, motivada y capacitada.

⁵ En Ecuador hubo una tendencia normativa a llamar a las medidas tomadas durante la pandemia como “medidas emergentes”, asimilando equivocadamente emergente a emergencia.

Para los gobiernos, el teletrabajo podría ser una estrategia para hacer frente a los problemas medioambientales y de congestión urbana, y para promover oportunidades de trabajo incluyentes para todos (OIT, 2016).

Diversos estudios presentan indicios concluyentes de que, contrario a lo que podría pensarse, el teletrabajo trae consigo eficiencia a la empresa y, de hecho, lo más probable es que quienes están bajo esta modalidad trabajen “muchas horas comparado con sus contrapartes de oficina” (OIT y Eurofund, 2019, p. 23). Esto, a su vez, podría estar asociado a la eficiencia generada por un sentido de corresponsabilidad y de compromiso que el teletrabajador adopta frente a la libertad horaria y a la posibilidad de controlar aspectos fundamentales de la vida como la organización autónoma del tiempo. En Francia, por ejemplo, 84% de trabajadores remotos señalaron que había aumentado su libertad para manejar el tiempo de trabajo y 88% señalaron que su conciliación entre vida profesional, familiar, y social era superior (Lasfargue y Fauconnier, 2015 p. 11).

Ahora bien, a pesar de que el teletrabajo trae múltiples beneficios personales, sociales y económicos, existen matices. Existe evidencia de que esta modalidad puede tener impactos negativos para trabajadores sin habilidades digitales, con limitado acceso a equipos y conectividad o que simplemente tienen enormes retos para conciliar la vida personal con la laboral, así: “bajo las actuales circunstancias excepcionales, la productividad, las condiciones laborales, o ambas, pueden verse deterioradas para muchos trabajadores por, entre otros, el cuidado de niños, inadecuados espacios de trabajo y limitado acceso a las herramientas TIC” (European Commission, 2020, p. 8).

El aislamiento, la sobrecarga laboral y la noción de disponibilidad absoluta del empleado son otras preocupaciones (Ahlers, 2016 p. 90). Un reciente estudio alertó que más del 40% de encuestados declararon que su salud mental declinó a partir de la pandemia y los teletrabajadores reportaron mayores niveles de ansiedad y estrés. También, existe evidencia indiciaria de que el teletrabajo puede tener impactos negativos en el balance entre la vida personal y profesional (Robinson, 2020). En definitiva, tanto los riesgos como los beneficios del teletrabajo deben ser abordados con equilibrio y bajo un programa integral que concilie el bienestar psicológico, social y productivo del empleado con las necesidades económicas de la empresa.

Como ya se ha dicho, esta modalidad fue el gran salvavidas de la economía ecuatoriana y logró que el impacto de la paralización de actividades fuera más llevadero. En este contexto, tan pronto se decretó el estado de emergencia sanitaria y de excepción, el Ministerio del Trabajo dictó el Acuerdo Ministerial MDT-2020-0076 para regular el teletrabajo. Esta modalidad, según la norma, solo implica que el lugar de ejecución de los servicios del trabajador deja de ser presencial, sin embargo, todas las obligaciones del empleado y del empleador se mantienen. En este punto, se debe resaltar que el teletrabajo aplicado durante la pandemia en Ecuador no fue tal. Técnicamente, tuvimos una figura de *trabajo remoto*. Desde junio de 2020, la Ley Orgánica Humanitaria incorporó en el Código del Trabajo el *contrato de teletrabajo*.

La diferencia entre el simple trabajo remoto y el teletrabajo radica en que este último es una forma de organización laboral que implica el diseño de una estructura compleja dentro de la empresa que, entre otros, regule la privacidad de datos, el tiempo de desconexión, los horarios, los estándares de salud y seguridad, las expectativas en cuanto al cumplimiento de tareas etc. Es decir, el teletrabajo implica la construcción de una infraestructura normativa y de políticas de talento humano, destinadas a mitigar los riesgos psicosociales del teletrabajo. De otra parte, el simple *trabajo remoto* implica que el empleado utiliza las tecnologías de la información y comunicación y realiza el trabajo remotamente. No hay políticas transversales, ni estándares de operación, ni normas sobre la provisión de equipos, asunción de costos, etc

Es, más bien, una medida de emergencia que solo obliga al empleado a responder por vía telemática al empleador (Purchada-Bonilla, 2013 p. 73).

Esta medida fue crucial para mantener la actividad económica. Según reportes de prensa, a mayo de 2020 el país alcanzó más de trescientos sesenta mil personas bajo esta modalidad en el sector privado y público (El Comercio, 2020). El éxito en su aplicación dejó latente la necesidad de tener una regulación moderna que permita su adopción de manera sencilla y segura. También, el teletrabajo fue una revelación para muchas empresas que advirtieron la factibilidad de reducir costos, mejorar productividad y bienestar laboral a través de esta figura.

2.2. Sobre la reducción de la jornada laboral

En 2015 el mercado laboral sufrió un serio impacto con la caída del empleo pleno y el aumento del empleo no adecuado (INEC, 2015). En este contexto, en 2016 se dictó la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo. Esta ley reformó algunos aspectos del Código del Trabajo e introdujo la figura de la reducción de la jornada laboral que fundamentalmente permitía que, por acuerdo entre las partes del contrato laboral y por un periodo de hasta un año, se pueda disminuir la jornada en un 25%, con la correspondiente rebaja salarial. Bajo la premisa poco reflexiva de que la presencia del Ministerio del Trabajo en los acuerdos privados es garantía de equidad, la norma impuso que las partes deban, además, contar con la aprobación de esa cartera de Estado. Aquí observamos con claridad cómo una medida que persigue un fin constitucionalmente válido, como la preservación del empleo en medio de un sistema normativo hiper rígido, puede quedar anulada por la burocratización de los convenios privados.

Tomando como antecedente las consideraciones vertidas al inicio de esta sección, el alivio en la carga salarial es fundamental para que un empleador pueda mantener los puestos de empleo en un periodo de emergencia como el que hemos vivido. En efecto, esta medida resultaba sumamente atractiva, pues permitía darle un alivio al peso salarial, preservando, al mismo tiempo, la estabilidad laboral. Hubo, sin embargo, un reparo importante, pues el artículo 47.1 del Código del Trabajo requería un acuerdo entre las partes del contrato laboral y una autorización del Ministerio del Trabajo que habrían sencillamente lastrado en la práctica cualquier utilidad de esta medida.

El 15 de marzo de 2020, se dictó el Acuerdo Ministerial MDT 220-077 que abordó esta compleja situación con ambigüedad. En el artículo 3 dispuso que:

A fin de garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores y precautelar la economía del país durante la emergencia sanitaria, será potestad del empleador del sector privado adoptar indistintamente la reducción, modificación o suspensión emergente [sic] de la jornada laboral.

Con esto, se concluye que el Ministerio del Trabajo relevó a las partes de convenir expresamente en la implementación de una reducción de la jornada laboral y, además, adelantó su autorización. No obstante, en el artículo 4 del mismo Acuerdo, se estableció de manera ambigua e imprecisa: “Durante la emergencia sanitaria declarada [...] se acordará adoptar la disminución de la jornada de trabajo referida en el artículo 47.1 del Código del Trabajo”. Entonces, por un lado, la norma general del artículo 3 dispuso que será potestad del empleador la implementación de la reducción de la jornada y, posteriormente, en el artículo 4, se utilizó el eufemismo se acordará adoptar la disminución de la jornada. Entre sumas y restas, como siempre, es el ciudadano y la empresa quienes sufren los estragos de la falta de consistencia normativa que, a la postre,

resultan nefastas para la seguridad jurídica que, por excelencia, implica estar sometidos a modelos normativos claros, previsible, consistentes (Corte Constitucional, 2019).

La intensidad de la crisis forzó a que muchas empresas —pese a la ambivalencia nefasta del Acuerdo Ministerial 077— implementaran la reducción de la jornada laboral. Según cifras del Ministerio del Trabajo (2020), más de seis mil empresas lo habrían hecho. Ahora, pese a que puede haber reparos sobre la adopción unilateral de esta medida, se estima que existen argumentos jurídicos de peso para contrarrestarlas.

En primer lugar, se debe considerar que esta reducción de la jornada fue instrumentalizada en un periodo de emergencia en el que un evento de fuerza mayor impidió que más del 70% de las actividades económicas se desarrollen con normalidad. Así las cosas, esta medida no estuvo atada a circunstancias de normalidad como las previstas al dictar el artículo 47.1 del Código del Trabajo, sino a un periodo excepcional. La incidencia de la pandemia fue de tal intensidad que cambió el estado normal de las cosas y, por lo mismo, el estándar de aplicación regular de las normas. Bajo esta premisa, una autoridad con facultad reglamentaria como el Ministerio del Trabajo, asumió el deber constitucional de realizar acciones enmarcadas en la ley para preservar las fuentes de empleo y evitar un impacto mayor en la economía. Finalmente, ha sido el Ministerio del Trabajo quien ha autorizado adoptar esta medida de manera unilateral, por lo que inclusive existiría un eximente de responsabilidad, pues ha sido el acto normativo de una autoridad el que ha ocasionado la aplicación de la reducción de la jornada.

2.3. Sobre la suspensión emergente de la jornada laboral

El artículo 6 del Acuerdo Ministerial 077 también contempló la suspensión de la jornada laboral. Básicamente era aplicable para las empresas cuyas labores no podían realizarse por teletrabajo ni podían sujetarse a una modificación o reducción. En tal caso, el empleador tenía la facultad de suspender la jornada laboral, sin que ello implique que la relación de trabajo haya terminado. El trabajador, por su parte, tenía la obligación de recuperar sin derecho a recargos las horas de trabajo una vez terminada la declaratoria de emergencia sanitaria.

La suspensión de la jornada resultó poco atractiva y, a la postre, difícilmente aplicable. Con respecto a lo primero, ya hemos explicado por qué las medidas de alivio en la carga salarial son fundamentales para la preservación del empleo en tiempos de crisis. En este sentido, la suspensión presentada por el Ministerio del Trabajo en nada abonaba a este objetivo, pues se planteó un escenario irracional: el empleador debía seguir pagando los salarios, los beneficios laborales y los aportes a la seguridad social, aún sin haber trabajado, producción, ni ventas. Terminada la pandemia, se recuperaría un banco de horas sin recargos. Esto, a su vez, resultó inviable, pues hubo compañías en suspensión durante más de setenta días, acumulando un banco de más de quinientas horas, cuya recuperación plena resultaba una ficción.

Uno de los objetivos de nuestro sistema laboral consiste en dotar de estabilidad económica al trabajador y, por eso, pese a que la pandemia anuló las fuentes de ingreso de muchos sectores, el ordenamiento jurídico compelió a seguir pagando salarios. Esto no resiste un análisis económico, pues sin ingresos y con una jornada laboral suspendida, ¿cómo se puede disponer normativamente el pago de salarios? Desde la perspectiva del trabajador, en cambio, ¿cómo podría sostener sus ingresos cuando por un evento exógeno no puede seguir laborando? Estamos frente a un reto jurídico enorme. En Colombia, por ejemplo, el numeral 1 del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo prevé una suspensión total del contrato de trabajo,⁶ lo que puede fácilmente observarse como una medida extrema.

⁶ Aún no existen datos duros sobre la aplicación de esta figura y su incidencia, positiva o negativa, en la preservación de empleos.

Encontrar un balance entre los intereses del trabajador y la realidad económica del empleador es complejo. Aunque este solo tema podría merecer un estudio individual, el Ministerio del Trabajo podría implementar esquemas de negociación de las obligaciones del contrato laboral en el contexto de la suspensión. Por ejemplo, diseñar matrices que relacionen los factores de impacto real de la pandemia en la operación del empleador con las erogaciones económicas del contrato de trabajo. Con una herramienta como esta, las partes podrían delimitar técnicamente una disminución salarial, de beneficios, a partir de datos empíricos que demuestren la afectación financiera de la empresa y la concilien con los intereses del trabajador. A partir de un insumo como este, las partes podrían tomar decisiones controladas y cercanas a la equidad que, como vemos, son muy difíciles de alcanzar.

3. Las medidas adoptadas por la Ley de Apoyo Humanitario

Luego de tres meses desde que el presidente Lenin Moreno remitió el primer proyecto de LAH con carácter económico urgente, la Asamblea Nacional la promulgó con algunos cambios fundamentales. En materia laboral, se presentaron tres figuras que merecen discusión académica: la posibilidad de suscribir convenios para modificar las condiciones económicas de la relación de trabajo, la aparición de un nuevo contrato a plazo fijo y una nueva reducción de la jornada laboral. También se expidieron variaciones al régimen de terminación del contrato de trabajo por fuerza mayor. A continuación, abordaremos cada uno de estos temas.

3.1. Sobre los acuerdos para la preservación del empleo

El Derecho del Trabajo se construyó sobre un presupuesto histórico: la noción de que el trabajador se encuentra en tal grado de desigualdad frente al empleador, que le es imposible transar. Desde luego, esto viene desde la misma historia del Derecho del Trabajo forjada durante la segunda mitad del siglo XIX en que surgió una nueva clase social de la mano de la revolución industrial: los trabajadores, concentrados en grandes centros industriales en los que, ciertamente, existían condiciones de inequidad y altísimos riesgos para su salud y vida. El dueño de los medios de producción tenía un poder casi absoluto para regir todos los aspectos de la relación con sus trabajadores, quienes, en lo fundamental, debían aceptar las imposiciones (Romagnoli, 1997 p. 790). Los operarios de fábrica solo contaban con su mano de obra para sostener su vida y la de su familia, en cambio, el empresario, al ser dueño del centro de empleo, podía intercambiar fácilmente a los trabajadores, lo que implicaba una concentración enorme de poder.

En este orden de ideas, el artículo 16 de la LAH es disruptivo, pues permite que las partes lleguen a acuerdos con el fin de preservar el empleo. El artículo 326 numeral 11 de la Constitución ya autorizaba la transacción laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad competente. Los acuerdos in commento irrumpen la regla de validez en función de su celebración ante autoridad competente. El artículo 16 de la LAH los mantiene en la esfera privada y solo existe una obligación de registro ante el Ministerio del Trabajo. A continuación, se abordarán las principales reglas de esta figura:

- a. El objetivo consiste en modificar las condiciones económicas de la relación laboral, por lo que estamos frente a la posibilidad de que la principal erogación del contrato de trabajo, la remuneración, sea negociada. Se debe advertir que la norma presenta una limitación para la negociación salarial: el respeto al salario básico unificado para una jornada completa o de su proporcional para una reducida. No significa que exista una prohibición de pagar menos que el salario básico, sino que, vistas las horas efectivas de trabajo, nadie podrá ganar menos que el proporcional.

- b. El régimen sancionatorio previsto para este tipo de convenios es un punto obscuro. El artículo 17 de la LAH dispone que: “Cualquiera de las partes de la relación laboral que incumpla con el acuerdo será sancionada de conformidad con lo dispuesto en el Código del Trabajo y demás normativa vigente”. Entonces, hay un presupuesto de hecho, el incumplimiento, que tendrá una consecuencia sancionatoria en blanco. Ahora, si estamos frente a acuerdos que variarán las condiciones económicas del contrato de trabajo, cabe preguntarnos, ¿qué será entendido como un incumplimiento? Naturalmente, sería que el empleador no pague el salario pactado, en cuyo caso lo que procede es una petición de visto bueno por la causal 2 del artículo 173 del Código del Trabajo, que tipifica la falta de pago de remuneraciones como causa de terminación del contrato de trabajo. De otro lado, si el empleado no cumple el acuerdo, o sea, no trabaja o reclama su salario íntegro, pese a haber un acuerdo de variación económica, pues igualmente el único remedio que prevé la norma laboral es la terminación justificada del contrato, previo visto bueno. Entonces, las sanciones que dispone la nueva ley no se entienden en el contexto de una relación laboral vigente. Podría, quizás, tratarse de una puerta para que el Ministerio del Trabajo sancione cualquier incumplimiento no necesariamente a las disposiciones del convenio, pero a las condiciones de validez que a continuación examinaremos.

El artículo 18 de la LAH establece cuatro condiciones mínimas para la *validez de los acuerdos*. Antes de comentarlas, abordemos conceptualmente qué significa este término. Con carácter general, el artículo 1461 del Código Civil dispone que los requisitos para la validez de un negocio jurídico son: la capacidad,⁷ el consentimiento libre de vicios,⁸ que recaiga sobre un objeto lícito⁹ y que tenga una causa lícita.¹⁰ Ahora bien, frente a un escenario en el que se incumplan los requisitos de validez de un contrato, la sanción será nulidad. De manera general, el artículo 1698 del Código Civil distingue entre nulidad absoluta y relativa. La nulidad absoluta implica la ausencia de objeto o causa lícita, la omisión de algún requisito o formalidad que la ley dispone para el valor del contrato o aquellos actos celebrados por personas absolutamente incapaces. Esta ha de declararse por el juez de oficio, aun sin petición de parte. La nulidad relativa, por su parte, implica cualquier otro vicio no comprendido en los caracteres de la absoluta, ha de decidirse solo a petición de parte y es sanable.

Mientras en el mundo civil, la nulidad de los contratos es un aspecto fundamental y de corriente análisis en las controversias y cuando se trata de examinar el desempeño de un contrato, en el mundo laboral, si bien esas reglas están presentes, existen particularidades que hacen que, a menudo, no sea un tema de análisis. Ello, por cuanto, como una derivación del

⁷ Al respecto, el artículo 1463 del Código Civil prescribe: Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”

⁸ Este consentimiento ha de estar libre de vicios, llámese error, fuerza o dolo, de la misma forma en que se afectan a los contratos civiles.

⁹ La licitud de la prestación, en los términos del artículo 1478 del Código Civil implica que: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”.

¹⁰ La causa del contrato es la razón subjetiva que llevó a las partes a contratar. Este es un requisito que ha motivado amplios debates jurídicos, por su utilidad real.

principio protector, existe una prohibición para que el empleador alegue causas de nulidad contractual. Así, el artículo 40 del Código del Trabajo dispone “En general, todo motivo de nulidad que afecte a un contrato de trabajo sólo podrá ser alegado por el trabajador”.

Una vez que hemos estudiado someramente qué significa un requisito de validez y las consecuencias que su incumplimiento podría traerle al contrato, veamos los cuatro requisitos expuestos por el artículo 18 de la LAH:

- a. Haber presentado de forma completa, veraz e íntegra los estados financieros de la empresa, para que el empleado tome una decisión informada.
- b. Se establece la obligación de utilizar los recursos de la empresa con eficiencia y transparencia y la prohibición de repartir dividendos, ni reducir el capital social mientras los acuerdos estén vigentes. Esta obligación resulta imprecisa y subjetiva, pues la ley no presenta métricas para establecer qué se deberá entender como un manejo transparente y eficiente de los recursos. Como veremos, al tratarse de *requisitos de validez de los acuerdos*, resulta fundamental tener claridad sobre estos aspectos. Si la norma no lo ha establecido, es recomendable que las mismas partes en los convenios establezcan parámetros para dar contenido a estos requisitos.
- c. Si los acuerdos se alcanzan con la mayoría de los trabajadores, se vuelven generalmente obligatorios. Esta exigencia resulta inentendible e imprecisa por muchos motivos. En primer lugar, no se entiende cómo este puede ser un requisito de validez, pues de ninguna manera se refiere a la valoración del contenido del contrato, sino a un efecto incidental que podría tener en el evento de que fuere aceptado por la mayoría. Entonces, el primer gran reparo es que no se entiende cómo esta condición puede ser un requisito de validez cuyo incumplimiento pueda, eventualmente anular el negocio jurídico. El segundo tema preocupante consiste en la imposición forzada de los términos de un acuerdo a la minoría de trabajadores. En *derecho individual del trabajo*, en el que se aplican estas normas, las decisiones, incidentes, regulaciones tienen efectos singulares, es decir, las determinaciones de una mayoría no calificada como representante de los trabajadores no incide en las relaciones individuales de trabajo. Esta regla fundamental se rompe, pues pese a que no estamos en *derecho colectivo del trabajo*, la decisión de una mayoría podría impactar a la minoría. Por último, esta medida será de muy compleja aplicación porque los convenios, al ser esencialmente individuales, se construyen bajo una estructura que impediría aplicarlos generalmente. Así, entonces, en una empresa con cien trabajadores, habrá un alto número de acuerdos variables, por lo que no se entiende cómo se aplicarían estos convenios disímiles entre sí, a una mayoría uniforme.

Como conclusión, haber establecido requisitos de validez sin mayor reflexión sobre sus impactos para el negocio jurídico ha sido un equívoco en la LAH. Habrá que examinar cómo interactúa un eventual incumplimiento con el efecto de nulidad. Verbigracia, si se alega que la empresa no está utilizando los recursos con transparencia y eficiencia, ¿cuál será el efecto? ¿la nulidad por objeto ilícito al contravenir la disposición de uso de recursos eficiente y transparentemente? En tal caso, siguiendo los efectos generales de la declaratoria de nulidad ¿se deberán retrotraer los efectos hasta antes de la suscripción de los acuerdos o solo desde el momento en que se demuestre el uso indebido de recursos de la empresa? Los mismos cuestionamientos tenemos para los otros requisitos, en concreto, con respecto al consentimiento informado que debe

dar el trabajador a partir del estudio de los estados financieros de la empresa. Si se alega que esta obligación fue incumplida, ¿estaríamos frente a un vicio del consentimiento o frente a un posible escenario de causa ilícita?

Finalmente, se debe tomar en cuenta que en materia laboral cualquier vicio de nulidad que afecte al *contrato de trabajo* solamente puede ser alegado por el trabajador. Creemos que los convenios que modifican las condiciones económicas de la relación serán, técnicamente, accesorios al contrato de trabajo principal, por lo que deberían seguir su misma suerte, o sea, tener un régimen especial con respecto a quién puede cuestionar su validez.

3.2. El contrato especial emergente

Nuestro sistema debe superar el atavismo de pensar que solo hay una relación laboral posible y deseable: la indefinida. Ni toda empresa puede garantizar un trabajo de por vida, ni es necesariamente deseable, ni tampoco las nuevas generaciones tienen a la estabilidad absoluta como una aspiración primordial en su vida laboral (OIT, 2017). Ecuador eliminó el contrato a plazo fijo en el año 2015, bajo una visión sesgada y poco conectada con la realidad. Mientras la mayoría de los países de la región mantienen estas figuras que son ampliamente utilizadas por los actores de la economía, en el país fue simplemente eliminada.

Con la nueva Ley Humanitaria se presenta el regreso del contrato a plazo fijo, denominado *contrato especial emergente*. En realidad, la norma establece algunos criterios¹¹ para que los empleadores puedan utilizar el contrato, pero, ventajosamente, son tan amplios que cualquier empresa podrá adoptarlos, con las debidas justificaciones. Estos contratos pueden celebrarse por un término máximo de un año renovable por una vez más. Sobre la terminación, la norma establece que una vez fenecido el plazo se pagará la bonificación por desahucio equivalente al 25% de la remuneración por cada año de trabajo y los derechos laborales que se hubieren devengado.¹²

3.3. La reducción de la jornada laboral

Aunque no existen datos que nos permitan concluir la efectividad de la reducción de la jornada laboral durante el periodo comprendido entre marzo y julio de 2020, considerando que era la única medida que permitía aliviar la carga de salarios para la preservación del empleo, parecería lógico que su implementación fue oportuna y necesaria. En este orden de ideas, la Ley Humanitaria plantea una nueva reducción de la jornada laboral, con notas más amplias y flexibles.

En síntesis, esta medida pende de la voluntad del empleador y lo habilita a reducir la jornada laboral hasta un 50%, con una disminución de hasta el 45% del salario del trabajador. El tema controvertido radica en el condicionante “Por eventos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente justificados, el empleador podrá reducir la jornada laboral”. Esto, dado que será controvertible hasta qué punto seguiremos bajos los efectos de un evento de fuerza mayor. Más aún, cuando esto puede provenir de diferentes fuentes —naturales, ordenes de autoridades competentes, etc.— y afectar en distinta medida a las compañías.

¹¹ Según el artículo 19 de la LAH, este contrato se celebra: “para la sostenibilidad de la producción y fuentes de ingresos en situaciones emergentes [sic] o para nuevas inversiones o líneas de negocio, productos o servicios, ampliaciones o extensiones del negocio, modificación del giro del negocio, incremento en la oferta de bienes y servicios por parte de personas naturales o jurídicas, nuevas o existentes o en el caso de necesidades de mayor demandas de producción o servicios en las actividades del empleador”.

¹² El artículo 17 del Reglamento a la LAH clarificó el régimen de compensación por terminación anticipada del contrato especial emergente [sic] en el siguiente sentido: “Al terminar el contrato, ya sea por cumplimiento del plazo o su renovación, ya sea por decisión unilateral del empleador o del trabajador antes del plazo convenido o su renovación, el trabajador tendrá derecho al pago de las remuneraciones y beneficios de ley calculados hasta el día en que concluya el contrato y la bonificación de desahucio calculada de conformidad con el artículo 185 del Código del Trabajo”.

4. La incidencia de la LAH en la conceptualización y aplicación de la fuerza mayor como causa para terminar el contrato de trabajo

Iniciemos delimitando la figura. Según el artículo 30 del Código Civil, la fuerza mayor consiste en “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. Por su parte, la jurisprudencia nacional ha explicado que su existencia pende de los siguientes elementos: (a) Debe ser un hecho imprevisible, es decir que ni el deudor ni el acreedor pudieron anticiparse al suceso ni evitar la imposibilidad de ejecutar el contrato que genera; (b) Debe ser irresistible, esto es, que exista una insuficiencia material para obstaculizar o impedir la producción del acontecimiento dañoso (Corte Suprema de Justicia, 2002). Finalmente, la jurisprudencia extranjera¹³ ha precisado que el evento debe ser *imprevisible* en la medida en que se encuentra fuera de cualquier razonable medida de pronóstico, *irresistible*, fuera de toda capacidad razonable de tomar medidas para mitigar su impacto (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1989).

La fuerza mayor como eximente de responsabilidad es una institución fundamental en el derecho obligacional y tenemos rastros de su existencia, por lo menos, desde la Antigua Roma (Gianfelci, 1995 p. 210). Entonces, los romanos sostenían que una parte solo puede huir de la responsabilidad de cumplimiento si se da un evento que esté más allá de cualquier persona, no solo más allá de sí mismo (Gordley, 2004 p. 515). Por consiguiente, esta figura postula que el cumplimiento de las obligaciones se altera cuando existe un evento irresistible e imprevisible y se explica con el aforismo *nadie está obligado a lo imposible*. En este orden de ideas, la aplicación de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad tiene un marcado sentido económico: minimizar las posibilidades de que el deudor sea superado y arrasado por las circunstancias imprevisibles e irresistibles, para que sobreviva como agente económico.

Con estos antecedentes, llegamos al artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo que establece:

Causas para la terminación del contrato individual. - El contrato individual de trabajo termina: 6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas de campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que, previsto, no lo pudieron evitar.

Esta norma se ha encontrado históricamente en el Código del Trabajo y ha sido consistente con los fundamentos la institución de la fuerza mayor. Esencialmente, la norma dispone que, cuando la prestación del contrato individual de trabajo se torne imposible de realizar por un evento irresistible e imprevisible, el vínculo laboral fenece. Y esto es apenas lógico, pues si una externalidad con estas características hace imposible que se ejecute la prestación, el empleador está eximido de su responsabilidad de continuar el contrato.

La pandemia del Covid-19 y el posterior Decreto Ejecutivo 1017,¹⁴ que restringió la jornada laboral y el comercio, es un evento de fuerza mayor. Ello, puesto que no pudo ser

¹³ También, la Corte Suprema de Justicia de Chile ha explicado: “El hecho constitutivo del caso fortuito debe ser imprevisto e inevitable en sí mismo, es decir, que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias de tiempo y lugar, habrían podido precaverlo o resistirlo. La determinación de si un suceso constituye un caso fortuito, depende de su naturaleza y de las circunstancias que lo rodean y los jueces del fondo establecerán soberanamente los hechos materiales que se invoquen como caso fortuito y un mismo suceso, por consiguiente, puede o no tener ese carácter y todo dependerá de si el agente estuvo o no en la absoluta imposibilidad de preverlo y evitarlo” (Corte Suprema de Justicia de Chile, 1963 p. 59)

¹⁴ A esto habrá que sumarle las subsecuentes resoluciones del Comité de Operaciones de Emergencia y de otros organismos públicos que permanentemente inciden en la ejecución normal de las obligaciones contractuales, limitando la movilidad, el comercio, etc.

previsto al momento de la suscripción del contrato, ni depende de las partes y, por último, tampoco puede ser obviado o resistido por el empleador o el empleado, porque al ser una pandemia, sus efectos superan el espectro de control de las partes.

Ahora bien, para examinar si un evento de fuerza mayor ha imposibilitado el trabajo, se debe realizar un análisis exhaustivo de la prestación singularizada de cada contrato de trabajo, pues, se insiste, originariamente el artículo 169 del Código del Trabajo se refiere a las formas de terminación del contrato laboral individual. Esto va de la mano de la preservación de la fuente económica macro que persigue la figura de la fuerza mayor. Explicemos este tema. El examen de casos singularizado es necesario porque en una misma empresa bien pueden existir empleados cuyos contratos de trabajo se tornaron imposibles de realizar por la pandemia y, al mismo tiempo, se pueden encontrar personas que sí pueden continuar sus labores. Por ejemplo, en una empresa de organización de conciertos que no puede realizar eventos, para los operadores de campo será imposible realizar la prestación de su contrato. Sin embargo, para los empleados administrativos, quizás, el trabajo pueda seguir su curso, aún limitado a realizar llamadas, gestiones de cobro o cualquier otra actividad que sí pueda realizarse, pese a la pandemia.

Aquí observamos con claridad la función de preservación económica de la fuerza mayor, pues, al ser un eximente de responsabilidad, no busca liquidar la fuente de trabajo en su totalidad, sino, más bien persigue que en la medida de lo posible la empresa continúe y, con ella, se preserven la mayor cantidad de fuentes de empleo. Por eso, precisamente, se debe realizar un análisis exhaustivo y caso por caso, pues en una misma empresa bien puede haber empleados cuyos contratos sean imposibles de realizar por el evento de fuerza mayor y bien podrá haber otros que sí puedan seguir su desempeño.

En realidad, es muy limitada la jurisprudencia que existe sobre el tema. A partir del terremoto de abril de 2016 que afectó a las provincias de Manabí y Esmeraldas, algunas compañías decidieron terminar la relación laboral por fuerza mayor con los operarios de las plantas industriales que se destruyeron. Muchos de esos trabajadores demandaron alegando que en realidad hubo un despido intempestivo, porque la empresa, como conjunto, no había cesado, pese a que el lugar donde se desempeñaban los contratos de trabajo se destruyó. Entonces, la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia resolvió que el examen de la aplicación de la fuerza mayor debe ser singularizado y que no implica, necesariamente, que toda la empresa haya cesado sus actividades. También, aceptó la tesis de que la indemnización por despido intempestivo implica una voluntad del empleador de terminar la relación de trabajo injustificadamente y, frente a un evento de fuerza mayor, esa voluntad debe ser fehacientemente probada (Corte Nacional de Justicia, 2016).¹⁵

En la misma línea, dentro del juicio laboral 13371-2018-00179, la Corte Provincial de Justicia de Manabí sostuvo que, si bien la destrucción total del local donde laboraba el trabajador fue evidente, también se comprobó que la empresa mantuvo locales en otras ciudades y que, con ello, podía trasladar a los trabajadores a otra ciudad para mantener el vínculo laboral. Posteriormente, la Corte Nacional de Justicia revocó la sentencia. La Sala sostuvo que el falló

¹⁵ Al respecto, la sentencia dentro del juicio laboral número 13354-2016-00395, seguida, *inter alia*, por la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio de trabajo número 13354-2016-00390, expuso: “De la lectura del recurso de casación propuesto por la parte demandada, se evidencia que su argumento central se basa en la negativa de haber despedido intempestivamente al actor, señalando que la terminación de la relación laboral se circunscribe en el artículo 169 numeral 6 del Código de Trabajo, cuya Acta de Finiquito fue realizada bajo el supuesto de fuerza mayor que no puede ser considerado como despido intempestivo, pues se efectuó la terminación del vínculo laboral el 16 de junio de 2016, en razón de que la planta de envase donde laboraba el actor se encontraba destruida tras el terremoto. Siendo esta una causa legal de terminación del contrato

de segunda instancia carecía de motivación al no haber aplicado en estricto rigor la causal 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, pues si ambas partes suscribieron el acta de finiquito aseverando la existencia del evento de fuerza mayor, se descartaba el despido intempestivo. Adicionalmente, estimó que en el contexto de la aplicación del numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, la empresa no estaba obligada a reintegrar a los trabajadores, desechando la pretensión de un despido intempestivo al estimar que: “la relación terminó a consecuencia de la destrucción por terremoto de 16 de abril de 2016 como circunstancia eximente de responsabilidad y no por voluntad unilateral de la parte empleadora” (Corte Nacional de Justicia, 2018).

Lamentablemente, la LAH desde hace cientos de años de desarrollo normativo con respecto a la institución de la fuerza mayor y realiza una supuesta interpretación del numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo en el siguiente sentido:

En estos casos, la imposibilidad de realizar el trabajo por caso fortuito o fuerza mayor estará ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, sea persona natural o jurídica. Esto quiere decir, que habrá imposibilidad cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo tanto por los medios físicos habituales como por medios alternativos que permitan su ejecución, ni aún por medios telemáticos

En primer lugar, hemos de resaltar el grave error incurrido por la Asamblea Nacional al haber catalogado a esta norma como interpretativa, cuando en realidad estamos frente a una simple y sencilla reforma en la forma de aplicación de la fuerza mayor. Interpretar significa darle un sentido a la norma jurídica, implica derivar del contenido de la norma un determinado alcance. Interpretar, por lo mismo, encuentra una solución dentro del mismo texto del articulado. Reformar, en cambio, trae consigo nuevos estadios de aplicación, nuevos estándares, etc. Entonces, en la reforma encontramos que el órgano legislativo trae supuestos ajenos a la norma, para que la integren y rijan hacia el futuro. Esto es lo que ha ocurrido en el caso en cuestión. Adviértase que la Disposición Interpretativa no expone un sentido de interpretación derivado intrínsecamente del texto del artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo, sino que, por el contrario, extrapola supuestos nuevos de aplicación, supuestos que jamás han estado ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina ni en la práctica del derecho. Así, entonces, se ha interpretado que la terminación por fuerza mayor está ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, añadiendo que esto solo ocurrirá cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo por ningún medio. Aquí advertimos una contradicción, pues si la fuerza mayor se liga al cese de la actividad, de hecho, ya no podrá haber trabajo de ninguna forma, con lo que el texto de la norma interpretativa, en sí mismo es inconsistente.

Es preocupante el daño que esta disposición ha generado en el derecho ecuatoriano y, particularmente, en cuanto a la vigencia de la seguridad jurídica. El sentido de la institución de la fuerza mayor, se insiste, no es liquidar la fuente económica, pues en ese caso su misión como eximente de responsabilidad es fútil. La exención opera con un sentido económico de preservación de la empresa, no al revés, como ha realizado el órgano legislativo ecuatoriano. Pero, además, el perjuicio a la seguridad jurídica se hace más grave y latente, puesto que la categorización de interpretativa genera que, eventualmente, esta norma pueda aplicarse de manera retroactiva, pues el artículo 7 numeral 23 del Código Civil dispone: “Las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en estas”. No faltarán los casos en que se pretenda, erradamente, aplicar esta supuesta disposición interpretativa de forma retroactiva. Aun cuando es

incontrovertible que la añadidura de la LAH es una reforma y no se limita a declarar el sentido del artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo sino, por el contrario, a establecer nuevos, y desacertados, supuestos de aplicación.

5. Conclusiones

La economía ecuatoriana ya venía sintiendo los efectos de no poder seguirle el paso a la avanzada y vanguardista normativa laboral. Una y otra vez, se siguió la premisa de que las normas podían cambiar la realidad económica: se eliminó la tercerización laboral, considerada indigna para los trabajadores. También se suprimió el contrato por horas, pues en los ojos del Estado ese trabajo no era suficientemente garantista. Se suprimieron la mayoría de las formas de contratación laboral que no fueren a término indefinido, la contratación con terceros prácticamente se anuló, las indemnizaciones por terminación se radicalizaron y, finalmente, en 2015 se eliminó el contrato a plazo fijo. Con la llegada de la pandemia, Ecuador empezó a sentir los estragos de una normativa que no se compadece con la realidad económica del país y que no da espacio de movimiento. Paradójicamente, la rigidez resultó el mayor obstáculo para la preservación y creación del empleo, pues, así como un edificio debe ser flexible para que frente a un terremoto no colapse, el sistema normativo laboral, tan dependiente de la economía, debe ser versátil para mantener los puestos de trabajo y, con ello, la estabilidad financiera de los trabajadores.

Sin un ordenamiento jurídico que permitiera dar alternativas legales para enfrentar los embates de la crisis sanitaria, el Gobierno tuvo que utilizar mecanismos poco ortodoxos, pero necesarios para paliar los efectos de la paralización. En términos generales, la autorización de reducir la jornada laboral hasta en un 25% resultó positiva para aliviar las cargas salariales, precaver el empleo y mantener el ingreso económico de los empleados que es fundamental en tiempos de crisis. En cambio, la suspensión de la jornada fue poco útil, pues colocaba a los empleadores en una situación irracional: no había trabajo, pero sí remuneraciones.

Finalmente, se promulgó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario que representa un nuevo paradigma en el derecho laboral ecuatoriano, tanto en lo positivo como en lo negativo. En lo primero, la autorización de celebrar convenios para modificar aspectos económicos de la relación laboral es un paso importante para que las partes puedan configurar nuevas condiciones que permitan la subsistencia del contrato de trabajo. A la vez, es un aliciente para las empresas que, seguramente, permitirá preservar empleos y reactivar la producción. Por su parte, el nuevo contrato a plazo fijo y la reducción de la jornada laboral por fuerza mayor es un paso importante para crear nuevas fuentes de empleo en un periodo de imprevisión. En lo negativo, fundamentalmente encontramos la inentendible disposición interpretativa del numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo. No solo vulnera directamente el derecho fundamental a la seguridad jurídica, sino que, transfigura una institución clásica cuyo objetivo es la preservación de las fuentes de actividad económica y, a la larga, del propio empleo.

Referencias bibliográficas

Ahlers, E. (2016). Flexible and remote work in the context of digitalization and occupational health. *International Journal of Labour Research* olume 8 85-101.

- Block, R. N., Roberts, K., Ozeki, C., & Roomkin, M. J. (2001). Models of international labor standards. *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 40(2), 258-292.
- Banco Central del Ecuador (2020). Evaluación impacto macroeconómico del Covid-19 en la economía ecuatoriana. Quito: Banco Central. Disponible en: https://www.bce.fin.ec/images/BANCO_C_ECUADOR/PDF/IMPACTO-MACROECONOMICO-202008032036.pdf
- CEPAL (2020). Informe Especial Covid-19 No. 2. Santiago: Publicaciones Cepal. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45445/1/S2000286_es.pdf
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2020). América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19: efectos económicos y sociales, Informe Especial COVID-19, N° 1, 3. Santiago: Cepal
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe & Organización Internacional del Trabajo (2020). El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Santiago: Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe, N° 22
- Corte Nacional de Justicia (2016). Sala de Casación Laboral. Sentencia dictada dentro del juicio 13354-2016-00395
- Corte Nacional de Justicia (2018). Sala de Casación Laboral. Sentencia dictada dentro del juicio 13371-2018-00179,
- Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 2 de mayo de 1963, Serie: RDJ, t. LX, Sección Primera
- Corte Suprema de Justicia de Ecuador (2002). Sentencia de 12 de noviembre de 2002. Gaceta Judicial 11, Serie 17
- Diario Expreso (2020). Coronavirus, Martínez explicó cómo será la reactivación económica y del tejido productivo. Disponible en <https://www.expreso.ec/actualidad/coronavirus-ecuador-richar-martinez-plan-solidario-emergencia-sanitaria-economia-9135.html>
- El Comercio (2020). Día de trabajo: 361 361 en teletrabajo en dos meses en Ecuador. Disponible en <https://www.elcomercio.com/actualidad/coronavirus-teletrabajo-confinamiento-emergencia.html>
- European Commission (2020). Telework in the EU before and after the COVID-19: where we were, where we head to. Brussels: Joint Research Center. Disponible en https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc120945_policy_brief_-_covid_and_telework_final.pdf
- Gianfelci, Mario (1995). Caso fortuito y caso de fuerza mayor, en el sistema de responsabilidad civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gordley, James. Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances. *The American Journal of Comparative Law*, 52 (2004), 513-530.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2015). Informe de Indicadores Laborales Septiembre 2015. Quito: INEC. Disponible en [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2015/Septiembre-2015/Informe%20de%20Economia%20Laboral_septiembre2015%20\(final\).pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2015/Septiembre-2015/Informe%20de%20Economia%20Laboral_septiembre2015%20(final).pdf)
- International Monetary Fund. World Economic Outlook: The Great Lockdown Statistical Appendix. 2020. Washington: IMF.
- Lasfargue, Y. & Fauconnier, S. (2015), Télétravail salarié: Comment concilier liens de subordination et marges de liberté? [Employees teleworking: How can subordination links and margins of freedom be reconciled?], Paris: Obergö

- ManpowerGroup(2020). Carreras Profesionales de los Millennials: Horizonte 2020. Disponible en: http://www.manpowergroup.es/data/files/Estudios/pdf/Estudio_ManpowerGroupCarreras_profesionales_de_los_Millennials_Horizonte_2020_635997053700335000.pdf
- Ministerio de Salud (2020). Ministerio de Salud confirma la muerte del primer paciente por Covid-19. Disponible en <https://www.salud.gob.ec/ministra-de-salud-confirma-muerte-de-paciente-por-covid-19/>
- Ministerio del Trabajo (2020). Más de 6000 empresas se han acogido a la reducción, modificación o suspensión emergente de la jornada laboral. Disponible en <http://www.trabajo.gob.ec/mas-de-6000-empresas-se-han-acogido-a-la-reduccion-modificacion-o-suspension-emergente-de-la-jornada-laboral/>
- Montoya-Melgar, Alfredo. (2017) Derecho del Trabajo. Madrid: Editorial Tecnos
- Organización Internacional del Trabajo & Eurofund (2019). Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral. Ginebra: Oficina OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--travail/documents/publication/wcms_712531.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo (2016). ¿Cuáles son los riesgos del teletrabajo en las tecnologías de comunicación y los servicios financieros? *Disponible en:* https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_534817/lang-es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo (2017). El futuro del trabajo que queremos: la voz de los jóvenes. Lima: Oficina OIT.
- Organización Internacional del Trabajo (2020). Covid 19 y el mundo del trabajo. Estimaciones Actualizadas y Análisis, Segunda Edición. Ginebra: OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/documents/briefingnote/wcms_740981.pdf
- Primicias (2020) La recaudación de tributos cayó casi 35%. Disponible en <https://www.primicias.ec/noticias/economia/sri-recaudacion-tributaria-dura-caida-abril/>
- Purchada-Bonilla, Miguel (2013). Trabajo a distancia vs. Teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012. *Actualidad laboral*, núm. 2, 2013, La Ley 286, pp 71 - 76.
- Romagnoli, Umberto (1997). El Derecho, el trabajo y la historia. Madrid: Consejo Económico y Social. p. 42-43
- Robinson, B. (2020, June). Is Working Remote A Blessing Or Burden? Weighing The Pros And Cons. *Forbes*. <https://www.forbes.com/sites/bryanrobinson/2020/06/19/is-working-remote-a-blessing-or-burden-weighing-the-pros-and-cons/#7fe716bc40a9>
- Ruiz, M. C. (2015). Cómo afrontar lo inesperado. La fuerza mayor en la contratación internacional: ¿principio o cláusula?. *Derecho PUCP*, (74), 441-484.
- Schiavardi, Fabiano (1999). Regidita nel mercato del lavoro disoccupazione e crescita. *Banca D'Italia* (364) 7-32.