



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE
DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPUBLICA DEL ECUADOR**

TEMA

**EFFECTOS DEL PAGO DE FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN
PATRONAL EN EL DERECHO DE JUBILACIÓN**

TUTOR

AB. LENIN PILALOT NAVARRETE

AUTOR

ANDRÉS EDUARDO MOREIRA POSLIGUA

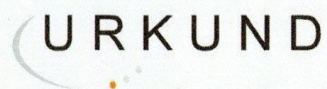
GUAYAQUIL

2019

| REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA | |
|---|---|
| FICHA DE REGISTRO DE TESIS | |
| TÍTULO Y SUBTÍTULO: | |
| Efectos del pago de fondo global de jubilación patronal en el derecho de jubilación | |
| AUTOR/ES: Andrés Eduardo Moreira Posligua | REVISORES O TUTORES: Pilalot Navarrete Lenin Alberto |
| INSTITUCIÓN: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil | Grado obtenido: Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador |
| FACULTAD: Ciencias Sociales y Derecho | CARRERA: Derecho |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: 2019 | N. DE PAGS: 78 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: Derecho | |
| PALABRAS CLAVE: Pago, Jubilación, Derecho al trabajador, irrenunciables, nulidad de renuncia, derecho a la seguridad social | |
| RESUMEN: | |
| <p>Este trabajo tiene como propósito fundamental analizar los efectos del pago de fondo global de jubilación patronal en el derecho de jubilación de los trabajadores una vez que cumplen los requisitos legales para acceder a la jubilación patronal.</p> <p>Para alcanzar ese objetivo se hace un estudio de la jubilación como institución del Derecho laboral, donde se determina su naturaleza jurídica que es garantizar al ex trabajador una pensión vitalicia, pagada periódicamente, que le asegure satisfacer sus necesidades básicas durante el resto de su vida.</p> <p>A continuación se estudia el régimen jurídico del derecho a la jubilación como un derecho fundamental en el Ecuador, haciendo énfasis en los principios y normas que establecen la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y del derecho a la seguridad social.</p> <p>La conclusión fundamental es que el pago de la pensión patronal permitido en el artículo 216.3 del vigente Código del Trabajo es contraria a la naturaleza jurídica del derecho a la jubilación por lo que propone su reforma mediante la eliminación de esa posibilidad.</p> | |

| | | |
|--|--|--|
| ADJUNTO PDF: | SI <input checked="" type="checkbox"/> | NO |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: Andrés Eduardo Moreira Posligua | .Teléfono: 0969435019 | E-mail: andres.moreira16@gmail.com |
| CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN: | Título. Mgs. Marco Oramas Salcedo Teléfono: (04) 259 6500 Ext. 249 E-mail: moramass@ulvr.edu.ec Mgs. Violeta Badaraco Delgado Teléfono: (04) 259 6500 Ext. 233 E-mail: vbadaracod@ulvr.edu.ec | |

CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO



Urkund Analysis Result

Analysed Document: Tesis Andrés Moreira- corregido.docx (D44475392)
Submitted: 11/23/2018 11:26:00 PM
Submitted By: lpilalotn@ulvr.edu.ec
Significance: 8 %

Sources included in the report:

TRABAJO FINAL ARIANNA 3.docx (D40245769)
tesis DOLORES CAISABANDA M.2PARA CD..pdf (D41795792)
TESIS NATHY y LUIS.docx (D19015594)
TRABAJO DE TITULACION EDUARDO RIVERA HOLGUIN.docx (D13429910)
Luis Paredes 03-02-14 IMPRIMIR.doc (D10579599)
<http://www.pbplaw.com/jubilacion-patronal/>

Instances where selected sources appear:

22

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES

El(Los) estudiante(s) egresado(s) **ANDRÉS EDUARDO MOREIRA POSLIGUA**, declara (mos) bajo juramento, que la autoría del presente proyecto de investigación, **EFFECTOS DEL PAGO DE FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN PATRONAL EN EL DERECHO DE JUBILACIÓN**, corresponde totalmente a el(los) suscrito(s) y me (nos) responsabilizo (amos) con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo (emos) los derechos patrimoniales y de titularidad a la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establece la normativa vigente.

Autor

Firma:



ANDRÉS EDUARDO MOREIRA POSLIGUA

C.I. 1207984210

CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación **EFFECTOS DEL PAGO DE FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN PATRONAL EN EL DERECHO DE JUBILACIÓN**, designado(a) por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil.

CERTIFICO:

Haber dirigido, revisado y aprobado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: **EFFECTOS DEL PAGO DE FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN PATRONAL EN EL DERECHO DE JUBILACIÓN**,, presentado por el estudiante **ANDRÉS EDUARDO MOREIRA POSLIGUA** como requisito previo, para optar al Título de **ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, encontrándose apto para su sustentación.

Firma:



LENIN ALBERTO PILALOT NAVARRETE

C.C. 0911149151

DEDICATORIA

A **DIOS** por la vida que le brinda a mis padres y a mí, por haberme bendecido por llegar a donde he llegado, porque permitiste hacer realidad este gran sueño.

A mis **PADRES** por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por los ejemplos de perseverancia y constancia que los caracterizan y que me han infundado siempre, por la motivación constante que ha permitido ser una persona de bien, por el valor mostrado para salir adelante y por su amor.

AGRADECIMIENTO

En el transcurso de mi vida estudiantil, he tenido altibajos, pero siempre han estado a mi lado personas sirviéndome de guía y soporte, a quienes debo expresar mi gratitud.

Agradezco a mi madre, formadora de lo que soy y hasta donde he llegado, por ser el apoyo, aporte y amor que he necesitado en el largo camino que emprendí hace varios años.

A mi padre, que con su esfuerzo me ayudó a superarme, siempre dispuesto a darme una palabra de aliento cuando más la requería.

A mi tío Augusto Posligua, mi mentor, quien se ha ganado mi admiración por la motivación y las enseñanzas de vida que estarán plasmadas para siempre en mi memoria.

A mis formadores que me brindaron sus conocimientos para desarrollarme correctamente como profesional, a ellos, gracias por la dedicación, los llevare siempre en mi memoria.

A mi tutor Abg. Lenin Pilalot por su gran apoyo, motivación y tiempo compartido para la culminación del presente trabajo de investigación.

A mi novia Daniela Galarza González, quien siendo mi mayor motivación en mi camino al éxito, con su inagotable paciencia fue la esencia perfecta para lograr terminar este trabajo de investigación, gracias por preocuparte por mí en cada momento.

A todos quienes han estado conmigo hasta llegar a esta, una de las metas de mi vida, gracias infinitas.

RESUMEN

Este trabajo tiene como propósito fundamental analizar los efectos del pago de fondo global de jubilación patronal en el derecho de jubilación de los trabajadores una vez que cumplen los requisitos legales para acceder a la jubilación patronal.

Para alcanzar ese objetivo se hace un estudio de la jubilación como institución del Derecho laboral, donde se determina su naturaleza jurídica que es garantizar al extrabajador una pensión vitalicia, pagada periódicamente, que le asegure satisfacer sus necesidades básicas durante el resto de su vida.

A continuación se estudia el régimen jurídico del derecho a la jubilación como un derecho fundamental en el Ecuador, haciendo énfasis en los principios y normas que establecen la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y del derecho a la seguridad social.

La conclusión fundamental es que el pago de la pensión patronal permitido en el artículo 216.3 del vigente Código del Trabajo es contraria la naturaleza jurídica del derecho a la jubilación por lo que propone su reforma mediante la eliminación de esa posibilidad.

Palabras claves: derechos de los trabajadores, irrenunciables, nulidad de la renuncia, derecho a la seguridad social, derecho a la jubilación, jubilación patronal.

ABSTRACT

The main purpose of this work is to analyze the effects of the payment of the employer's retirement fund on the right of retirement of the workers, once they meet the legal requirements to access the employer's retirement.

To achieve this objective, a study of retirement is made as an institution of labor law, where its legal nature is determined, which is to guarantee the former worker a life pension, paid periodically, which assures him to satisfy his basic needs for the rest of his life.

Next, it studies the legal regime of the right to retirement as a fundamental right in Ecuador, emphasizing the principles and norms that establish the inalienable right of workers and the right to social security.

The fundamental conclusion is that the payment of the employer's pension allowed in article 216.3 of the current Labor Code is contrary to the legal nature of the right to retirement and therefore proposes its reform by eliminating that possibility.

Key words: workers' rights, inalienable, nullity of renunciation, right to social security, right to retirement, employer retirement.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|----|
| RESUMEN..... | IX |
| CAPÍTULO I..... | 1 |
| 1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN | 1 |
| 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 1 |
| 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA..... | 2 |
| 1.3. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA..... | 2 |
| 1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN | 3 |
| 1.4.1. OBJETIVO GENERAL..... | 3 |
| 1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS | 3 |
| 1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN | 4 |
| 1.6. DELIMITACIÓN O ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN | 5 |
| 1.6.1. Campo de acción..... | 5 |
| 1.6.2. Delimitación Espacial..... | 6 |
| 1.6.3. Delimitación temporal..... | 6 |
| 1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN | 6 |
| 1.7.1. VARIABLES..... | 7 |
| CAPÍTULO II..... | 8 |
| 2. MARCO TEÓRICO..... | 8 |
| 2.1. MARCO REFERENCIAL | 8 |
| 2.1.1. El Derecho laboral y la protección de los derechos del trabajador..... | 8 |
| 2.1.2. El Derecho a la seguridad Social..... | 13 |
| 2.1.3. Determinación legal del tema jubilación patronal en diferentes países..... | 17 |
| 2.2. MARCO LEGAL | 19 |
| 2.2.1. Instrumentos de protección de los derechos del trabajador..... | 19 |
| 2.2.2. Constitución de la República del Ecuador, 2008 | 22 |
| 2.2.3. Código del Trabajo..... | 24 |
| 2.3. MARCO CONCEPTUAL | 24 |
| 2.3.1- La jubilación del trabajador como derecho fundamental..... | 24 |
| 2.3.2- La jubilación patronal | 27 |
| CAPÍTULO III..... | 35 |
| 2. MARCO METODOLÓGICO..... | 35 |
| 2.3. Tipo de investigación | 35 |

| | | |
|------|---|----|
| 2.4. | Enfoque de la investigación..... | 36 |
| 2.5. | Técnica de investigación | 36 |
| 2.6. | Población y muestra..... | 37 |
| 2.7. | Modelos de encuesta..... | 41 |
| 2.8. | Análisis de los resultados de las encuestas aplicadas | 45 |
| 3. | CONCLUSIONES..... | 54 |
| 4. | RECOMENDACIONES | 61 |
| 5. | PROPUESTA..... | 62 |
| 6. | BIBLIOGRAFÍA | 64 |

ÍNDICE DE TABLAS

| | | |
|----------|--|----|
| Tabla 1, | Año de labores..... | 45 |
| Tabla 2. | Formas de jubilación..... | 46 |
| Tabla 3. | Percepción del pago de fondo global de jubilación..... | 47 |
| Tabla 4. | Trabajadores próximos para jubilarse y jubilados..... | 48 |
| Tabla 5. | Percepción de las formas de jubilación | 49 |
| Tabla 6. | Criterio de Jubilación..... | 50 |
| Tabla 7. | Tiempo de ejercicio en el área laboral y social | 51 |
| Tabla 8. | Criterio jurídico de formas de jubilación | 52 |

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho de jubilación patronal establecido en el artículo 216 del Código del Trabajo, consiste en el pago de una pensión mensual y vitalicia para el trabajador que haya prestado sus servicios al mismo empleador por 25 años o más. Como alternativa a esa pensión mensual, puede hacerse un pago único sustitutivo conocido como fondo global.

La finalidad del derecho de jubilación patronal radica en sostener la vejez del trabajador que ha entregado sus energías juveniles a uno o más empleadores que han aprovechado de esas energías.

Por esa razón mal podría considerarse que un pago único sustitutivo entregado en un fondo global, a fin de que el propio trabajador administre ese capital por su cuenta, cumpla con los fines propios de la institución de jubilación patronal y consecuentemente extinga de forma definitiva la obligación de pagar por parte del empleador beneficio que el trabajador tiene derecho de por vida.

La posibilidad de que el empleador pueda entregar un fondo global de jubilación al trabajador de acuerdo a su voluntad unilateral, en los términos que dispone el artículo 216 numeral tercero del Código del Trabajo, en la práctica acarrea una conculcación de los derechos del trabajador, ya que éstos por su propia naturaleza no son negociables, y son además irrenunciables.

En vista de esa posible vulneración de los derechos del trabajador, es necesario realizar la presente investigación basada en los métodos de la dogmática jurídica, mediante los que se analiza si la figura del pago de fondo global de jubilación

efectivamente cumple con la finalidad jurídica del derecho de jubilación. Ello exige el estudio de diferentes instituciones jurídicas propias del Derecho laboral, así como de principios y derechos constitucionales relativos a la materia laboral.

Como en principio el fondo global de jubilación extingue el derecho a la pensión vitalicia del trabajador y extingue la obligación a pagarla por parte del empleador, también en la investigación se estudia la posible violación de algunos derechos del trabajador, así como de los principios que rigen la aplicación e interpretación de sus derechos en materia laboral, entre los que se encuentran la imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿El pago del fondo global de jubilación patronal se contrapone al derecho de jubilación del trabajador y vulnera derechos y principios constitucionales?

SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la naturaleza jurídica del derecho de jubilación del trabajador?

¿Cuáles son los principios constitucionales en los que se sustenta el derecho de jubilación del trabajador?

¿Cómo es el derecho de jubilación en la legislación laboral de otros países?

¿Cuáles son los fines inherentes a la figura de la jubilación patronal?

¿Por qué el pago del fondo global de jubilación patronal involucra extinción del derecho de jubilación del trabajador?

¿Cuáles son las formas de cálculo para el pago de fondo global de jubilación patronal previstas en la normativa vigente en el Ecuador?

¿Es posible que el fondo global de jubilación patronal vulnere principios de orden constitucional?

¿En qué contexto socio jurídico debe desarrollarse la figura del pago de fondo global de jubilación patronal?

¿Qué factores inciden en la regulación de la figura del fondo global de jubilación patronal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL

- Analizar los efectos del pago del fondo global jubilación patronal en el derecho de jubilación del trabajador.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Explicar postulados teóricos y doctrinales referentes al principio de seguridad social y el derecho universal de jubilación.
- Identificar el régimen jurídico del derecho de jubilación patronal en el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador.
- Relacionar el contenido intrínseco entre el derecho de jubilación patronal y su congruencia con el pago del fondo global en el marco constitucional.
- Proponer la reforma del artículo 216 del Código del Trabajo que establece la posibilidad de que el patrono pague un fondo global de jubilación al trabajador, en lugar de la pensión de jubilación vitalicia

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en el artículo 37 numeral tercero, dispone que el Estado garantiza como uno de los derechos de las personas adultas mayores el derecho a la jubilación universal; mientras que en el artículo 326 numeral segundo, dispone que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, y todo pacto en contrario de esos principios será nulo de pleno derecho.

El derecho de jubilación de las personas adultas mayores se deriva de un derecho constitucional más amplio como lo es el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 34 de la Constitución de la República, cuyo texto literal establece que “el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado.”

Por su parte el Código del Trabajo dispone en su artículo 7 una regla de interpretación, de conformidad con la cual deben ser interpretados los derechos de los trabajadores y los principios que rigen su aplicación: “Aplicación favorable al trabajador. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.”

En consonancia con las normas anteriormente detalladas, se puede concluir que el derecho de jubilación del trabajador es una garantía que deriva del derecho fundamental a la seguridad social, y que se encuentra tutelado por parte del Estado ecuatoriano a nivel constitucional, razón por la cual estudiar la figura del derecho de jubilación patronal, contemplado en el artículo 216 del Código del Trabajo, como también la forma en la que se debe de cumplir esa obligación patronal, es de sumo interés para valorar el cumplimiento de los derechos de los trabajadores, especialmente su derecho de jubilación patronal.

El pago único del fondo global de jubilación patronal, que sustituye el pago realizado de forma mensual, debe de ser analizado en conjunto a los fines que persigue la propia institución de la jubilación como tal, puesto que en el primero de los casos este pago único sustitutivo por disposición expresa de la ley extingue definitivamente la obligación del empleador para con su trabajador jubilado.

Por ello, mal podría considerarse que el derecho de jubilación, el cual tiene como objeto brindar el sustento necesario por todo tiempo que le resta de vida al trabajador, se reduzca a un acuerdo extrajudicial al que se le otorga una amplitud y eficacia liberatoria que no responde a la naturaleza del derecho que contiene.

DELIMITACIÓN O ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación se encuentra delimitado dentro de los siguientes parámetros:

Campo de acción

En toda investigación de dogmática jurídica confluyen varios saberes propios de las ciencias jurídicas, ya que tanto dicha ciencia como el Derecho positivo que le sirve de objeto de estudios se relacionan como si fueran un sistema o constituyeran un ordenamiento jurídico coherente.

En este caso, si bien la investigación tiene como objeto principal una institución del derecho laboral, ella debe ser ubicada en el conjunto general de los saberes jurídicos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente.

Ese conjunto de saberes está constituido por el Derecho constitucional, el Derecho laboral, el Derecho de la seguridad social, la Teoría general del derecho por lo que se refiere a la interpretación jurídica y la Filosofía del derecho con respecto a la interpretación de los principios constitucionales que deben regir la aplicación de las normas en materia laboral y derechos constitucionales de los trabajadores.

Delimitación Espacial

El Ecuador es un estado unitario conforme lo define la Constitución de la República en su artículo 1; se trata de un tipo de organización estatal que desde el punto de vista territorial, tiene un único centro de poder que abarca la totalidad del territorio hasta donde se extiende la soberanía estatal, y cuenta con dependencias en las demarcaciones territoriales que funcionan con base en los principios de descentralización y desconcentración (Fernández Bulté, 2001).

Por esa cualidad del Estado ecuatoriano, la presente investigación tiene alcance nacional, correlativo con el carácter nacional de la legislación que abarca su campo de acción.

Delimitación temporal

Al ser una investigación de carácter dogmático, se basa en el análisis e interpretación de la legislación vigente al momento de su ejecución, es decir entre los años 2018- 2019, sin perjuicio de que se haga referencia con fines comparativos e ilustrativos a leyes ecuatorianas que ya no se encuentren vigentes o que han sido reformadas como la Constitución de 2008, o a leyes extranjeras que no tienen aplicación en el territorio ecuatoriano.

HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Según Leoncio Lara Sáenz, la hipótesis de una investigación científica puede tener diferentes significados, pero en general puede considerarse como una explicación supuesta que depende de ciertos hechos que le sirven de soporte, tiene carácter provisional y se basa en la observación a través de la que se establecen relaciones entre hechos y su posible explicación causal (Lara Sáenz, 1991, pág. 131).

De conformidad con esa definición, en este apartado corresponde exponer una posible respuesta al problema de investigación, que puede ser resumida de la siguiente forma:

¿Con la reforma el artículo 216 del Código del Trabajo respecto al pago del fondo global de jubilación patronal se evitaría la conculcación del derecho de jubilación vitalicia y por ende la vulneración de derechos constitucionales del trabajador?

VARIABLES

Variable independiente

- Reforma del artículo 216 del Código del Trabajo

Variable dependiente

- La naturaleza jurídica irrenunciable y no negociable del derecho de jubilación en el artículo 216 del Código del Trabajo.
- La renuncia del derecho a la seguridad social de trabajador que resulta del pago del fondo global de jubilación en lugar de la pensión mensual vitalicia, con la consecuente violación del artículo 34 de la Constitución de 2008.
- Los principios constitucionales de intangibilidad, imprescriptibilidad, irreductibilidad contemplados en el artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1.MARCO REFERENCIAL

2.1.1. El Derecho laboral y la protección de los derechos del trabajador

El Derecho laboral, también denominado a veces Derecho del Trabajo, es una de las conquistas más importantes de los movimientos sociales organizados por los gremios de diferentes profesiones y oficios que se consolidaron durante el siglo XIX, guiados entonces por diferentes ideologías que dotaban de sustento teórico a las demandas de las clases trabajadoras (Mirolo, 2015, pág. 25).

En sus inicios, la relación jurídica entre el trabajador y el patrono se establecía con base en el contrato civil de prestación de servicios, por lo cual los derechos y obligaciones entre las partes se limitaban a que el trabajador realizaba el servicio prestado a cambio de recibir una remuneración previamente acordada.

En otras ocasiones se realizaba bajo la figura del arrendamiento de servicios, también con la misma connotación del Derecho civil, es decir una relación jurídica establecida entre personas situadas en un mismo plano de igualdad y con que manifestaban libremente su voluntad de obligarse.

Lo que interesa resaltar de lo anterior, es que la relación entre el empleador y el trabajador escondía una gran verdad que quedaba oculta bajos los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual propia del Derecho civil, y es que entre el empleador y el trabajador no existe realmente, de hecho, una relación entre personas situadas en un plano de igualdad, puesto que mientras el primero es propietario de los medios de producción y el capital, el segundo solo es dueño de su fuerza de trabajo, que se ve obligado a vender para

subsistir, lo que fue ampliamente demostrado por C. Marx y F. Engels en el *Manifiesto del Partido Comunista* de 1848 (Marx & Engels, 2011).

En segundo lugar, tampoco resultada del todo cierto la idea de la autonomía de la voluntad como base para la relación entre el empleador y el trabajador, ya que mientras el empleador tenía un ejército de trabajadores a su disposición, mano de obra barata entre la cual podía escoger mediante el pago de salarios miserables, los trabajadores estaban dispuestos a aceptar cualquier empleo sin exigir ninguna condición, debido a la competencia entre ellos por acceder a los puestos de trabajo; la única libertad de la que podían disponer era morir de hambre o servir a los capitalistas en condiciones precarias y por un pago miserable que apenas alcanzaba para sus necesidades básicas.

Sin embargo, todo ello era estrictamente legal porque la relación de trabajo se establecía en los términos previstos en la legislación civil; de ahí que una de las principales demandas de los trabajadores consistía en la necesidad de que el Estado, como poder público de la sociedad, tuviera una participación activa en la determinación de la legislación laboral, entonces denominada legislación social por cuanto se refería a uno de los temas de mayor connotación social como era el trabajo asalariado.

La responsabilidad del Estado pasaba en primer lugar en extraer del imperio de la legislación civil la relación entre el patrono y el trabajador, lo que permitiría eliminar las ficciones de la igualdad entre las partes, la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación como fundamentos de la relación jurídico labora, lo que implicada incluir a la legislación social bajo el imperio del Derecho público donde los referidos principios tienen una influencia más limitada.

Con ese paso en apariencia intrascendente, se dio inicio a la formación del Derecho laboral, una rama del Derecho que regula las relaciones entre el empleador y los trabajadores,

especialmente los derechos y obligaciones que surgen para cada una de las partes y las condiciones de seguridad, higiene y formas de organización del trabajo de conformidad con las cuales se debe garantizar los derechos de los trabajadores.

Desde el punto de vista sistemático, el Derecho del trabajo contempla dos tipos de relaciones jurídica fundamentales; por un lado las relaciones colectivas que se dan entre asociaciones profesionales, convenios colectivos, conciliación y arbitraje, huelga y en general derechos colectivos de los trabajadores; se trata de un tipo de normas que regulan las relaciones entre patronos y trabajadores no de modo individual, sino en atención a los intereses comunes a todos ellos o a los grupos profesionales (Ossorio, 2010, pág. 300).

La otra parte del Derecho laboral contempla las relaciones individuales entre el trabajador y el empleador en cuanto a sus derechos específicos como salario, inicio y forma de terminación de la relación laboral, régimen especial de trabajo y en general todo lo que corresponde a los derechos y obligaciones del empleador y el trabajador de conformidad con el contrato individual de trabajo (Ossorio, 2010, pág. 305).

La conformación del Derecho laboral y los ámbitos de aplicación mencionados fue resultado de las luchas obreras y no de concesiones graciosas por parte de los empleadores o por imposiciones unilaterales del Estado, en los primeros tiempos por luchas espontáneas y desorganizadas y, desde mediados del siglo XIX y hasta la actualidad, a través de la organización colectiva en sindicatos y federaciones que en la mayoría de los países disponen de una influencias formidable tanto en la esfera del trabajo como en la política.

De ahí que exista coincidencia en la doctrina laboralista de que “el reclamo social inmediato, acuciante por desplazar del mundo del trabajo industrial generalizado el viejo modelo de relaciones basado en el derecho civil va acompañado de confrontaciones, movilizaciones, resistencia y, fundamentalmente, de aceptación por parte de los juristas y

legisladores, gobernantes y empresarios, de que la pacificación de la turbulenta cuestión social implicaba algún tipo de concesión a los trabajadores y a sus organizaciones” (Abramovich & Courtis, 2018, pág. 149).

Pues bien, uno de las demandas de los trabajadores y ya bien entrado el siglo XIX, también una demanda generalizada de la sociedad, era la necesidad de que se establecieran legalmente los derechos de los trabajadores, porque hasta mediados del siglo XIX siendo una relación jurídica propia del derecho civil, el trabajador solo tenía los derechos que fueran establecidos en el contrato individual de trabajo por el empleador, por lo cual no existían derechos comunes para todos basados en el Derecho vigente, sino derechos particulares de carácter contractual.

¿Cuáles eran las demandas de los trabajadores en cuanto a sus derechos? En primer lugar, el derecho a una jornada de trabajo cuya duración fuera previamente determinada en el contrato, que debía asegurar que el trabajador no fuera explotado por el empleador exigiendo una jornada de trabajo que excediera las 8 horas diarias, además de un tiempo breve de descanso entre esas 8 horas, y por lo menos un día de descanso semanal (Grisola, 1999, págs. 59-61).

En segundo lugar, el derecho a que el trabajo acordado debía realizarse en condiciones de seguridad e higiene para el trabajador, que no debía poner en riesgo su vida o su integridad física y corporal, obligación que corría a cuenta del empleador.

Así mismo, las condiciones mínimas de salubridad para evitar que el trabajador contrajera alguna enfermedad relacionada con la labor que realizaba, y contar, de acuerdo a la cantidad de trabajadores y el género de industria de que se trate, con la presencia de personas capacitadas para prestar auxilio en caso de que durante la jornada de trabajo algún trabajador necesitara asistencia médica (Ospina Duque, 2011).

El otro de los derechos exigidos era el acceso a la seguridad social; en el tiempo que la relación entre el empleador y el trabajador se regía por las normas y principios del Derecho civil, el primero no era responsable por lo que pudiera sucederle al trabajador durante la ejecución de las obligaciones acordadas en el contrato, de ahí que si por ejemplo sufría alguna enfermedad común o algún accidente de trabajo que le incapacitara para el trabajo, el trabajador quedaba abandonado a su propia suerte y no contaba con ninguna fuente de ingresos que le permitiera subsistir.

Lo mismo sucedía cuando el trabajador llegaba a una edad en la cual no era apto para realizar ningún tipo de actividad laboral, y como trabajar era su única fuente de sustento se convertía en una carga para su familia o la sociedad, sin que el empleador o los empleadores que utilizaron su fuerza de trabajo a lo largo de su vida tengan alguna responsabilidad en auxiliarlo para satisfacer sus necesidades básicas.

Con la configuración del Derecho laboral como rama del Derecho público, muchas de esas demandas de los trabajadores se hicieron exigibles a través de la legislación social, si bien es necesario señalar que entre las regulaciones legales y su cumplimiento efectivo no siempre existen coincidencias, por lo que puede afirmarse que con la legislación laboral no terminaron las demandas y conflictos entre los trabajadores y sus patronos, a quienes han venido exigiendo cada vez más derechos y condiciones laborales (Pérez de los Cobos, 2010).

2.1.2. El derecho a la seguridad social

De conformidad con lo anteriormente explicado, pareciera que la relación jurídica laboral entre el empleador y el empleado comienza con el contrato individual de trabajo y termina con él, lo cual ciertamente es así porque el Derecho laboral regula las relaciones entre ellos mientras dura la relación laboral, cualquiera sea la forma por la que se haya iniciado y las causas por las que haya terminado.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el trabajador ya no es apto para realizar cualquier trabajo remunerado porque su edad avanzada o la incapacidad para ello se lo impiden? La respuesta hay que buscarla en el Derecho de la seguridad social, considerada por muchos como una rama jurídica independiente del Derecho del trabajo, o como afirma Benito Pérez “se trata de dos disciplinas jurídicas distintas” (Pérez, 1983, pág. x).

Por el contrario, Manuel Ossorio lo incluye en otra de las tantas ramas o saberes propios del Derecho el trabajo, y lo refiere bajo el nombre de Derecho después del trabajo, que incluye la previsión social, jubilaciones y pensiones, vacaciones pagadas, descanso semanal, empleo del tiempo libre, reparación de accidentes y enfermedades profesionales (Ossorio, 2010, pág. 305).

La seguridad social, en cuanto a su contenido, “es un conjunto de mecanismos para la cobertura de contingencias sociales de todos los habitantes de un país y, específicamente, del trabajador y su familia” (Capon Filas & Girlandini, 1991, pág. 455).

De la definición anterior nos interesa en esta investigación la referida los trabajadores, puesto que, de la asistencia general a todos los habitantes de la sociedad, en la medida en que lo necesiten, se ocupan otras disposiciones jurídicas distintas a la legislación laboral, si bien en la mayoría de los casos, en estrecha relación con ella.

La seguridad social ampara al trabajador ante diferentes eventos de su vida por los cuales su capacidad de trabajar se vea disminuida de manera temporal o permanente, de forma parcial o total, y no pueda por ello trabajar de forma plena para satisfacer sus necesidades.

Su regulación corresponde a la legislación de cada país en particular, con base en el principio de legalidad, por lo que su estudio teórico y doctrinal parte siempre del análisis e interpretación de la legislación vigente, sin perjuicio de que se puedan hacer estudios de cada

una de las instituciones con independencia de la legislación vigente, y al solo efecto de la sistematización e interpretación de aquéllas.

Cuando acontece alguno de los hechos previstos en la legislación por los cuales el trabajador que se vea limitado de forma temporal o permanente para realizar un determinado tipo de trabajo, o cuando su incapacidad es total y permanente, nace para el trabajador el derecho a ser protegido por la seguridad social, para lo cual generalmente se deben tomar en cuenta diferentes variables como años de trabajo, edad del trabajador, carga familiar, salario que recibía antes de quedar incapacitado parcial o totalmente, tipo de trabajo que realizaba, entre otras.

Cuando la causa de tal incapacidad se debe a hechos ocurridos en el lugar de trabajo, como consecuencia del tipo de trabajo que realiza, o a enfermedades adquiridas por el tipo de labor que desempeña entran a considerarse otras variables, como en el caso de enfermedad si se trata de enfermedad común o del trabajo, accidente de trabajo o accidente fuera de su lugar de trabajo, la existencia de medios de seguridad y su uso por parte del trabajador al momento del accidente, entre muchos otros que deben ser analizados casuísticamente.

Uno de los casos más comunes de causas por las cuáles surge el derecho a la seguridad social de los trabajadores son los accidentes de trabajo, definidos como “situación que se deriva o sucede durante el curso del trabajo, y que da lugar a una lesión, sea o no mortal, por ejemplo, una caída de una altura o el contacto con maquinaria móvil” (Organización Internacional del Trabajo, 2015, pág. iv).

Otra de las causas son las enfermedades profesionales, que se refieren a “cualquier enfermedad contraída como resultado de haber estado expuesto a un peligro derivado de una actividad laboral, por ejemplo, asma como consecuencia de la exposición a polvo de madera

o compuestos químicos” (Organización Internacional del Trabajo, 2015, pág. iv).

Ahora bien, en el marco de esta investigación lo que interesa es el derecho a la seguridad social de los trabajadores, una vez que han cumplido la edad prevista a partir de la cual tiene derecho a dejar de trabajar y recibir una pensión a cargo de la seguridad social, institución que lleva el nombre de jubilación y cuya naturaleza jurídica es proveer a la persona, que ya ha cumplido su vida laboral sea por su edad o por los años trabajados, de una pensión que le asegure la satisfacción de sus necesidades básicas durante el resto de su vida.

Una definición básica de la jubilación es la siguiente: “derecho social destinado a prestar ingresos económicos al agente luego de cesada la relación de empleo o el trabajo independiente” (Capon Filas & Girlandini, 1991, pág. 316).

De esa definición se puede apreciar que no se refiere a la edad límite para realizar actividades remuneradas como una de las causas principales para acceder a la jubilación, y ello porque un trabajador puede cesar su relación laboral sin que necesariamente nazca de ello el derecho a recibir una pensión.

La otra cuestión importante es que el derecho a recibir una pensión de la seguridad social generalmente se vincula al trabajador dependiente de un empleador, pero los autores citados señalan acertadamente que también los trabajadores independientes pueden acceder a una pensión de jubilación, en los casos en que así esté previsto en la legislación vigente.

Por su parte Néstor De Buen define la jubilación como “el derecho al retiro remunerado que tiene los trabajadores cuando habiendo cumplido un período de servicio alcanzan una determinada edad” (De Buen, 2002, pág. 141) cuyas características, requisitos y condiciones están previstas en la legislación de cada país.

En cualquier caso, se trata siempre de la pensión a que tiene derecho el trabajador cuando cumple dos requisitos básicos comunes a cualquier legislación relativa a la seguridad

social de los trabajadores, uno de los cuales es la edad cuyo límite está prevista en la legislación como requisito automático: si, por ejemplo, la edad de jubilación es de 60 años, una vez que el trabajador los cumple, le nace el derecho a la pensión por edad que se materializa a través de la jubilación.

El segundo requisito, complementario del anterior pero igualmente imprescindible, es que haya trabajado por un número de años para acceder al derecho a la jubilación y recibir una pensión de la seguridad social; la legislación generalmente establece cuál es ese límite mínimo de años para jubilarse, siempre que se cumpla como requisito *sine qua non* la edad prevista, y esa combinación de ambos requisitos sirve entre otras cosas para calcular el monto de la pensión a recibir.

En una sistematización realizada por Manuel Vázquez Clavijo el autor distingue diferentes tipos de jubilación (Velázquez Clavijo, 1999, pág. 165):

i)- jubilación voluntaria: cuando la persona decide el momento en que se ha de producir; esa decisión está condicionada por dos factores como son la antigüedad en la cotización al a seguridad social y las expectativas de otra actividad remunerada posterior a la jubilación;

ii)- jubilación forzada: cuando se impone al trabajador sin posibilidad de otras alternativas en caso de haber cumplido la edad reglamentaria o causas inherentes al empleador (cierre de empresa, quiebra, reestructuración, entre otras);

iii)- jubilación normal: cumplimiento de la edad límite establecida para la actividad, 65 años por ejemplo;

iv)- jubilación anticipada: cuando se produce antes de la edad límite por diferentes causas como pueden ser incapacidad física, situación especial del colectivo o decisión del

propio trabajador;

v)- jubilación retrasada: cuando el propio trabajador o la empresa dilatan el momento de la jubilación por razones mutuas.

Para comprender la jubilación como institución del Derecho de la seguridad social y las características de su regulación jurídica en el Ecuador es preciso estudiar el régimen jurídico vigente, lo cual es contenido de la siguiente sección de esta investigación.

2.1.3 Determinación legal del tema jubilación patronal en diferentes países.

En una investigación como la presente, el estudio de lo que establece la legislación de diferentes países es fundamental para tener una comprensión más amplia del tema de investigación. La jubilación por parte de los empleadores hacia sus trabajadores es un tema trascendental a lo largo de la historia, es el producto de la evolución de una lucha constante entre los diversos agentes que componen el sector laboral.

- **Venezuela**

En el caso de Venezuela, la Constitución de la República de 1999 dispone en su artículo 92 lo siguiente: “Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía”; asimismo, en su artículo 148 IV dispone que “nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley”.

La entidad que permite la materialización de este derecho es el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), es en ella, la cual los empleadores sean estos públicos o privados deben realizar sus aportes.

Los tipos de pensiones y las formas en que deben pagarse están reguladas en la Ley

del Seguro Social Obligatorio (2008). De conformidad con lo previsto en su Capítulo III, el asegurado por el IVSS, “después de haber cumplido 60 años si es varón o 55 si es mujer, tiene derecho a una pensión de vejez siempre que tenga acreditadas un mínimo de 750 semanas cotizadas (artículo 27).

Una característica fundamental de la pensión por vejez es que debe ser pagada de manera vitalicia, a partir de que el trabajador tiene derecho a ella y la solicita (artículo 30); sin embargo, para los trabajadores que no cumplen todos los requisitos exigidos, la ley contempla la posibilidad de completar los requisitos pendientes, o “bien recibir de inmediato una indemnización única equivalente al diez por ciento (10%) de la suma de los salarios correspondientes a las cotizaciones que tenga acreditadas” artículo 31. Esta posibilidad se asemeja bastante a la jubilación patronal ecuatoriana, pero procede por defecto en relación con la ordinaria, y no como un tipo de jubilación independiente.

- **Bolivia**

Una de las constituciones que protege el derecho a la jubilación de los trabajadores por parte de los empleadores es la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2018). En su artículo 45 dispone que “El Estado garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo.” Esa disposición constitucional está desarrollada en la Ley No. 65 de 10 de diciembre de 2010, Ley de Pensiones.

2.2. MARCO LEGAL

2.2.1. Instrumentos de protección de los derechos del trabajador

En el mundo contemporáneo, casi todos los derechos reconocidos a las personas tienen al menos dos niveles diferentes de protección: por un lado, en el Derecho internacional de los Derechos humanos, y por otro en el Derecho interno de cada uno de los Estados.

Por lo que respecta al Derecho internacional, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) de 1948 reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, en los siguientes términos:

Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Es cierto que la Declaración no es un documento vinculante para los Estados, por lo que no están obligados legamente a cumplir con sus exigencias; sin embargo, posee una gran influencia en la medición de los estándares de reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos a nivel internacional y nacional.

Algo muy diferente sucede con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966) del cual el Ecuador es Estado parte; se trata de un instrumento internacional de protección de los derechos humanos cuyo cumplimiento es obligatorio una vez que el Estado lo ha ratificado.

En su artículo 9 dispone lo siguiente:

Artículo 9.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

En ambos casos, los instrumentos internacionales de derechos humanos se refieren a derechos genéricos relacionados con la seguridad social y desde perspectivas generales.

Lo contrario sucede en el caso del Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en 1952 (OIT, 1952); dicho convenio está destinado a establecer las normas mínimas que deben tenerse en cuenta para la seguridad social de las personas trabajadoras que, por diferentes hechos,

circunstancias o necesidades, no pueden realizar en determinado momento, de manera temporal o definitiva, un trabajo remunerado.

El convenio establece normas de seguridad para las personas trabajadoras en casos de asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

En el caso de la pensión de vejez, que es la que corresponde por jubilación a la persona que ha cumplido los requisitos legales para acceder a la pensión, el convenio dispone lo siguiente:

Artículo 25. Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 26.

1- La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita.

2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate.

3. La legislación nacional podrá suspender la prestación si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito.

Artículo 28. La prestación consistirá en un pago periódico.

La disposición contenida en este último artículo es especialmente importante para el tema cuya investigación nos ocupa, puesto que dispone que el pago de la pensión deberá ser periódica, mientras que el artículo 26.2 dispone que el pago de dicha pensión se extenderá más allá de una edad prescrita para acceder a la jubilación y mientras viva la persona.

Esa disposición de carácter internacional sobre el derecho del trabajador a recibir una pensión vitalicia pagada periódicamente una vez que cumple los requisitos necesarios para acceder a la jubilación, no parece congruente con la posibilidad abierta por el Código del Trabajo vigente en el Ecuador, que dispone que en lugar de un pago periódico vitalicio, el empleador puede pagar por una vez un monto llamado fondo global de pensión.

Otro de los instrumentos relativos a los derechos de los trabajadores a la jubilación es la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, en cuyo artículo 1 expresa que “La presente Carta de Garantías Sociales tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables” (Organización de los Estados Americanos, 1947).

En su artículo 31 la Carta dispone que:

Artículo 31.- Los trabajadores, inclusive los trabajadores agrícolas, los trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos, los empleados públicos, los aprendices, aunque no reciban salario y los trabajadores independientes, cuando su afiliación fuere posible, tienen derecho a un sistema de seguro social obligatorio orientado hacia la realización de los objetivos siguientes:

- a) Organizar la prevención de los riesgos cuya realización prive al trabajador de su capacidad de ganancia y de sus medios de subsistencia.
- b) Restablecer lo más rápida y completamente posible la capacidad de

ganancia perdida o reducida como consecuencia de enfermedad o accidente.

c) Procurar los medios de subsistencia en caso de cesación o interrupción de la actividad profesional como consecuencia de enfermedad o accidente, maternidad, invalidez temporal o permanente, cesantía, vejez o muerte prematura del jefe de la familia.

2.2.2. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

La vigente Constitución de 2008 contiene varias normas relativas a la seguridad social, tanto de la población en general como de las personas trabajadoras; entre las principales cabe destacar las siguientes:

Artículo 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.

Artículo 37.- El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: 3. La jubilación universal.

Artículo 367.- El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

Además de las disposiciones mencionadas, es importante destacar la contenida en el

artículo 326, cuyo texto literal en su parte pertinente, es el siguiente:

Artículo 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

1. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

Las disposiciones transcritas en su integridad configuran el régimen jurídico constitucional relativo a la jubilación como un derecho de los trabajadores cuyo cumplimiento es responsabilidad del Estado; y disponen por otro lado que tales derechos son irrenunciables e intangibles, declarando nula toda estipulación en contrario que puedan pactar en empleador y el trabajador.

El hecho de que se refiere a los derechos laborales puede despertar ciertas dudas acerca de si esas mismas cualidades de los derechos laborales son extensibles a aquellos que tiene la persona cuando por vejez deja de ser un trabajador activo y pasa a jubilación.

La pregunta, en concreto, sería ¿el derecho a la seguridad social por causa de jubilación del trabajador es un derecho irrenunciable e intangible como cualquier otro de los derechos laborales?

En principio parece que la respuesta es afirmativa: el trabajador jubilado no puede renunciar efectivamente a sus derechos, tal como lo dispone el artículo 34, puesto que se trata de un derecho irrenunciable, y si lo hiciera esa renuncia carecería de validez, pero ¿puede negociar la forma en que recibe el pago de la jubilación patronal? Según las disposiciones del vigente Código del Trabajo sí, pero según la naturaleza jurídica de la pensión por jubilación, la respuesta debería ser negativa.

2.2.3. Código del Trabajo.

El Código del Trabajo establece las reglas aplicables a la jubilación patronal en sus

artículos del 216 al 218; aquí interesan los requisitos y la forma de pago de la pensión por jubilación patronal.

Artículo 216.- 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.

2. 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.

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.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1- La jubilación del trabajador como derecho fundamental

El derecho a recibir una pensión por edad es un derecho fundamental que asiste a toda persona que cumpla como los requisitos legales para acceder a ella; como tal lo reconoce la vigente constitución en su artículo 37.2.

Es uno de los elementos que integran el derecho a la seguridad social, que como todo derecho humano comparte ciertas características que le son propias, así están señaladas en la vigente Constitución de 2008; entre esas características se pueden mencionar las siguientes (Navarro Fallas, 2002):

i)- Los derechos humanos son *inherentes a su dignidad*. En el caso del derecho a la

seguridad social, como todo derecho, para ser materializado se exigen ciertos requisitos legales, en el caso de la pensión por vejez, por edad o por jubilación según diferentes denominaciones, se exige que la persona haya cumplido la edad a partir de la cual le nace ese derecho subjetivo, y que además haya cumplido el tiempo mínimo de trabajo efectivo para recibir la prestación social bajo la modalidad de pensión por edad;

ii)- los derechos humanos son *universales*: aunque no en todos los derechos esta nota es posible aplicarla, por las diferencias políticas, culturales y religiosas presentes en diferentes culturas, ellos integran el núcleo básico de las exigencias de respeto a la dignidad humana cualquiera sea el contexto. En el caso del derecho a la seguridad social y a una pensión por edad del trabajador es una exigencia universal, tanto en el plano ético como en el de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y los derechos de los trabajadores, como es el caso del Convenio 102 de la OIT ya comentado.

iii)- Los derechos humanos en su conjunto son, además, derechos fundamentales: la necesidad de su reconocimiento, protección y garantías radica en que constituyen la base para la vida de las personas, el despliegue de su personalidad y la satisfacción de sus necesidades vitales. El derecho a la seguridad social, y en particular a una pensión de jubilación, tiene carácter fundamental por cuanto de ello depende la satisfacción de las necesidades y la calidad de vida de las personas cuando han cumplido como trabajadores a lo largo de su vida; siendo el trabajo su única o principal fuente de ingresos, es justo que cuando sus fuerzas no le son suficientes para realizar algún trabajo remunerado, que reciban una pensión para suplir sus necesidades.

Por lo que respecta especialmente al derecho a la seguridad social y a la pensión por edad, el derecho a la jubilación es también un derecho fundamental “que se encuentra contemplado dentro del más amplio derecho a la seguridad social... el estudio de la naturaleza de la jubilación como derecho fundamental debe partir del análisis previo de la más genérica

categoría de la seguridad social, como manifestación del derecho fundamental a la jubilación” (Rojas Rivas, 2014, pág. 37).

Al respecto Román Navarro Fallas considera que se trata de “un derecho (subjeto), no una norma programática, cuyo bien jurídico inherente es el derecho es la seguridad; es un derecho individual de carácter social, de naturaleza prestacional, cuyas prestaciones pretenden satisfacer una serie de necesidades que se consideran ineludibles para el desarrollo de una vida digna.

Asimismo, se trata de un derecho complejo cuyo contenido es un conjunto de derechos como el derecho a la atención médica, derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, derecho a la jubilación, a pensión por enfermedad o por invalidez, y a pensión en caso de maternidad (Navarro Fallas, 2002).

A manera de conclusión se puede afirmar que existe unanimidad entre diferentes autores al considerar que el derecho a la jubilación y la consiguiente pensión para satisfacer las necesidades básicas de la persona trabajadora luego de que cumple los requisitos previstos en la legislación vigente es un derecho fundamental (Muñoz Osorio & Esguerra Muñoz, 2012), (Briones Briones, 2008).

2.3.2. La jubilación patronal

La jubilación patronal fue creada en el año 1938, con la entrada en vigencia del Código del Trabajo en ese año. Fue concebida como una institución jurídica “transitoria dirigida a atender las prestaciones jubilares de personas que, habiendo trabajado algunos años antes de la expedición de ese Código y antes de que rija el sistema de Seguridad Social Obligatorio (1938), cumpliría, en adelante, con los requisitos de edad y antigüedad en el trabajo, pero sin las condiciones necesarias para acceder a la jubilación estatal” (El

Comercio, 2014).

Por su carácter transitorio, la institución debía desaparecer cuando entrara en pleno funcionamiento el sistema de seguridad social obligatorio, en cuyo paso el pago de las prestaciones de seguridad social por edad pasaría al ser responsabilidad del Estado, a través del Seguro Social Obligatorio.

De ahí que “a medida que aquellos trabajadores iban cumpliendo el tiempo de aportaciones a lo que ahora es el IESS, y, por tanto, según adquirirían el derecho a la jubilación estatal, el sistema transitorio previsto en el viejo Código paulatinamente debía desaparecer” (El Comercio, 2014).

El hecho está en que, al crearse esa institución en 1938, “los trabajadores de avanzada edad, que pese a tener varios años de actividad laboral, recién iniciaban su aporte a la Caja del Seguro, pero que seguramente no alcanzarían a laborar 30 años más para acceder a una jubilación. Una vez que los primeros afiliados al régimen de Seguridad Social, en el año de 1968, completaron 30 años de aportaciones y empezaron a gozar de la jubilación por vejez que les otorgaba la Caja del Seguro, se debió extinguir la institución de la jubilación patronal” (Pérez; Bustamante; Ponce, 2015).

Sin embargo, esa extinción de la institución de la jubilación patronal no fue derogada como se esperaba en sus inicios, más bien se mantiene hasta el presente como una institución jurídica del Derecho de la seguridad social que goza de bastante popularidad en los tiempos actuales, sobre todo porque permite a las personas que cumplen los requisitos exigidos en el Código del Trabajo poseer una doble jubilación, la patronal además de la del Instituto Ecuatoriano del Seguro Social.

El carácter transitorio con que fue concebida la institución es un lugar común en los estudios sobre el tema: el texto del artículo original del Código de 1938 constituía una

transitoria, en los momentos en que la Seguridad Social se encontraba incipiente a partir de la Ley de Creación del Seguro Social General de 1936, institución que no se consolidaría sino hasta 1942 con la promulgación de la Ley del Seguro Social Obligatorio (Lexis, 2010).

Según una opinión muy difundida, “con las reformas legales de 1979, que incrementaron sustancialmente los valores de las pensiones de jubilación patronal, los trabajadores recobraron interés en ella y proliferaron los reclamos por ese concepto...esto significa que actualmente nadie desconoce que la jubilación patronal es independiente- y acumulable- a la que concede el Seguro Social (Pérez; Bustamante; Ponce, 2015).

Desde el punto de vista del Derecho positivo, las disposiciones relativas a la jubilación patronal se han mantenido intactas en lo que se refiere a los requisitos para acceder a ella y las personas beneficiarias:

Requisitos para acceder a la jubilación patronal:

i)- Las personas con veinticinco años o más de servicio en un mismo empleador empresa tienen derecho a la jubilación patronal; como requisito, además, se exige que hayan trabajado para la misma empresa de manera continuada o ininterrumpidamente (Código del Trabajo, artículo 216).

ii)- Los trabajadores que hayan trabajado para el mismo empleador entre veinte y veinticinco años, y hayan sido despedidos tienen derecho a una jubilación patronal cuyo pago será proporcional a los años trabajados con el mismo empleador.

iii)- La pensión mensual correspondiente a la jubilación patronal no será mayor a una remuneración básica unificada, ni inferior a USD 30 (Código del Trabajo, artículo 216.2).

iv)- Además de la pensión de jubilación patronal, los beneficiarios recibirán la decimotercera y decimocuarta pensión.

v)- El pago de la Pensión jubilar se hará hasta la muerte de su titular; en caso de fallecimiento del trabajador que goce de pensión patronal, sus herederos tendrán derecho a recibir durante un año, una pensión igual a la que percibía el causante (Código del Trabajo, artículo 217).

vi)- En cuanto a la forma de pago de la pensión patronal, debe pagarse cada mes, pero los beneficiarios tienen derecho a recibir un solo monto global o pago único, proyectado según las expectativas de vida de cada empleado.

El cálculo de ese fondo global se hará “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” (Código del Trabajo, artículo 216.3).

vii)- Los beneficiarios que se acojan al pago de un monto global en lugar de una pensión periódica no podrán recibir un monto menor al 50% del sueldo que recibían al momento de acogerse a la jubilación, multiplicado por los años de labor.

Con respecto al pago de la pensión de la jubilación patronal, especialistas en la materia consideran que “en los últimos años se han generado ciertas dudas sobre la validez de basar la cuantía del fondo global en cálculos actuariales, y los tribunales de justicia han señalado de manera reiterada que la jubilación patronal es esencialmente una obligación de pago mensual para el sustento del trabajador jubilado” (Pérez; Bustamante; Ponce, 2015).

Otros aspectos a tener en cuenta sobre la jubilación patronal son los siguientes (Salazar & Ibarra, 2017):

- i)- El monto de la pensión mensual vitalicia y del fondo global no son negociables.
- ii)- La forma de pago, en términos de tiempo/plazos, tampoco es negociable.

iii)- Cuando por mutuo acuerdo entre las partes se va a pagar el monto del fondo global, se debe legalizar el pago a través de un acta de finiquito de Jubilación Patronal ante un notario o mediante el Ministerio del Trabajo. Esto también aplica para pagos de pensión mensual vitalicia.

iv)- Cuando ha transcurrido algún tiempo desde que se realizó el cálculo del finiquito de Jubilación Patronal y no se ha procedido con el pago, se deben reconocer los rubros impagos (pensiones, décimo tercer y cuarto sueldos) más un recargo adicional en concepto de intereses.

v)- El extrabajador que ha renunciado voluntariamente teniendo un tiempo de servicio comprendido entre veinte y menos de veinticinco años, pierde el derecho a recibir el beneficio de Jubilación Patronal.

vi)- Todo pago por concepto de Jubilación Patronal es deducible de impuestos.

A partir de lo dicho hasta aquí, es posible brindar una respuesta acertada a ciertas interrogantes que se plantean sobre la jubilación patronal, las fórmulas para el cálculo del fondo global de pensiones y si el pago de un fondo global de pensiones un lugar del pago periódico de la jubilación patronal vulnera principios de orden constitucional.

En concreto, dichas preguntas son las siguientes:

- 1) ¿Por qué el pago del fondo global de jubilación patronal involucra extinción del derecho de jubilación del trabajador?

Para responder esta pregunta hay que tomar en cuenta un principio muy importante del Derecho laboral y el Derecho de la seguridad social. Tal principio establece que el pago de una pensión de seguridad social en general debe realizarse de manera periódica, desde

que comienza su pago hasta que desaparecen las causas por las que tal pensión debe ser pagada.

En el caso de la pensión por jubilación, el derecho nace para el trabajador desde que accede a la jubilación por cualquiera de las formas previstas, y hasta que se realiza la causa principal por la cual se extingue el derecho a recibir tal pensión.

Dicha causa no es otra que la muerte del trabajador, puesto que la pensión debe ser vitalicia, y debe ser pagada de manera periódica para asegurar que el extrabajador, que ya no puede dedicarse al trabajo por su avanzada edad u otras circunstancias personales, cuente con un ingreso seguro y constante para satisfacer sus necesidades.

Por otra parte, otro principio que debe tomarse en cuenta para responder a la pregunta es que los derechos del trabajador y especialmente el derecho a la seguridad social, son irrenunciables, y así lo dispone la Constitución de 2008 en su artículo 34.

Como el pago de un monto global de la pensión patronal implica el cese del pago periódico del monto correspondiente, se puede concluir que, una vez realizado el pago del monto global, se extingue para el patrono la obligación de pagar una pensión vitalicia periódica al trabajador, y para éste el derecho a recibirla por concepto de jubilación patronal.

Del análisis anterior resulta que el pago de un monto global en lugar de la pensión periódica vitalicia vulnera el derecho del trabajador a la seguridad social permanente y estable, así como el principio constitucional según el cual el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable.

- 2) ¿Cuáles son las fórmulas de cálculo para el pago de fondo global de jubilación patronal previstas en la normativa vigente en Ecuador?

En su artículo 216 el Código del Trabajo establece los requisitos que debe cumplir el trabajador para acceder a la jubilación patronal, así como algunos criterios para calcular el monto correspondiente. Sin embargo, para determinar la fórmula aplicable para realizar el cálculo remite a las disposiciones secundarias dictadas por la autoridad competente.

En la actualidad, la autoridad competente es el Ministro del Trabajo, que en uso de las facultades atribuidas por el artículo 154 de la Constitución de 2008, que faculta a las ministras y ministros el Estado a “expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión”, expidió el ACUERDO MINISTERIAL N° MDT-2016-0099, en el cual se instrumentan las normas que regulan el cálculo de la jubilación patronal (Ministerio del Trabajo, 2016).

Dicho acuerdo fue modificado por el ACUERDO MINISTERIAL N° MDT- 2018-0188, por el cual se instrumentan las normas que regulan el cálculo de la jubilación patronal. (Ministerio del Trabajo, 2018). Concretamente fueron reformados los artículos 3, 4 y 5; el primero establece las variables para calcular el monto del fondo global cuando exista acuerdo entre las partes.

Artículo 3.- Cálculo del fondo global. Cuando exista el acuerdo entre las partes, se podrá pagar el fondo global de jubilación patronal, en cuyo cálculo se considerarán las siguientes variables:

- A.- El valor de la pensión mensual.
- B.- El valor de una decimotercera remuneración.
- C.- El valor de una decimocuarta remuneración.
- D.- Expectativa de vida art. 218.

E.- Edad.

A los valores determinados en esos criterios se le aplicará la fórmula

$$\left[((A * 12) + B + C) * (D - E) \right]$$

Una vez realizado el cálculo se verificará que el extrabajador no reciba una cantidad inferior al cincuenta por ciento (50%) del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial vigente al cese de sus funciones, multiplicado por los años de servicio.

En el caso de que se decida pagar el fondo global, será preciso que las partes expresen su acuerdo mediante un acta suscrita ante un Inspector del Trabajo, un Notario Público o una autoridad judicial competente.

Artículo 4.- Pago de la pensión por jubilación patronal mensual. - Todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que tenga calidad de ex empleadores, estarán obligadas a cancelar los valores mensuales por concepto de jubilación patronal que resulte de la aplicación exclusiva del At. 216 de Código del Trabajo, bajo su responsabilidad. El pago del fondo global se realizará exclusivamente en caso de acuerdo entre las partes.

Artículo 5.- Trámite. - Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores; en consecuencia, tanto empleadores como trabajadores, podrán, de manera voluntaria, solicitar asistencia técnica para realizar el cálculo del valor de la pensión por jubilación patronal al Ministerio del Trabajo. Para esto, deberán cumplir los requisitos señalados en la página web: <http://www.trabajo.gob.ec>, ingresando al link <http://www.trabajo.ec/jubilación/patronal> y descargar la solicitud de cálculo de la jubilación patronal, la misma que se presentará en cualquiera de las delegaciones o Direcciones

Regionales del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Servicio Público a nivel nacional. Los valores globales o mensuales emitidos por esta Cartera de Estado serán únicamente referenciales y no debe entenderse como valor único obligatorio, en caso de discrepancias, las partes podrán acudir ante los jueces competentes de la función judicial para su resolución.

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

El marco metodológico de la investigación lo constituyen los métodos, técnicas y procedimientos de investigación utilizados para alcanzar los objetivos propuestos en el estudio.

Como telón de fondo de esos elementos concretos, se sitúan las teorías o concepciones generales sobre la investigación en las que tales métodos cobran su sentido en términos de coherencia y capacidad analítica y explicativa del fenómeno objeto de investigación.

En este caso, se determinó el Método Científico y el Enfoque Mixto, en el que a partir de la exposición de preceptos doctrinales, legales y jurisprudenciales, se pudo comprender la naturaleza jurídica de la institución de la jubilación patronal en el Código del Trabajo vigente en el Ecuador, la posible vulneración de principios y derechos de los trabajadores que existe en el pago único del fondo global, para efectos de que el trabajador goce de por vida y de forma efectiva y eficaz su derecho de jubilación, en lugar del pago de la pensión periódica mensual.

3.1. Tipo de investigación

El presente trabajo investigativo se basa en un estudio de tipo descriptivo, a partir de la identificación y análisis de los preceptos conceptuales, doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre la institución de la jubilación patronal; a través del uso del método explicativo, se ponen en evidencia las razones por las cuales el pago único de fondo global no cumple con la naturaleza jurídica del derecho de jubilación patronal, y por consiguiente

vulnera principios de orden constitucional como la irrenunciabilidad de los derechos laborales y de la seguridad social previstos en la Constitución del Ecuador de 2008.

3.2. Enfoque de la investigación

El enfoque adoptado en la investigación mezcla elementos de los enfoques principales de las investigaciones en ciencias sociales: el enfoque cualitativo y el enfoque cuantitativo.

Cuantitativo:

Su aplicación es necesaria en virtud de que se utiliza como técnica de investigación empírica la encuesta, aplicada a trabajadores que realizan la actividad laboral bajo relación de dependencia, trabajando para un mismo empleador por un periodo de 25 años o superior a mismo, así como a trabajadores que una vez jubilados se han acogido al pago de su pensión mediante el pago del fondo global en lugar de la pensión periódica. Así mismo se realiza este tipo de encuesta a abogados que ejercen la profesión en el área de Derecho Laboral y Seguridad Social

Cualitativo:

La gestión de recopilar información de carácter subjetivo mediante la encuesta permitirá que los criterios analizados y sistematizados en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia se traduzcan en apreciaciones útiles de naturaleza conceptual, que responda a la realidad de nuestra investigación y aporte la visión derivada de la experiencia práctica de los trabajadores sujetos a la jubilación patronal.

3.2. Técnica de investigación

La técnica de investigación utilizada en este trabajo investigativo es la encuesta,

elaborada en forma de un cuestionario, con el propósito de conocer los criterios y opiniones de trabajadores acogidos o que están por acogerse a la jubilación patronal y pueden hacerlo a través del pago de una pensión mensual o de un único monto global.

La encuesta se realiza para verificar si las posibles violaciones de principios y derechos constitucionales de los trabajadores que se derivan del análisis teórico y legislativo al momento de jubilarse, cuando se acogen al pago de un monto global en lugar de a una pensión periódica, son entendidas de la misma manera por los encuestados.

No se aplica entrevistas porque se trata de un trabajo de dogmática jurídica con un componente básico de investigación empírica, donde la información obtenida a través de la encuesta es suficiente para extraer las conclusiones pertinentes, que se corresponden con un tipo de investigación empírica exploratoria sobre la aplicación práctica y la percepción subjetiva de las personas encuestadas.

3.3. Población y muestra

De forma general se puede establecer que el presente trabajo investigativo tiene como objeto de estudio a la población de trabajadores que realizan su actividad para un mismo empleador por un periodo de 25 años o más y que por la cantidad de sus aportes tienen derecho a que sean jubilados por parte del empleador mediante el pago del fondo global, así mismo se tomó en consideración a profesionales del derecho que ejercen en el área laboral para conocer su versión jurídica respecto al tema de investigación.

En las oficinas de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Guayaquil se nos informó que en promedio cada día acuden en busca de información sobre jubilación patronal aproximadamente 50 personas, entre extrabajadores ya jubilados y trabajadores que están próximos a ello.

Como el total de personas de interés que asistieron a las oficinas de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Guayaquil fueron aproximadamente 50 al día, se toma de referencia como población total a las 500 personas que asistieron en dos semanas laborales, en las que se hará uso del método seleccionado para poder establecer el número total de personas que sería más favorable como muestra.

Por lo tanto, para conocer el tamaño de la muestra adecuada para sean encuestados se procede a realizar la siguiente formula:

Tamaño de la muestra (n)= ¿?

Población (N) = 500

Nivel de confianza (Z) = 95% =1.96

Probabilidad de éxito (p) = 0,95

Probabilidad de fracaso (q) = 0,05

Error muestral (e)= 0,05

$$n = \frac{N * Z^2 * p * q}{e^2 * (N - 1) + Z^2 * p * q}$$

$$n = \frac{500 * 1.96^2 * 0.95 * 0.05}{0.05^2 * (500 - 1) + 1.96^2 * 0.95 * 0.05} = 63.80386804 \approx 64$$

Recordamos que el nivel de confianza, la probabilidad de éxito y la probabilidad de fracaso son elegidas por la persona que realiza la investigación, queda a libre albedrío del investigador.

La muestra que se va a utilizar denota un total de 64 personas, las cuales se encuentran divididos de la siguiente manera: 32 trabajadores próximos a jubilarse, teniendo derecho a la jubilación patronal por haber laborado 25 años o más, y 32 extrabajadores que se han acogido al beneficio de la jubilación patronal por haber laborado de igual forma 25 años o más.

De una población de 500 personas que acuden en busca de información se tomó una muestra de 64 personas entre trabajadores y extrabajadores que se cogen o acogieron a este recurso. Las 64 personas que se encuestaron pertenecientes a la muestra de las 500 de la población representan el 12.8%, cantidad significativa para el desarrollo y sustentación del presente trabajo.

Una vez definida la población total y seleccionada la muestra representativa, para seleccionar la muestra encuestada de trabajadores se utilizó el método de selección aleatorio simple, que consiste en solicitar colaboración a las personas que se encuentren en un lugar y momento determinado, siempre que cumplan el perfil del encuestado, en este caso la selección de la muestra se hizo sobre el total de los extrabajadores y trabajadores próximos a jubilarse que acudieron a las oficinas de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Guayaquil en la semana del 12 al 16 de noviembre de 2018 y del 18 al 22 de marzo del 2019.

A esta forma de seleccionar la muestra a encuestar Roberto Hernández Sampieri la denomina muestra probabilística, donde la selección se hace de un subgrupo de “la población en el que todos los elementos de ésta tienen la misma posibilidad de ser elegidos” (2010, pág. 176), que en este caso fue el grupo de personas que acudió a las instalaciones de la referida dirección regional en la semana que se realizó la encuesta.

La Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Guayaquil tiene jurisdicción

en Guayaquil, Guaranda, Salinas, Isla San Cristóbal, Isla Santa Cruz, Babahoyo y Quevedo. Por otra parte, para el desarrollo de encuestas a abogados se procede escoger como población referente un total de 14.679 abogados inscritos en Foro de Abogados del Guayas. (Colegio de Abogados del Guayas, 2016)

Por lo tanto, para conocer el tamaño de la muestra de abogados que sería adecuada para sean encuestados se procede a realizar la siguiente formula:

Tamaño de la muestra (n)= ¿?

Población (N) = 14,679

Nivel de confianza (Z) = 95% =1.96

Probabilidad de éxito (p) = 0,95

Probabilidad de fracaso (q) = 0,05

Error muestral (e)= 0,05

$$n = \frac{N * Z^2 * p * q}{e^2 * (N - 1) + Z^2 * p * q}$$

$$n = \frac{14,679 * 1.96^2 * 0.95 * 0.05}{0.05^2 * (14.679 - 1) + 1.96^2 * 0.95 * 0.05} = 72.6341793 \approx 73$$

La encuesta a los Abogados que se ejercen en el área del Derecho Laboral y Derecho a la Seguridad Social fue aplicada en la semana del 20 al 24 de noviembre del 2018 y del 18 al 22 de marzo del 2019, en horario de 8:00 am a 16:00 pm, por lo que en el transcurso de este tiempo se pudo obtener información adecuada de los 73 abogados que conforman la muestra elegida de la población mediante el método aleatorio simple.

Modelos de encuesta

Encuesta aplicada a trabajadores próximos a acogerse a la jubilación patronal.

Apreciado(a) trabajador(a), como parte de nuestra investigación para el Trabajo de Grado EFECTOS DEL PAGO DE FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN PATRONAL EN EL DERECHO DE JUBILACIÓN, estamos realizando un estudio entre trabajadores acogidos o que estén por acogerse a la jubilación patronal con el objetivo de identificar y cuantificar su percepción sobre dicha institución y su influencia sobre los derechos de los trabajadores

Solicitud de cooperación.

En tal sentido le solicitamos muy comedidamente su colaboración para que responda a las preguntas que se formulan a continuación, expresándole nuestro agradecimiento; la información que pueda aportar será utilizada únicamente para el objetivo señalado.

Preguntas. Por favor marcar con una X la(s) opción(es) que estime apropiada.

Pregunta No. 1. ¿Cuántos años ha laborado en relación de dependencia con su misma empresa?

Respuestas:

----- 25 años ----- más de 25 años

Pregunta No. 2. Cuando se acoja a su derecho de jubilación patronal ¿lo hará a través del pago de pensión periódica o del pago de fondo global? ¿Por qué?

Pensión periódica porque: ---- me asegura para el resto de la vida; ----- es mi derecho; -
--- tendré una pensión estable y permanente.

Fondo global porque: ---- me permite administrar mi propio dinero; ---- no sé cuánto
viviré y prefiero usar el dinero de una vez; ---- haré una inversión con ese dinero.

Pregunta No. 3. ¿Considera que acogerse al fondo global puede vulnerar su derecho a una pensión periódica vitalicia?

Sí---- No---- ¿Por qué?

Muchas gracias por su colaboración.

Encuesta aplicada a trabajadores jubilados

Apreciado(a) jubilado(a), como parte de nuestra investigación para el Trabajo de Grado EFECTOS DEL PAGO DE FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN PATRONAL EN EL DERECHO DE JUBILACIÓN, estamos realizando un estudio entre trabajadores acogidos o que estén por acogerse a la jubilación patronal con el objetivo de identificar y cuantificar su percepción sobre dicha institución y su influencia sobre los derechos de los trabajadores

Solicitud de cooperación.

En tal sentido le solicitamos muy comedidamente su colaboración para que responda a las preguntas que se formulan a continuación, expresándole nuestro agradecimiento; la información que pueda aportar será utilizada únicamente para el objetivo señalado.

Preguntas. Por favor marcar con una X la(s) opción(es) que estime apropiada.

Pregunta No. 1. ¿Cuántos años laboró en relación de dependencia con su misma empresa?

Respuestas:

----- 25 años ----- más de 25 años

Pregunta No. 2. Con respecto a su jubilación, ¿considera que es mejor recibir pago de pensión periódicamente o del pago de fondo global? ¿Por qué?

Pensión periódica porque: ---- me asegura para el resto de la vida; ----- es mi derecho; -
--- tendré una pensión estable y permanente.

Fondo global porque: ---- me permite administrar mi propio dinero; ---- no sé cuánto
viviré y prefiero usar el dinero de una vez; ---- haré una inversión con ese dinero.

Pregunta No. 3. ¿Considera que acogerse al fondo global puede vulnerar su derecho a una pensión periódica vitalicia?

Sí---- No---- ¿Por qué?

Muchas gracias por su colaboración.

**Encuesta aplicada a abogados que ejercen en el área del Derecho laboral y
Derecho de la seguridad social.**

Distinguido(a) Doctor(a), como parte de nuestra investigación para el Trabajo de Grado EFECTOS DEL PAGO DE FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN PATRONAL EN EL DERECHO DE JUBILACIÓN, estamos realizando un estudio con el objetivo de identificar y cuantificar su precepción sobre dicha institución y su influencia sobre los

derechos de los trabajadores.

Solicitud de cooperación.

En tal sentido le solicitamos muy comedidamente su colaboración para que responda a las preguntas que se formulan a continuación, expresándole nuestro agradecimiento; la información que pueda aportar será utilizada únicamente para el objetivo señalado.

Preguntas. Por favor marcar con una X la(s) opción(es) que estime apropiada.

Pregunta No. 1. ¿Cuántos años se ha desempeñado como abogado en materia laboral?

Respuestas:

----- 5 años ----- 10 años ----- más de 10 años

Pregunta No. 2. ¿Considera la posibilidad que tiene el trabajador de acogerse al fondo global puede vulnerar su derecho a una pensión periódica vitalicia?

Sí---- No---- ¿Por qué?

Muchas gracias por su colaboración.

Análisis de los resultados de las encuestas aplicadas

Resultados de las encuestas aplicadas a trabajadores.

Pregunta No. 1. ¿Cuántos años ha laborado en relación de dependencia con su misma empresa?

Trabajadores próximos para jubilarse: 32 encuestados.

Tabla 1
Año de labores

| Indicadores | Cantidad | % |
|----------------|----------|--------|
| 25 años | 32 | 100.00 |
| Más de 25 años | 0 | 0 |

Elaborado por: Moreira Posligua A. (2018, 2019)

Los trabajadores próximos para jubilarse que fueron encuestados ya están dentro de los límites para poder acceder a ese derecho; en el caso de los que ya tienen 25 años exactos tenemos a 32 personas que representan el 100.00% de la cantidad total, por lo que en caso de alguna eventualidad ya podrían acogerse al derecho, y su pensión sería calculada con base en las fórmulas previstas en el propio Código del Trabajo vigente.

Pregunta No. 2. Cuando se acoja a su derecho de jubilación patronal ¿lo hará a través del pago de pensión periódica o del pago de fondo global? ¿Por qué?

Pensión periódica porque: ---- me asegura para el resto de la vida; ----- es mi derecho; ---- tendré una pensión estable y permanente.

Fondo global porque: ---- me permite administrar mi propio dinero; ---- no sé cuánto viviré y prefiero usar el dinero de una vez; ---- haré una inversión con ese dinero.

Trabajadores próximos para jubilarse: 32 encuestados.

Tabla 2
Formas de jubilación

| Indicadores | Cantidad | % |
|-------------------|----------|-------|
| Pensión periódica | 10 | 31.25 |
| Fondo global | 22 | 68.75 |

Elaborado por: Moreira Posligua A. (2018, 2019)

El objetivo de esta pregunta es conocer las proyecciones futuras de los trabajadores encuestados que están próximos a jubilarse y tienen derecho a una jubilación patronal; de los 29 encuestados, 10 piensan recibir el pago a través de la pensión periódica mensual vitalicia, mientras los 22 restantes piensan acogerse al fondo global como pago de un monto único.

Los que prefieren el pago de una pensión vitalicia fundamentan su opción en que con ello se aseguran para el resto de la vida con una pensión estable y permanente; mientras que los que se acogerán al pago de un monto único a través del fondo global esperan destinar ese dinero a inversiones en negocios propios.

Como puede apreciarse, la opción personal de cada uno depende de sus expectativas de vida, la posibilidad de invertir la totalidad del dinero en un negocio independiente o de iniciar un empleo con otro empleador, mientras que la opción de recibir una pensión vitalicia periódica se basa en otras expectativas como la seguridad de un ingreso durante el resto de su vida.

Pregunta No. 3. ¿Considera que acogerse al fondo global puede vulnerar su derecho a una pensión periódica vitalicia?

Trabajadores próximos para jubilarse: 32 encuestados.

Tabla 3
Percepción del pago de fondo global de jubilación

| Indicadores | Cantidad | % |
|-------------|----------|-------|
| SI | 22 | 68.75 |
| NO | 10 | 31.25 |

Elaborado por: Moreira Posligua A. (2018,2019)

En esta pregunta, los trabajadores próximos a jubilarse consideran que al escoger uno u otro tipo de forma de pago de la pensión por jubilación patronal deben manejar varios criterios; por ejemplo, su expectativa de vida, la posibilidad de realizar nuevos emprendimientos, la garantía de contar con un ingreso vitalicio seguro, entre otras.

22 de los 32 encuestados consideran que acogerse al fondo global de pensiones a través de un pago único podría vulnerar su derecho a una pensión periódica, pero prefieren arriesgarse para sus emprendimientos particulares; además, consideran que si realmente hubiera una violación a sus derechos estuviera prohibido por la ley, y no es el caso.

Los 10 restantes consideran que sencillamente no hay una violación a su derecho, porque es una posibilidad que está en la ley y depende de la situación personal de cada uno acogerse a cualquiera de las dos opciones.

Resultados de las encuestas aplicadas a extrabajadores.

Trabajadores jubilados: 32 encuestados.

Pregunta No. 1. ¿Cuántos años laboró en relación de dependencia con su misma empresa?

Tabla 4
Trabajadores próximos a jubilarse y jubilados

| Indicadores | Cantidad | % |
|----------------|----------|--------|
| 25 años | 32 | 100.00 |
| más de 25 años | 0 | 0 |

Elaborado por: Moreira Posligua A. (2018,2019)

De los extrabajadores encuestados, los 32 extrabajadores jubilados que representan el 100.00%, lograron acogerse a su derecho una vez cumplido los 25 años exactos de prestación de servicios continuos e ininterrumpidamente.

Esta tabla refleja que los extrabajadores tuvieron y manifestaron su relación de dependencia bajo la misma empresa o entidad en el que laboraban, esperando el momento adecuado para poder hacer y tener el efectivo goce de los derechos de los trabajadores.

Trabajadores jubilados: 32 encuestados.

Pregunta No. 2. Con respecto a su jubilación, ¿considera que es mejor recibir pago de pensión periódicamente o del pago de fondo global? ¿Por qué?

Tabla 5
Percepción de las formas de jubilación

| Indicadores | Cantidad | % |
|-------------------|----------|-------|
| Pensión periódica | 7 | 21.88 |
| Fondo global | 25 | 78.12 |

Elaborado por: Moreira Posligua A. (2018,2019)

En esta pregunta, aplicada a extrabajadores ya jubilados a través de la jubilación patronal, de los 32 encuestados, 7 se acogieron al pago de una pensión periódica, mientras los otros 25 lo hicieron a través del fondo global; éstos últimos explican su elección en la posibilidad que les dio el pago del monto total para realizar emprendimientos independientes, para lo que necesitan ese capital.

Por su parte, los 7 que reciben su pensión periódica mensual se acogieron a esa opción bajo la premisa de que les asegura una entrada mensual que complementa otros ingresos y les garantiza un mejor nivel de vida.

Trabajadores jubilados: 32 encuestados.

Pregunta No. 3. ¿Considera que acogerse al fondo global puede vulnerar su derecho a una pensión periódica vitalicia?

Tabla 6
Criterio de Jubilación

| Indicadores | Cantidad | % |
|-------------|----------|-------|
| SI | 4 | 12.50 |
| NO | 28 | 87.50 |

Elaborado por: Moreira Posligua A. (2018, 2019)

En el caso de los extrabajadores acogidos a la jubilación patronal, 28 de los 32 encuestados consideran que no hay ninguna violación a su derecho, sino que la ley ofrece dos alternativas a escoger; pero que ciertamente al escoger el pago del fondo global en lugar de una pensión vitalicia el empleador termina sus obligaciones con sus exempleados, y estos quedan a merced de la propia iniciativa que puedan realizar con el pago que reciben.

Solo 4 de los 32 encuestados considera que el pago de un monto global en lugar de una pensión vitalicia y periódica puede violar su derecho a tal pensión, pero de todas formas es una opción que mientras no sea eliminada de la ley, permite al empleador y su expleado ponerse de acuerdo en la forma de pago de la pensión por jubilación patronal.

Resultados de la encuesta aplicada a abogados que ejercen en el área del Derecho laboral y Derecho de la seguridad social.

Pregunta No. 1. ¿Cuántos años se ha desempeñado como abogado en materia laboral?

Respuestas:

Abogados que ejercen en el área del Derecho laboral y Derecho de la Seguridad Social:
73 encuestados.

Tabla 7
Tiempo de ejercicio en el área laboral y social

| Indicadores-Tiempo como profesional | Cantidad | % |
|-------------------------------------|----------|-------|
| 5 años | 9 | 12,33 |
| 10 años | 18 | 24.66 |
| más de 10 años | 46 | 63,01 |

Elaborado por: Moreira Posligua A. (2018, 2019)

En este indicador lo que se espera conocer es el tiempo de experiencia de los abogados que se dedican a esta área del Derecho Laboral con respecto al tema de investigación; como hipótesis, se supone que a mayor cantidad de años de experiencia su opinión esté más asentada en la experiencia profesional de los encuestados.

En este caso, 46 de los encuestados que representan el 63.01% acumulan una experiencia de más de 10 años en temas de Derecho laboral y Derecho de la Seguridad Social, por lo que su opinión puede tener un peso determinante al responder la pregunta formulada, 18 de los demás encuestados representan el 24.66% del total que acumulan 10 años de experiencia y 9 que representan el 12.33% acumulan cinco años de tiempo de experiencia.

Los años de experiencia, 10 como promedio, permiten afirmar como hipótesis que la opinión de los especialistas puede ser muy influyente en cuanto a la información empírica sobre las posibles afectaciones que pueda tener el pago de la pensión de jubilación patronal a través de un pago global único.

Pregunta No. 2. ¿Considera la posibilidad que tiene el trabajador de acogerse al fondo global puede vulnerar su derecho a una pensión periódica vitalicia?

Tabla 8
Criterio jurídico de formas de jubilación

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|-------------|------------|------------|
| SI | 56 | 76.71 |
| NO | 17 | 23.29 |

Elaborado por: Moreira Posligua A. (2018, 2019)

A esta pregunta la experticia de los abogados que ejercen su profesión en el área del Derecho Laboral dice que 56 de los encuestados que representan el 76.71% considera que la posibilidad que tiene el trabajador de acogerse al fondo global vulnera su derecho a una pensión periódica vitalicia, teniendo en cuenta que la finalidad y naturaleza jurídica de la pensión jubilar es garantizar a la persona, en su vejez e incapacita de trabajar, un ingreso monetario estable, vitalicio y periódico que le permita satisfacer sus necesidades básicas.

Lo contrario, el pago de un monto global único debería ser eliminado como una opción dentro del Código del Trabajo, puesto que aunque es voluntad del trabajador acogerse a cualquiera de las dos formas de pago, solo la pensión vitalicia es coherente con el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, o del derecho a la seguridad social.

Mientras que los 17 encuestados restantes que representan el 23.29% del total, por el contrario, sostienen que no existe ninguna violación de principios o derechos laborales, ya que cuando el trabajador escoge entre una pensión vitalicia periódica o un pago único a través del fondo global, no está negociando o renunciando a sus Derecho a la Seguridad Social, sino que está decidiendo de qué manera desea recibir el pago de su pensión patronal, lo cual está permitido en la ley y es coherente con la Constitución y el marco legal de la institución.

CONCLUSIONES

Después de analizar los principales aspectos teóricos, legales y doctrinales sobre los derechos de los trabajadores en el contexto de los derechos humanos, se presentan en este apartado las principales conclusiones derivadas de la investigación, con el objetivo de dar respuesta a las preguntas de investigación y confirmar la hipótesis.

1.- Se puede establecer que la naturaleza jurídica del derecho de jubilación del trabajador nace como la conquista más significativa de los movimientos sociales organizado por los gremios de diferentes profesiones y oficios que se consolidaron en el siglo XIX, guiados por las diferentes ideologías que dotaban el sustento teórico a las demandas de las clases trabajadoras.

La lucha constante permitió que la relación desigual entre empleadores y trabajadores encuentre nuevas formas de acogerse a la igualdad de derechos, a la realización de cambios que mejoren la calidad de vida de la clase obrera o trabajadora. El papel que juega la relación jurídica entre empleador y trabajador determina los derechos y obligaciones de los intervinientes, en el que las partes se limitan a la realización de una actividad por el pago previamente pactado.

Los lineamientos que plantearon los trabajadores dieron el paso a que se busque adoptar una medida que resguarde de cierta manera un tipo de protección al trabajador por el tiempo de trabajo, siendo esta la naturaleza jurídica del derecho de jubilación.

2.- El papel que juegan los principios dentro de un ordenamiento jurídico es de vital importancia, son los pilares con los que se desarrolla todo el ordenamiento normativo, dándole sentido y coherencia a los lineamientos planteados por el legislador.

En el Derecho interno vigente en Ecuador se consagran una diversidad de principios constitucionales ubicados en diversos artículos; los principios a los que se encuentran sustentado los derechos son los siguientes: inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía como lo dispone la Constitución de 2008 en su artículo 11.6. Esas mismas características se atribuyen a los derechos de los trabajadores, en tanto el artículo 326.2 de la Constitución dispone como uno de los principios que los rigen el que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles.

Se establece que son irrenunciables debido a que la parte más débil de la relación contractual queda limitada a no renunciar de sus derechos que están consagrados en los diversos ordenamientos normativos de forma voluntaria, aunque sea para su beneficio propio y el de su familia.

Los derechos de los trabajadores son intangibles debido a que nadie puede alterarlos ni mucho menos tocarlos a su parecer, ni siquiera el propio trabajador, es una protección contra todo y todas, tanto para el empleador como para el trabajador, se busca evitar que se ocasione daños y perjuicios en especial para la parte más débil de la relación contractual.

El rol de los principios permitió realizar una mejor posición formal y material al desarrollo contextual del tema dentro de este minucioso trabajo, el enfoque ayudo a determinar en el marco del derecho la perspectiva que se pretendía alcanzar.

3.- El derecho a la jubilación es considerado en la doctrina del Derecho laboral como un derecho fundamental, que tiene como finalidad asegurar a las personas mayores de edad, que ya cumplieron con su deber social de aportar con su trabajo al desarrollo y bienestar de la sociedad, una pensión que les permita satisfacer sus necesidades, puesto que ya no disponen de la capacidad necesaria para desarrollar algún tipo de trabajo. Que sea fundamental significa que corresponde a toda persona trabajadora que cumpla con los

requisitos de edad y años de servicios necesarios para acceder a una pensión por jubilación.

En Venezuela es determinada de igual forma como un derecho, sintetizando de cierta forma a que se le reconozca las prestaciones sociales por la antigüedad de servicios, de igual forma determina que la entidad que materializa este derecho es el Instituto Venezolano de Seguros Sociales. La similitud que tiene con nuestra legislación en cuanto a tener una entidad que permita materializar este derecho por parte del Estado, buscando el beneficio más propicio para el trabajador.

En Bolivia, la Constitución Plurinacional, siendo el orden normativo más elevado o que está en la cúspide de toda normatividad, se consagra este derecho a la jubilación desde su Constitución de forma universal, solidario y equitativo. Al igual que nuestra normativa se basa en principios axiológicos para dar por entendido la fuerza con la que se plasman y se hacen respetar estos.

Las dos normativas estudiadas ayudan a que el lector tenga conocimiento de las diversidades de formas en la que se pueden plasmar los derechos de los trabajadores, pero que su finalidad es mejorar la relación contractual, busca dar igualdad y equidad entre empleadores y trabajadores.

4.- Los fines inherentes a la figura de jubilación patronal son materializar los derechos de la seguridad social de los trabajadores, particularmente cuando arriban a la edad legal para acceder a la jubilación, el Estado garantiza para esas personas adultas mayores, el derecho a la jubilación universal, de conformidad con las obligaciones asumidas en el artículo 37.3 de la Constitución del 2008. Asimismo, el artículo 34 de la Constitución dispone que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. Siendo el Estado la entidad que ayudara a que se materialice el derecho.

5.- El pago del fondo global de jubilación patronal involucra la extinción del derecho de jubilación del trabajador por tanto y cuanto al hacerse efectivo este derecho queda o se da por terminado la relación entre el trabajador y el empleador, terminando la relación laboral legalmente, pasando a ser una persona con un respectivo pago mensual acorde a sus aportes.

La determinación del pago del fondo global es considerada como una vulneración de derechos por parte de ciertos juristas estudiados dentro del trabajo de investigación e inclusive por un número significativo de personas que están por acogerse o que ya se acogieron a este recurso.

De las 32 personas encuestadas que están próximos a jubilarse 22 de los mismos que representan el 68.75% de la muestra seleccionada determinaron que eligen el pago del fondo global como el pago de un monto único para generar sus propios negocios y los 10 encuestados restantes que representan el 31.25% determinaron su elección por el pago en una pensión periódica. Se toma de partida este aspecto para determinar el accionar y elección de las personas que ya se han acogido a este recurso y de los abogados especialista en esta rama del derecho.

A pesar de que el 68.75% de la muestra seleccionada prefieren acogerse al pago del fondo global, así mismo lo consideran como una vulneración de derechos, debido a que no cuentan el conocimiento técnico y científico para poder establecer los lineamientos que le ayuden a desarrollar y materializar su proyección a futuro contando con el total del dinero que se le otorgue. Siendo la minoría el 31.25% no lo considera como una vulneración de derechos.

De las 32 personas encuestadas que ya se jubilaron, 25 de los encuestados que representan el 78.12% prefirieron acogerse al pago del fondo global y los 7 restantes que representan el 21.88% a una pensión periódica. La balanza de estudio cada vez toma más

sentido al punto que se pretende de demostrar.

De los 73 abogados encuestados que ejercen en el área de Derecho Laboral y Seguridad Social, se pudo determinar que el 63.01% tienen el tiempo de experticia más significativo para dar más formalidad y un buen carácter técnico a la investigación basada en el empirismo, mientras que la cantidad restante correspondiente al 36.99% cuenta con la experiencia para poder inferir en base a sus conocimientos científicos.

De los 73 abogados encuestados, 56 que representan el 76.71% determinaron que al acogerse al pago del fondo global vulnera el derecho a recibir una pensión vitalicia que cubra sus necesidades durante el tiempo que le reste de vida, mientras que 17 de los encuestados que representan el 23.29% en gran minoría establecieron que no existía vulneración de derechos.

Lo contrario, el pago de un monto global único debería ser eliminado como una opción dentro del Código del Trabajo, puesto que, aunque es voluntad del trabajador acogerse a cualquiera de las dos formas de pago, solo la pensión vitalicia es coherente con el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, o del derecho a la seguridad social.

6.- En el caso del Ecuador, la legislación vigente establece dos formas de jubilación de los trabajadores: por un lado la pensión ordinaria que corresponde por haber contribuido a la seguridad social, pagadera por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y la jubilación patronal a la que tienen derecho los trabajadores cuando hayan cumplido veinticinco años de servicio al mismo empleador, de manera continua e ininterrumpidamente, mismo derecho que corresponde a los que habiendo sido despedido hayan laborado al servicio del mismo empleador, en relación de dependencia por más de veinte años; en ambos casos la diferencia radica en el monto de la pensión jubilar a recibir.

Ahora bien, el Código del Trabajo, con respecto a la jubilación patronal, establece dos opciones relacionadas con la forma de pago de dicha pensión: por un lado, el pago de una pensión periódica y vitalicia, pagadera a los herederos de los trabajadores hasta un año después de su fallecimiento, y por otra el pago de un único monto bajo la figura jurídica del monto global de pensiones. Para que esta última forma de pago sea válida, deben acordarla por escrito el empleador y el extrabajador, con base en los cálculos realizados de acuerdo a las disposiciones jurídicas vigentes.

7.- Desde el punto de vista de la doctrina del Derecho laboral, y con base en la interpretación del régimen jurídico vigente y los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos, la norma del Código del Trabajo que permite el pago de un monto global único como forma de liquidar el derecho a la jubilación del trabajador, es contraria a la naturaleza jurídica del derecho a la jubilación, vulnerando de cierta manera los principios constitucionales, la cual es garantizar a la persona adulta mayor la posibilidad de contar con un ingreso estable, seguro, permanente y periódico para satisfacer sus necesidades básicas.

Los principales principios son aquellos a los cuales se hace referencia en la conclusión número 2 de estos párrafos de conclusiones. En ellos se hace una explicación de los que más se encuentran inmersos en el tema en discusión.

8.- El contexto socio jurídico permitió fundamentar el contexto en el que se desarrolla la investigación, el marco, sus conceptos, etc., dando coherencia a todo lo explicado en el que se desarrolla la figura del pago del fondo global de jubilación.

Para corroborar los resultados de la investigación teórica, se aplicó una encuesta a una muestra de trabajadores próximos a jubilarse con derecho a la jubilación patronal, a trabajadores ya jubilados que accedieron a ese derecho y abogados especialistas en Derecho laboral y Derecho de la seguridad social; a grandes rasgos los resultados señalan que el pago

de un monto global como pago de la jubilación patronal, en lugar de una pensión periódica y vitalicia es contraria a los principios de los derechos de los trabajadores que son irrenunciables, intangibles y no negociables. También dicha norma es contraria a la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, que está destinada a asegurar al trabajador jubilado un ingreso seguro, estable y permanente para satisfacer sus necesidades básicas.

9.- Los factores hacen referencia a aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación determinada y que están directamente relacionadas con el precepto que se quiera demostrar o desarrollar a lo largo del presente trabajo investigativo, por lo que según el caso concreto se busca armonizar el contexto actual de la legislación vigente y proponer una solución oportuna para el caso.

Los factores que inciden en la regulación de la figura del fondo global de jubilación patronal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es la disposición del artículo 216 del Código de Trabajo, en la que se establece que para que proceda la jubilación patronal debe de contar con un tiempo mínimo de 25 años, sea esta continua o interrumpidamente. El otro factor es la voluntad del empleador para poder permitir que el trabajador pueda llegar a cumplir el tiempo mínimo para que proceda esta figura.

RECOMENDACIONES

En correspondencia con los resultados de la investigación, la proposición concreta que se realiza consiste en proponer la reforma del artículo 216 del Código del Trabajo que establece la posibilidad de que el patrono pague un fondo global de jubilación al trabajador, en lugar de la pensión de jubilación vitalicia.

PROPUESTA.

La regulación de las relaciones sociales a través del Derecho es una de las más antiguas técnicas de control social y organización de la sociedad; en el Estado contemporáneo, son muy pocas las relaciones sociales relevantes que no estén ya regulados por el Derecho vigente, de manera que la posibilidad que proponer leyes nuevas o regulaciones inéditas es más bien inverosímil.

Es por esa razón que, en la mayoría de los casos, las propuestas que se derivan de las investigaciones de dogmática jurídica, especialmente cuando se estudia una institución particular, apuntan hacia la modificación del Derecho vigente, bien sea por la adición de nuevas normas o por la modificación o derogación de las existentes.

En este caso, la investigación se hizo con el propósito de responder a la siguiente pregunta: ¿El pago del fondo global de jubilación patronal se contrapone al derecho de jubilación del trabajador y vulnera derechos y principios constitucionales?

Al haber respondido afirmativamente, la propuesta concreta consiste en la reforma del artículo 216 del Código del Trabajo, para eliminar la posibilidad de que el empleador y el trabajador que accede a la jubilación patronal puedan pactar una forma de pago distinta a la pensión periódica, mensual y vitalicia.

En su artículo 216. 3 el Código del Trabajo dispone que:

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.

En la reforma propuesta, debería suprimirse la frase “*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*”.

Con ello estaría eliminada la posibilidad de que el trabajador, aunque sea por su propia voluntad, se vea privado del derecho a recibir una pensión periódica y vitalicia pagadera por el empleador o por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social si llegaran a un acuerdo al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V., & Curtis, C. (2018). Fututos posibles. El derecho laboral en la encrucijada. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 149-175.
- Asamble Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial.
- Briones Briones, E. (2008). La jubilación (un derecho fundamental de todo trabajador). *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, 76- 86.
- Capon Filas, R., & Girlandini, E. (1991). *Diccionario de derecho social. Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Congreso de la República. (2005). *Código del Trabajo. Codificación*. Quito: Registro Oficial.
- De Buen, N. (2002). *Derecho del trabajo, tomo II*. México: UNAM.
- El Comercio. (15 de mayo de 2014). JUbilación patronal. *El Comercio*. Recuperado el 5 de octubre de 2018, de <https://www.elcomercio.com/opinion/jubilacion-patronal.html>
- Fernánde Bulté, J. (2001). *Teoría del Estado*. La Habana: Félix Varela.
- Grisola, J. (1999). *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Lara Sáenz, L. (1991). *Procesos de Investigación Jurídica*. Mexico: UNAM.
- Lexis. (30 de jnio de 2010). ¿Quién invnetó la jubilación patronal? *Lexis*. Recuperado el 5 de octubre de 2018, de <http://www.lexis.com.ec/sin-categoria/quien-invento-la-jubilacion-patronal/>
- Marx, C., & Engels, F. (2011). *Manifiesto del Partido Comunista*. México: Centro de Estudios Socialistas.
- Ministerio del Trabajo. (2016). *Acuerdo Ministerila No. MDT-2016-0099*. Quito: Registro Oficial de 13 de abril de 2016.

- Ministerio del Trabajo. (2018). *Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0188*. Quito: Registro oficial de 30 de mayo de 2018.
- Miroló, R. (2015). *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Astrea.
- Muñoz Osorio, A., & Esguerra Muñoz, G. (2012). La cohesión como derecho fundamental en el sistema de seguridad social colombiano. *Justicia Iuris*, 88- 101.
- Navarro Fallas, R. (2002). El derecho fundamental a la seguridad social, papel del estado y principios que informan la política estatal en la seguridad social. *Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, 13- 18.
- OIT. (1952). *Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social aprobado por la Organización Internacional del trabajo en 1952*. Ginebra: OIT.
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Ginebra: ONU.
- ONU. (1966). *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y culturales*. Nueva York: ONU.
- Organización de los Estados Americanos. (1947). *Carta internacional americana de garantías sociales o declaración de los derechos sociales del trabajador*. Río de Janeiro: OEA.
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). *Investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*. Ginebra: OIT.
- Ospina Duque, E. (2011). Antecedentes históricos del derecho colectivo del trabajo. En *Derecho Colectivo del Trabajo* (págs. 3-39). Buenos Aires: s/e.
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Pérez de los Cobos, F. (2010). El conflicto laboral en la actualidad. Nuevos conflictos. *Ius et Praxis*, 441-452.
- Pérez, B. (1983). *Derecho del trabajo*. Buenos Aires: Astrea.

Pérez; Bustamante; Ponce. (2015). *La jubilación patronal*. PBP. Recuperado el 4 de octubre de 2018, de <http://www.pbplaw.com/jubilacion-patronal/>

Rojas Rivas, A. m. (2014). El derecho a la jubilación, un derecho fundamental. *Revista de Derecho Empresarial*, 27-48.

Salazar, P., & Ibarra, M. B. (2017). *Aspectos importantes en el Cálculo de Finiquito de Jubilación Patronal*. ACTUARIA. Recuperado el 4 de octubre de 2018, de <https://actuarial.com.ec/aspectos-importantes-en-el-calculo-de-finiquito-de-jubilacion-patronal/>

Velázquez Clavijo, M. (1999). La jubilación activa. *Escuela Abierta*, 163-182.