

**SOBRE EL PAGO DE LAS VACACIONES EN EL ECUADOR. UN ANÁLISIS
DESDE EL DERECHO LABORAL
ENTREVISTA CON JEAN CHRISTOPHE LIEVAIN***

**ON VACATION LEAVE PAYMENT IN ECUADOR. AN ANALYSIS FROM LABOUR LAW
INTERVIEW WITH JEAN CHRISTOPHE LIEVAIN**

**SOBRE O PAGAMENTO DAS FÉRIAS NO EQUADOR. UMA ANÁLISE
DESDE O DIREITO DO TRABALHO
ENTREVISTA COM JEAN CHRISTOPHE LIEVAIN**

*Liliam Fiallo Monedero**
Universidad de Las Américas*

**Entrevista realizada el 16 de octubre de 2015
Quito, Ecuador**

* Jean Christophe Lievain es Máster en Derecho Mercantil por la Université Jean Moulin, de Lyon, Francia y Máster en Air and Space Law por la Mc Gill University, de Montreal, Canadá. Entre el año 1998 y el 2000 fue docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y entre el 2009 y el 2014 se desempeñó como Director General de la Cámara de Comercio Franco-ecuatoriana en Quito. Actualmente es docente a tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas de Quito.

** Liliam Fiallo Monedero es Licenciada en Derecho y Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de la Habana de Cuba y Máster en Ciencias Sociales con mención en Sociología por FLACSO-Ecuador. Actualmente cursa un Doctorado en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar. Es docente a tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas de Quito y es coordinadora editorial de la Revista Cálamo.

LILIAM FIALLO MONEDERO: Profesor Lievain, recientemente, en abril del presente año, fue dictada en Ecuador la *Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*, la cual introduce algunas reformas al régimen laboral y de seguridad social en el país ¿Qué balance general usted podría hacer de la ley, a partir de sus principales modificaciones?

JEAN CHRISTOPHE LIEVAIN: Las reformas planteadas por la ley se relacionan principalmente con elementos fundamentales como la desaparición de los contratos por tiempo indefinido, las modificaciones de los aportes del Estado al régimen de pensiones o el reconocimiento del trabajo no remunerado del hogar. No se trata de modificar detalles que impactan de forma negativa las relaciones laborales como, por ejemplo, los errores en el pago de las vacaciones o las fallas en el trámite del visto bueno cuando no se hacen investigaciones previas por parte del inspector del trabajo. Se podría explicar esta situación por el cambio de estrategia del gobierno, que ha preferido adoptar una ley con puntos claves en vez de reformar directamente todo el Código de Trabajo como se había previsto inicialmente. Según las informaciones disponibles, esa reforma completa y profunda debería llegar pronto.

LFM: En su criterio, ¿cuáles son los puntos más discutibles de la nueva normativa laboral?

JCL: La mayoría de los puntos son discutibles, en el sentido de que pueden ser interpretados y criticados de formas diferentes, y a veces opuestas, según la posición de las personas afectadas por la novedad. Por ejemplo, en el caso de la desaparición de los contratos a tiempo definido, los empleadores la pueden interpretar como una falta de flexibilidad en la contratación de un nuevo trabajador que puede impedir la contratación en sí misma, pero para el empleado es sinónimo de seguridad y de estabilidad laboral. Todas las reformas son discutibles y no solamente en el ámbito laboral.

LFM: En otras ocasiones ha manifestado que existe un vacío legal en cuanto al pago de vacaciones gozadas, lo que conlleva a una inadecuada garantía de este derecho laboral...

JCL: No se puede hablar realmente de un vacío legal porque el conjunto de artículos del Código del Traba-

jo que regulan el tema de las vacaciones contiene todo lo necesario para un pago adecuado. Estamos frente a una interpretación impropia de las normas.

LFM: ¿Nos podría explicar en qué consiste esta errada interpretación?

JCL: En el Ecuador, las vacaciones tomadas se pagan al final del mes durante el cual el trabajador ha gozado de sus días de descanso. El valor recibido es el proporcional de la remuneración fija que corresponde a este periodo. Esta práctica es tan común y transparente que no aparece en la mayoría de los casos la mención de los días gozados en los roles de pago. Pero esta situación no respeta la ley por dos razones: primero, el pago se debería hacer de forma adelantada y, segundo, algunos trabajadores no reciben el valor adecuado.

El artículo 69 del Código del Trabajo estipula que “el trabajador recibirá por adelantado la remuneración correspondiente al período de vacaciones”. Así, si consideramos a un trabajador que recibe una remuneración mensual fija de 1000 USD sin parte variable, y que toma sus vacaciones del 15 de julio al 31 del mismo mes, recibirá al final del mes 1000 USD (menos las aportaciones al IESS). Con una aplicación adecuada de la ley debería recibir un adelanto de 500 USD por concepto de vacaciones y un saldo de 500 USD por concepto de remuneración al final de julio. Esta figura cumple con la norma y, al mismo tiempo, permite al trabajador tener más recursos financieros al momento de irse de vacaciones para disfrutar mejor de estos días, lo que corresponde al espíritu de la ley.

Las cosas se complican cuando se trata de un trabajador que tiene una remuneración compuesta por una parte fija y una parte variable, como el pago de comisiones, bonos, horas extraordinarias, etc. Para la persona con remuneración fija, el pago adelantado no afecta el valor recibido: en nuestro ejemplo el trabajador recibirá en todo caso 1000 USD. Pero una persona con una remuneración variable se ve perjudicada, ya que se le paga sólo el proporcional de la parte fija cuando se va de vacaciones y no recibe nada de la parte variable.

Si un trabajador recibe como remuneración un valor fijo de 1000 USD más una comisión del 10% de

las ventas realizadas recibirá solamente 500 USD por concepto de sus 15 días de vacaciones, cuando en el mismo periodo de tiempo trabajado hubiera sido capaz de recibir, por ejemplo, el doble por las comisiones.

En este caso, se debería aplicar el cálculo de la liquidación previsto en el artículo 71 del Código del Trabajo, el cual establece que ésta “se hará en forma general y única, computando la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo, tomando en cuenta lo pagado al trabajador por horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias de labor y toda otra retribución accesorias que haya tenido el carácter de normal en la empresa en el mismo período, como lo dispone el artículo 95 de este Código”.

Nos parece necesario recordar que actualmente se aplica la liquidación del artículo 71 solamente en el caso de un trabajador que no alcanzó a gozar de sus vacaciones en aplicación del artículo 76 del Código del Trabajo; es decir, en tres circunstancias:

- 1) Cuando por pedido del empleador, y en aplicación del artículo 74 del Código de Trabajo, se han postergado las vacaciones de un año al otro y el trabajador no alcanza a disfrutar de esos días.
- 2) Cuando el empleador decide pagar los días de vacaciones adicionales por antigüedad en vez de autorizar la toma de esos días por el trabajador (art. 69 CT).
- 3) Cuando se termina la relación laboral y el trabajador no había gozado todavía de sus días de vacaciones.

LFM: ¿Podiera identificar cuáles son los puntos que se discuten en la doctrina a este respecto y en qué temas advierte un vacío en cuanto al mismo?

JCL: Es necesario mencionar que la doctrina ecuatoriana sobre el pago de las vacaciones no se pronun-

cia de forma clara o suficiente, y nadie menciona la práctica inadecuada. El Dr. Jorge Vásquez López, en la última edición de su manual de “Derecho Laboral Práctico”, anota que la remuneración que corresponde a los días de vacaciones se debe entregar al trabajador por adelantado, es decir, antes de salir de vacaciones¹. Sin embargo, ni aquí, ni en ninguna otra parte de la obra, se define lo que son la remuneración y sus componentes, dejando a cada uno la libertad de interpretación. Sin embargo, este autor precisa que “la liquidación de las vacaciones se hará computando la ‘veinticuatroava’ parte del total ganado por el trabajador durante el año de trabajo, es decir tomando en cuenta todo lo percibido por horas suplementarias y extraordinarias, comisiones y toda otra retribución que haya tenido el carácter de normal”².

Luego da un ejemplo de liquidación y escribe que el valor calculado “corresponde a la quincena de vacaciones que gozará” el trabajador.

La conjugación del verbo “gozar” en futuro confirma que la posición del Dr. Jorge Vásquez es idéntica a la nuestra. Pero nos parece que falta argumentación para no dejar ninguna duda ni lugar a interpretaciones disímiles como, por ejemplo, definir lo que es la remuneración y sus componentes.

En su manual de “Derecho Laboral”, el Dr. Cristóbal Ojeda Martínez toma la misma posición a favor de un pago adelantado³ y conforme al artículo 71 del Código del Trabajo⁴ pero tampoco lo argumenta de forma clara.

La Dra. Graciela Monesterolo Lencioni en su libro “Instituciones de Derecho Laboral Individual” menciona que “las vacaciones son remuneradas de manera anticipada” y que “si por cualquier motivo el trabajador no llegare a gozarlas, tendrá derecho a que su empleador se las compense con el equivalente de la 1/24 parte de todo lo percibido durante el año”⁵.

Así, el pago de “veinticuatroava parte” se interpreta como una excepción reservada a la falta de gozo de

1 Vásquez López, Jorge. 2013. Derecho Laboral Práctico. Quito: Cevallos, p. 121.

2 Vásquez López 2013, 122.

3 Ojeda Martínez, Cristóbal. 2015. El Derecho Laboral ecuatoriano en preguntas y respuestas: incluye resoluciones y sentencias. Quito: Correo Legal, p. 145.

4 Ojeda Martínez 2015, 146.

5 Monesterolo Lencioni, Graciela. 2013. Instituciones de Derecho Laboral Individual: herramientas didácticas. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 293.

las vacaciones. Es interesante notar que al contrario del Dr. Vásquez, la Dra. Lencioni define de forma detallada en su obra lo que es la remuneración, incluyendo los componentes fijos y variables⁶, pero no lo relaciona con el pago de las vacaciones.

La doctrina está dividida, lo que conduce a una confusión y permite la interpretación a favor de una mala práctica.

LFM: ¿Usted tiene conocimiento de jurisprudencia y decisiones de la corte nacional al respecto?

JCL: A pesar de nuestras investigaciones, no hemos encontrado decisiones al respecto.

LFM: Entonces, ¿estaríamos de acuerdo en que nos encontramos ante una inadecuada aplicación del Código de Trabajo?

JCL: Sí, pero también estamos ante un incumplimiento de algunos principios del Derecho Laboral, como el que consiste en interpretar las normas de forma más favorable a los trabajadores.

Recordemos que el Derecho Laboral debe tratar siempre de reequilibrar la relación entre un empleador con recursos financieros superiores y un trabajador en posición de necesidad económica, siendo más favorable a esa persona que representa la parte más débil de la relación.

Se deben también minimizar los perjuicios que podrían afectar a los trabajadores. Eso se refleja en la redacción del artículo 7 del Código del Trabajo, cuando señala que “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 nuestro caso, el trabajador no debe ser perjudicado por el hecho de gozar de derechos reconocidos e irrenunciables como los de las vacaciones durante las cuales, sin que sea su culpa, no puede finalizar ventas, recibir bonos o trabajar horas suplementarias, etc. Por tanto, sostengo que en estos casos el trabajador debe ser indemnizado de la forma más ventajosa con la aplicación del artículo 71 del Código del Trabajo.

LFM: ¿Qué noción de remuneración usted maneja para afirmar que los derechos de los trabajadores se están viendo perjudicados por el modo en que se realiza el pago?

JCL: Según el diccionario jurídico ecuatoriano Anbar, la remuneración corresponde a la “cantidad de dinero que el empleador entrega al trabajador a cambio de su fuerza de trabajo o servicios prestados...”.

Eso implica que entra en la remuneración todo lo que se debe pagar a un trabajador cuando este está realizando sus tareas: lógicamente todas las horas trabajadas, ya sean ordinarias, suplementarias o extraordinarias; pero también, como consecuencia del trabajo y de las habilidades desarrolladas, las comisiones o los bonos.

Se puede constatar que no hay que distinguir entre parte fija y variable de la remuneración. Por consecuencia, hay que considerar la palabra “remuneración” del artículo 69 del Código del Trabajo como un término general que incluye todo lo que recibe el trabajador en concepto de ingresos generados por su trabajo, fijos o variables.

Es cierto que cuando un trabajador está de vacaciones no va a realizar ventas u horas suplementarias, y por esa causa es que no se le paga nada por estos conceptos. Pero esto no es justo y existe el artículo 71 que precisa cómo se liquidan las vacaciones.

LFM: ¿Qué otro argumento utiliza usted para consolidar su afirmación?

JCL: Viendo las tres únicas situaciones en las cuales se aplica el artículo 71 en nuestro país, se puede decir que el verbo ‘liquidar’ se entiende como las siguientes definiciones del “Diccionario de la Lengua Española” de la Real Academia Española: “saldar una cuenta” o “poner término a un estado”. Significa que saldamos los días de vacaciones no gozadas y ponemos fin a la situación en la cual estaba el trabajador.

Pero el diccionario de la Real Academia define el verbo liquidar no solamente como un hecho de terminar algo pero también como “hacer el ajuste de una cuenta” o “pagar enteramente una cuenta”.

⁶ Monesterolo Lencioni 2013, 200.

Adicionalmente, en los negocios se practican liquidaciones al final de una temporada cuando por cambio de colecciones y por los costos altos de bodegaje, el comerciante se separa de los invendidos. En este caso, la liquidación corresponde a una situación habitual que se repite cada año y no solamente se practica para la terminación definitiva de un estado... en este caso, del negocio. Podemos deducir de las definiciones de la Real Academia y de la práctica comercial que la liquidación se la puede aplicar para ajustar y regular eventos o periodos que se repiten con frecuencia, como es la toma de vacaciones de los trabajadores.

En consecuencia, sin duda se debe aplicar el cálculo del artículo 71 al pago de las vacaciones gozadas. Además esta situación corresponde al espíritu de la ley.

LFM: Finalmente, ¿qué posible solución encontraría al problema descrito sobre las vacaciones gozadas y la inadecuada forma en que se realiza?

JCL: Tenemos que interpretar de forma adecuada desde un punto de vista jurídico y lingüístico, los textos existentes, cuyos contenidos y redacciones permiten que el valor recibido por el trabajador, por concepto de vacaciones gozadas, corresponda al cálculo del artículo 71 del Código del Trabajo y que este pago se haga antes de tomar esos días de descanso. Pero para evitar confusiones, recomendamos que se redacten de forma más precisa los artículos relacionados al pago de las vacaciones, para no dejar posibilidad a la equivocación; asimismo pienso que sería un deber de los jueces de la corte nacional sentenciar de forma clara los hechos relacionados con este problema que lleguen a su conocimiento.