



**UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR**

**CARRERA DE DERECHO**

**Trabajo de Titulación Previo a la Obtención del Título de Abogada de los  
Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

**TEMA:** Análisis de los Fondos de Reserva

**AUTOR:** Adriana Lourdes Apuntes León

**ASESOR:** Dr. Hermes Gilberto Sarango Aguirre.

**QUITO - 2018**

## CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

Dr. Hermes Sarango Aguirre, en calidad de Asesor del ensayo titulado “**ANÁLISIS DE LOS FONDOS DE RESERVA**”, designado por la Cancillería de la UMET, certifico que la estudiante **ADRIANA LOURDES APUNTES LEÓN** titular de la cédula de ciudadanía N°1206015362, ha culminado el ensayo y ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba el mismo.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente.

Dr. Hermes Sarango Aguirre

## CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Declaración de autoría de trabajo:

Yo, **ADRIANA LOURDES APUNTES LEÓN**, C.C. N° 1206015362, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, declaro en forma libre y voluntaria que el presente ensayo que versa sobre “**ANÁLISIS DE LOS FONDOS DE RESERVA**”, así como las expresiones difundidas en la misma son autoría de la compareciente, quien lo ha realizado en base a recopilación bibliográfica de doctrina y páginas de internet.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad del mismo y el cuidado al remitirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente

Adriana Lourdes Apuntes León

CC N°1206015362

## **CESIÓN DE DERECHOS**

El presente ensayo con el tema “**ANÁLISIS DE LOS FONDOS DE RESERVA**”, cuyo autor es la suscrita **ADRIANA LOURDES APUNTES LEÓN**, CC N°1206015362, manifiesto en forma libre y voluntaria que: “Cedo los derechos del presente ensayo a la Universidad Metropolitana de Ecuador, para que el contenido sirva de fuente de información y conocimiento para bienestar universitario”.

Atentamente.,

Adriana Lourdes Apuntes León.

CC N° 1206015362

## **DEDICATORIA.**

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional, a mis padres y a mi hermano.

Son muchas personas que tengo que dedicar por brindarme su apoyo, cariño, amistad y confianza en las distintas etapas de mi preparación profesional.

Este gran paso agradezco infinitamente a mis padres, por ser el pilar más importante y por demostrarme siempre su cariño y a pesar de las barreras y obstáculos que nos ha puesto la vida siempre su cariño y a pesar de las barreras y obstáculos que nos ha puesto la vida siempre nos hemos apoyado mutuamente. A mi hermano, porque me ha brindado su apoyo incondicional y por compartir conmigo buenos y malos momentos.

## AGRADECIMIENTO

En el presente trabajo agradezco a Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado.

A mis padres y a mi hermano por poder hacer realidad este sueño tan anhelado.

A la Universidad Metropolitana por darme la oportunidad de estudiar y ser una profesional.

A mi director de ensayo Dr. Hermes Sarango A., por su esfuerzo y dedicación, quien, con sus conocimientos, su experiencia, su paciencia y su motivación ha logrado aportar para que pueda terminar mis estudios con éxito.

También me gustaría agradecer a mis profesores que durante toda mi carrera profesional han aportado con un granito de arena a mi formación.

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida profesional a las que me encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida. Algunas están aquí conmigo y otras en mis recuerdos y en mi corazón, sin importar en donde estén quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

## INDICE

<b>CERTIFICACIÓN DEL ASESOR .....</b>	<b>ii</b>
<b>CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA .....</b>	<b>iii</b>
<b>CESIÓN DE DERECHOS .....</b>	<b>iv</b>
<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>v</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>vi</b>
<b>INDICE .....</b>	<b>vii</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUCCION .....</b>	<b>3</b>
<b>Antecedentes del Fondo de Reserva. ....</b>	<b>5</b>
<b>CONCEPTUALIZACION DEL FONDO DE RESERVA .....</b>	<b>7</b>
<b>Características de los fondos de Reserva .....</b>	<b>10</b>
<b>TRABAJADORES QUE TIENEN DERECHO AL FONDO DE RESERVA .....</b>	<b>12</b>
<b>Objetivos y Beneficios. ....</b>	<b>13</b>
<b>Retiro del Fondo de Reserva. ....</b>	<b>15</b>
<b>El Titular del Derecho al Fondo de Reserva.....</b>	<b>16</b>
<b>Computo del Fondo de Reserva. ....</b>	<b>17</b>
<b>Perdida del Fondo de Reserva.....</b>	<b>18</b>
<b>A quien debe hacerse el Pago. ....</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>LOS TRABAJADORES NO AFILIADOS AL IESS .....</b>	<b>19</b>
<b>LOS TRABAJADORES AFILIADOS AL IESS .....</b>	<b>21</b>
<b>GARANTÍAS DEL FONDO DE RESERVA .....</b>	<b>23</b>
<b>DISPONIBILIDAD DEL FONDO DE RESERVA .....</b>	<b>24</b>
<b>USO DEL FONDO DE RESERVA .....</b>	<b>25</b>

<b>CONCLUSIONES</b> .....	27
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	28
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	29

## RESUMEN

El Fondo de Reserva es un beneficio al que tienen derechos todos los trabajadores en relación de dependencia después del primer año de trabajo; pero es a partir de la transformación del ordenamiento jurídico impulsado a través de la Legislación para el Pago Mensual de los Fondos de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía que este pago tuvo varios cambios. Anteriormente a la aprobación de ésta Ley dicho beneficio era depositado al trabajador público o privado únicamente en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) de forma anual; mientras que en la actualidad el empleador realiza un pago directo y mensualizado del porcentaje equivalente al 8,33% de la remuneración a todos sus empleados; sin embargo, el trabajador puede realizar las acciones legales pertinentes, expresando de forma escrita su deseo de que el pago del Fondo de Reserva no se le entregué de forma directa; de ser el caso, el empleador deberá asignar los valores correspondientes en el IESS y estos permanecerán en el fondo individual del afiliado obteniendo la acumulación de tal porcentaje. Por ello, el propósito del presente ensayo es analizar la problemática del Fondo de Reserva en el Ecuador a partir de los mencionados cambios legales. Este estudio se justifica debido a la inmensa multitud de personas que prestan su fuerza de trabajo en Ecuador de manera subordinada, los cuales deben tener el conocimiento exacto de este beneficio y los efectos de los cambios realizados en cuanto a su pago. Metodológicamente, se usó la investigación documental con sus técnicas de recolección y revisión del material doctrinario, lectura general y lectura detallada, subrayado, el resumen, entre otras. El método que se siguió fue el descriptivo, el de análisis y el de síntesis. El material que se utilizó son: libros, revistas especializadas, la Ley, e internet.

**Palabras claves:** Fondos de Reserva, trabajadores, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

## ABSTRACT

Reserve Funds are a benefit for every worker in a dependency relationship after the first year of work; but it is from the normative change promoted through the Law for the Monthly Payment of the Reserve Funds and Unemployment Solidarity Scheme that this payment had several changes. Prior to the approval of this Law, this benefit was deposited to the public or private worker only in the Ecuadorian Institute of Social Security (IESS) on an annual basis; while at present the employer makes a direct and monthly payment of the percentage equivalent to 8.33% of the remuneration to all its employees; However, the worker can take the pertinent legal actions, expressing in writing his desire that the payment of the Reserve Fund was not delivered directly to him; if this is the case, the employer must assign the corresponding values in the IESS and these will remain in the individual fund of the member obtaining the accumulation of such percentage. Therefore, the purpose of this essay is to analyze the problems of the Reserve Fund in Ecuador based on the aforementioned legal changes. This study is justified due to the immense multitude of people who lend their workforce in Ecuador in a subordinate manner, who must have the exact knowledge of this benefit and the effects of the changes made in terms of their payment. Methodologically, documentary research was used with its techniques of collecting and reviewing doctrinal material, general reading and detailed reading, underlining, the summary, among others. The method followed was descriptive, analysis and synthesis. The material that was used are: books, specialized magazines, Law, jurisprudence and the internet.

**Keywords:** Reserve Funds, workers, Ecuadorian Institute of Social Security.

## INTRODUCCION

El Derecho Laboral enmarcado en el Derecho Social, busca proteger los derechos de los trabajadores que prestan su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración; es así que el presente ensayo tiene como propósito analizar los cambios normativos aprobados en la legislación ecuatoriana respecto de los Fondos de Reserva, mismos que constituyen un derecho en el trabajo capitalizado de cada trabajador.

Este beneficio, es un derecho sujeto al principio de irrenunciabilidad por parte del trabajador, siendo el empleador el obligado a pagarlo; es decir, el empleador debe proporcionar el equivalente a la doceava parte de la remuneración total percibida por el trabajador después de haberse cumplido un año de relación laboral ininterrumpida, por eso, en general, todo empleador deposita en la actualidad mensual y directamente al trabajador dicho porcentaje; sin embargo, el trabajador puede solicitar la acumulación de dicho Fondo, teniendo el jefe la responsabilidad de hacer el depósito en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

De acuerdo con lo establecido para determinar el monto del Fondo de Reserva se considera que los sueldos y salarios adquiridos en ese año, más los pagos por horas suplementarias y extraordinarias, trabajos a destajos, las comisiones y otras participaciones en beneficios y en general, cualquier retribución que tenga carácter permanente, conforme lo describe el artículo 95 del Código del Trabajo, es decir, se computa en base a la remuneración total anual percibida por el trabajador.

El problema radica en que al momento del retiro de los fondos de reserva muchas veces el trabajador tiene inconvenientes, tales como bloqueo de cuentas, nombres cambiados, aportes incompletos, que siguen afectando a las y los afiliados que desean retirar sus fondos de reserva, con el agravante, de que los trabajadores muchas veces desconocen situaciones relacionadas con el citado fondo; por ejemplo, ignora desde cuándo puede hacer uso del mismo, como se lo pueden pagar y beneficios que el mismo proporciona luego del primer año de servicio.

Esta problemática tiene una serie de repercusiones sociales y personales para el trabajador, pues el fondo de reserva no es una concesión graciosa del empresario o empleador público,

sino una exigencia de la ley, para que el trabajador teniéndolo como un ahorro, pueda utilizarlo para mejorar su calidad de vida. En el caso de Ecuador, la acumulación de los fondos les sirve a los afiliados al IESS, de garantía para los créditos quirografarios.

Todo esto, justifica el presente estudio, el cual tuvo como propósito analizar el Fondo de reserva de los trabajadores en el Ecuador.

Para el desarrollo del estudio se utilizó una metodología documental que incluyó el uso de las técnicas de la lectura general y detallada del material extraído de las leyes, los libros, revistas especializadas, entre otros.

También se utilizaron como técnicas el subrayado, el resumen, entre otros. Asimismo, incluye el uso de métodos tales como el análisis, síntesis y el descriptivo. La modalidad que adoptó este estudio fue el de ensayo, por lo que estructuralmente se conformó, por una introducción, el desarrollo, las conclusiones y recomendaciones, a lo que se agregó la bibliografía consultada.

## DESARROLLO

### **Antecedentes del Fondo de Reserva.**

Este beneficio tiene sus antecedentes en los años previos a la expedición del primer Código del Trabajo y conforme lo señalado por el Dr. Miguel Ángel Zambrano, “El fondo de reserva no significaba otra cosa que adoptar el sistema de sobresueldo anual o el año de trece meses, que se había implantado...” (Zambrano, 1962, pág. 296).

Por otro lado, el jurista Jorge Vásquez refiriéndose a la prestación que al efecto existía en la Ley de Desahucio de 1928, que fue reformada por el General Páez, en enero y abril de 1936, establece que:

La concepción de la prestación era diferente a la actual, porque se establecía una indemnización para los trabajadores que hubieren laborado más de un año y menos de dos, la misma que era equivalente a dos meses de sueldo o salario, y para quienes tenían más de dos años de labor, la indemnización equivalía a un mes de sueldo o salario por cada año de servicios. (Vásquez López, 2017, pág. 332).

Adicionalmente, el mismo autor explicaba que la finalidad era diferente a la que actualmente tiene, ya que siendo creada como una indemnización paso a ser considerada como una reserva.

El Dr. Carlos Vela Monsalve al analizar sobre el origen de la presente temática, encuentra finalidades de justicia social y expresa lo siguiente:

Inspirada esta institución en un noble y sano propósito de justicia social, constituye sin duda una de las creaciones más benéficas de nuestras leyes del trabajo.- Establece una especie de ahorro obligatorio, reserva o “trabajo capitalizado” como lo llama el propio Código, cuyo objeto es prevenir las angustias de la falta de salario en cualquiera de las contingencias de la vida de trabajo, tales como la invalidez, la vejez y la muerte. (Monsalve Vela, 1955, pág. 724).

El aporte del tratadista es muy importante debido a que analiza que esta prestación tiene por objetivo atenuar el riesgo económico que tiene el trabajador al quedarse sin empleo.

Existe otro elemento importante que va configurando la actual concepción, puesto que, si se trata de un beneficio o prestación laboral, muchas veces surge la pregunta ¿por qué el IESS es quien lo administraba o recaudaba totalmente y no las Autoridades del Trabajo o alguna entidad formada para ello? La respuesta se fundamenta en los siguientes hechos históricos: La creación del Instituto Nacional de Previsión a través de Decreto Supremo de 12 de octubre de 1935, iniciando labores el día universal del trabajo, 1 de mayo de 1936, este organismo posteriormente da origen a la Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros en abril de 1937 y que a partir del 1 de abril de 1944, reforma y aplica sus nuevos Estatutos, denominándose simplemente Caja del Seguro. Estos organismos tenían en común varias de sus funciones, entre ellas estaba la facultad de recaudar los valores de las indemnizaciones a que tenían derecho sus afiliados, conforme las disposiciones de la Ley de Desahucio del Trabajo, que disponía constituir con ellos el fondo individual de jubilación.

Conforme el desarrollo social, normativo y las nuevas necesidades de la clase trabajadora entra en vigencia el primer Código del Trabajo Ecuatoriano, en noviembre de 1938, el cuál derogó todas las leyes y decretos anteriores a su expedición referentes al trabajo, como es el caso de la Ley de Desahucio y en ella las indemnizaciones inmersas que tenían previstas; por lo que en concordancia con el principio de intangibilidad de los derechos laborales, el nuevo Código reemplaza estas compensaciones con un nuevo beneficio llamado “Fondo de Reserva”, este desde su inicio fue considerado como un derecho para los trabajadores y una alternativa que la ley otorgaba al empleador, con la finalidad de que tenga mayores facilidades para ir haciendo reservas de lo que debía pagar al trabajador al momento de su separación en su lugar de trabajo de forma definitiva y así evitar pagar la indemnización en conjunto; es decir todo el valor reunido.

Posteriormente se reforman la Ley y los Estatutos de la Caja del Seguro, con lo que desaparecen los sistemas originales y se propone la idea de un ahorro individual del afiliado, dando nacimiento también a una nueva prestación, denominada “Fondo Mortuario”, cuyo porcentaje era similar al valor de los Fondos de Reserva; el Fondo Mortuario se aplicó en favor del afiliado fallecido; además, se mejoró las prestaciones del Seguro Ordinario, implantando rentas para jubilación y el montepío.

Es evidente que la redacción y expedición del primer Código Laboral y sus normas adicionales la realizaron juristas que tenían una gran capacidad, conocimiento y una orientación inclinada hacia lo social y a la protección los trabajadores, esto tiene que ver con el momento histórico que a nivel mundial se vivía, en dónde los obreros demandaban mejores condiciones de trabajo y el respeto de sus derechos; por ello, los avances normativos y los nuevos beneficios que percibirían los trabajadores en el Ecuador era sin duda un triunfo.

Sin embargo, en la actualidad los conceptos y principios que dieron origen a los Fondos de Reserva han ido evolucionando, ejemplo de ello es la publicación de la “Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y el Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado”, aprobada en 2009 y publicada en el Registro Oficial N°644, que instaura varios cambios principalmente en la modalidad del pago del Fondo de Reserva, facultando que el empleador realice la entrega del valor correspondiente mensualmente y de forma directa al trabajador; es decir, se desnaturaliza el fin con el que fue creado este beneficio que era el formar un valor acumulado que sirva al afiliado a formar una reserva o capital de su trabajo, todo esto sin perjuicio que aquellos trabajadores que decidieren recibir un acumulado realicen la solicitud por escrito para que el empleador deposite en el IESS estas sumas mensuales en concepto de Fondo de Reserva, que podrán retirar después de 36 meses, también se incluye una tasa del 6.8% que es un beneficio que genera un interés sobre el valor ahorrado del beneficiario.

En el caso de que un trabajador que laboro en una empresa menos de un año no tiene derecho al fondo de reserva y a su vez se cambia a otra empresa pero con el mismo patrón no se acumula el tiempo para poder adquirir este beneficio porque es otra institución.

## **CONCEPTUALIZACION DEL FONDO DE RESERVA**

Existen varios juristas que conceptualizan a los Fondos de Reserva, uno de ellos es el Dr. Carlos Vela Monsalve que plantea que:

El Fondo de Reserva es una especie de ahorro obligatorio, reserva o “trabajo capitalizado”, cuyo objeto es prevenir las angustias de la falta de salario en cualquiera de las contingencias de la vida del trabajo, tales como la invalidez la

vejez y la muerte; pero en forma primaria y directa se encamina a atenuar el riesgo económico de la cesantía, toda vez que vino a reemplazar a las indemnizaciones que debía percibir el trabajador en caso de despido y en general de terminación de su contrato de trabajo. (Monsalve Vela, 1955).

De lo expuesto se deduce, que el fondo de reserva no es más que un beneficio que tiene el trabajador que ofrece sus servicios por más de un año, siendo el empleador el que paga una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios.

El Dr. David Altamirano Sánchez, en su Obra, “Comentarios Doctrinarios y Jurisprudenciales del Código del Trabajo lo Sustantivo y Procedimental”, dice lo siguiente sobre el Fondo de Reserva: “Este fondo es una prestación especial y exclusiva de nuestra legislación, denominado “Fondo de Reserva”, o trabajo capitalizado”. (Altamirano Sánchez, 1983).

En relación a lo planteado por el autor se debe disertar respecto de que el Fondo de Reserva es único de la legislación ecuatoriana, puesto que de la investigación realizada se evidencia que existen otros países que reconocen tal beneficio, tales como España, Argentina, Chile, México, entre otros; por otro lado, calificar al Fondo de Reserva como una prestación no es tan adecuado, puesto que como se lo ha señalado a lo largo de la investigación dicho derecho es un beneficio del trabajador en relación de dependencia.

Además el Código del Trabajo refiere al Fondo de Reserva en el artículo 196 y establece que:

**Art. 196.- Derecho al fondo de reserva.-** Todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado.

El trabajador no perderá este derecho por ningún motivo.

La determinación de la cantidad que corresponda por cada año de servicio se hará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 de este Código. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Por lo dispuesto en la norma laboral se ratifica al Fondo de Reserva como un derecho de los trabajadores y que tiene como característica que el trabajador no puede perderlo ni renunciar a él por estar sujeto a los principios de intangibilidad e irrenunciabilidad.

Para armonizar con la norma del Código del Trabajo, la nueva Ley de Seguridad Social, en su artículo 282 dispone: “La aportación obligatoria del empleador para el fondo de reserva será equivalente a un mes de la remuneración, por cada año completo posterior al primero de sus servicios, conforme lo dispone el Código del Trabajo”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001).

### **Diferencia entre Sueldo y Salario**

Tanto sueldo como salario se refieren a la remuneración que un profesional o trabajador recibe de parte de un empleador a cambio de su trabajo o sus servicios.

No obstante, sueldo y salario no son sinónimos exactos y conviene distinguirlos cuando se está hablando de nóminas de empleados y sistemas de retribución para la contabilidad de una empresa.

El sueldo es el pago periódico, la cantidad económica que el empleador paga cada determinado tiempo a su empleado y que es acordada por ambas partes. Esta cantidad, en principio es siempre la misma, es decir, es una cantidad fija de dinero, independientemente, por ejemplo, de que un día sea festivo y no se trabaje. (diferenciador/sueldo salario, 2018)

El salario es la cantidad económica que el trabajador recibe en contraprestación de sus servicios con base a día o por hora. Es decir, el salario se fija por unidad de tiempo. Es decir, cuando una persona trabaja por horas o por días, tiene un salario, no un sueldo. Esta distinción es clave a la hora de establecer una guía del trabajador libre de dudas. (diferenciador/sueldo salario, 2018)

### **Empresas de Seguridad Fondos de Reserva**

La determinación de la cantidad que corresponde nos dice el art. 14.- Fondo de Reserva. - Para el pago del Fondo de Reserva de los trabajadores, las empresas que realizan actividades complementarias se sujetarán a lo previsto en el artículo 149 de la Ley de Seguridad Social. (Ecuador, Asamblea Constituyente , 2008)

Sim importar el tiempo de aseguramiento de los trabajadores el empleador se encuentra en la obligación de remitir al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social junto con las demás aportaciones mensual el cual su valor corresponde valor equivalente a la doceava

El Fondo de reserva tiene como finalidad la protección de presente y de futuro al trabajador que es un deber de la sociedad, Estado que es la misma sociedad organizada jurídicamente, para vivir el ámbito de los derechos en general, Y por lo mismo, este deber tiene su origen en la característica y esencia de la relación laboral, construyendo una expresión del alto significado de ese vínculo que liga a empleador y trabajador en virtud de que este preste sus servicios por cuenta de aquel, quien es el que recibe los múltiples beneficios que generan fuerza de trabajo entregada para la producción empresarial o para los negocios en los que emprenden los poseedores del capital monetario, frente al capital trabajo que se posee el otro sujeto del contrato laboral. Y a partir de la reforma que hubo en el 2009 de la Ley de Seguridad Social en el cual el fondo de reserva se lo puede hacer mensualizado y directamente al empleado.

### **Características de los fondos de Reserva**

El Dr. Hugo Valencia en su obra “Legislación Ecuatoriana del Trabajo”, manifiesta:

Este principio implica el pago de una compensación de parte del patrono al trabajador por el desgaste de sus energías, a consecuencia de su trabajo durante largos años. Así entendido el fondo de reserva, lo lógico hubiera sido que se decidiera entregarlos al trabajador beneficiario, de acuerdo con una reglamentación que impidiese el derroche o el desperdicio de dicho trabajo capitalizado. (Valencia Haro, 1979, pág. 231).

Respecto a lo manifestado por el doctor Valencia se puede decir que dicho beneficio efectivamente representa un reconocimiento al trabajador por el trabajo realizado, aún más cuando éste no siempre percibe una remuneración justa; sin embargo, es equivocado plantear la implementación de un reglamento que impida el derroche de dicho Fondo, ya que se estaría violentando el principio de inalienabilidad, mismo que le faculta al trabajador disponer de su beneficio conforme a sus necesidades.

En base de la doctrina citada y lo contemplado por el artículo 196 C.T. se pueden encontrar las siguientes características:

1. El Fondo de Reserva forma parte de los beneficios económicos con los que cuenta el trabajador, es su trabajo capitalizado según la ley, y por tanto es de su exclusiva propiedad;
2. Es un derecho para todos los trabajadores que laboren más de un año, para un mismo empleador.
3. Constituye un derecho adquirido que el trabajador no lo puede perder por ningún concepto.
4. Es una obligación ineludible para el empleador, que no lo puede soslayar, ni en el caso de cambio de dueño del negocio, o cambio de arrendatario o usufructuario.
5. La cuantía anual del fondo de reserva es equivalente a un mes de remuneración del trabajador, computado de acuerdo a lo previsto en el Art. 95 de Código del Trabajo.
6. Este beneficio se lo puede entregar directamente al trabajador a partir del treceavo mes o depositado mensualmente para que lo administra el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).
7. Por reforma legal, si el trabajador decide acumular en el IESS, este podrá devolverlo después de los 36 meses.
8. Este fondo cuenta con garantías expresas de la ley laboral y de la seguridad social, por tanto no puede ser embargado, cedido o renunciado.

### **Los Fondos en Reserva en Materia Gravada**

Es todo ingreso regular percibido por el afiliado con o sin relación de dependencia, es decir existirá materia gravada para trabajadores con patrono materia gravada para trabajadores autónomos

El art. 11.- MATERIA GRAVADA. - Para efectos del cálculo de las aportaciones y contribuciones al Seguro General Obligatorio, se entenderá que la materia gravada es todo ingreso regular, susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por el afiliado con motivo de la realización de su actividad personal, en cada una de las categorías ocupacionales definidas en el artículo 9 de esta Ley.

En el caso del afiliado en relación de dependencia, se entenderá por sueldo o salario mínimo de aportación el integrado por el sueldo básico mensual más los valores percibidos por concepto de compensación por el incremento del costo de vida, decimoquinto sueldo prorrateado mensualmente y decimosexto sueldo. Integrarán también el sueldo o salario total de aportación los valores que se perciban por trabajos extraordinarios, suplementarios o a destajo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derechos de usufructo, uso, habitación, o cualesquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio. La Compensación Económica para alcanzar el salario digno no será materia gravada.

Para efecto del aporte, en ningún caso el sueldo básico mensual será inferior al sueldo básico unificado, al sueldo básico sectorial, al establecido en las leyes de defensa profesional o al sueldo básico determinado en la escala de remuneraciones de los servidores públicos, según corresponda, siempre que el afiliado ejerza esa actividad. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001)

### **TRABAJADORES QUE TIENEN DERECHO AL FONDO DE RESERVA**

Al Fondo de Reserva tienen derecho todos los trabajadores sujetos al Código del Trabajo y la Ley Orgánica del Servicio Público, no hay ninguna distinción o exclusión al respecto, pero si hay dos situaciones especiales:

- a) Para los trabajadores afiliados al IESS, el pago se lo hace consignando directamente ante dicha institución; y
- b) Aunque ahora parece inadecuado, por existir la obligación de que todos los trabajadores estén afiliados, la ley todavía conserva la norma para los trabajadores que no estén afiliados al IESS.

El Art. 202 del Código del Trabajo refiriéndose al pago del Fondo de Reserva dispone que:

Art. 202.- Pago directo al trabajador del fondo de reserva.- Al trabajador que no se hallare afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ni en los casos previstos

en el artículo anterior, el empleador le entregará directamente al separarse del servicio el trabajador reclamante, por cualquier motivo que tal separación se produzca, el valor total de su fondo de reserva, además de los intereses del seis por ciento anual sobre cada uno de los fondos devengados a partir de la fecha en que fueron causados, siempre que el trabajador no hubiere hecho uso anticipado de ellos en la forma que la ley lo permite.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, mientras se establezca el sistema obligatorio de seguridad social para los trabajadores agrícolas, los empleadores continuarán depositando en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el fondo de reserva que, de conformidad con este Código, corresponde a dichos trabajadores.

Si para recaudar los fondos de reserva el trabajador tuviese que proponer acción judicial y la sentencia la aceptare en todo o en parte, el empleador pagará el monto correspondiente, más el cincuenta por ciento de recargo en beneficio del trabajador. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

El presente artículo es importante ya que establece el procedimiento para el cobro de los Fondos de Reserva por aquellos trabajadores que no se encuentren afiliados al IESS y dispone que el pago debe ser directo y total conforme al tiempo laborado, adicionalmente se establece que en caso de que existiera una controversia legal y la sentencia sea favorable el empleador deberá pagar un recargo del cincuenta por ciento al trabajador por el perjuicio causado.

### **Objetivos y Beneficios.**

La intención original de que este beneficio sea real y efectivo, se han señalado ciertas normas especiales que son:

- a) Si el trabajador por cualquier motivo se separa o es separado de la empresa, antes de cumplir el primer año de servicio, pierde el derecho a recibir este fondo, pero si posteriormente se reincorpora, el nuevo periodo se sumará para el computo del tiempo necesario para el pago del fondo de reserva.
- b) En el evento de que un negocio o industria cambie de dueño, la ley dispone la responsabilidad solidaria del nuevo dueño para el pago de esta obligación.

- c) No pueden las partes llegar a acuerdos sobre el fondo de reserva, en contra de las expresas disposiciones de la ley, puesto a que a pesar de que directamente lleguen a convenios sobre variantes sobre el pago, estos serán nulos sino cumplen los preceptos anotados.
- d) Al igual que la remuneración, el fondo de reserva tiene garantías y protecciones especiales, no puede ser susceptible de embargo, ni puede ser cedido ni compensado peor aún no puede ser motivo de renuncia, es decir, la intención de la ley es que se cumpla y beneficie al trabajador.
- e) Aplica la subrogación de Funciones
- f) Existen también disposiciones especiales a las cuales él empleador puede recurrir en ciertas circunstancias motivadas por actitudes del trabajador, la primera, se refiere a que el empleador puede retener de estos fondos, por las sumas equivalentes a las indemnizaciones que debe cubrir el trabajador cuando abandona el trabajo, la segunda, en caso de sentencia judicial que reconozca el haber cometido un delito por parte del trabajador en aspectos laborales, y que puede ser compensado con los préstamos que le hubieran sido concedidos.
- g) En caso de fallecimiento de un trabajador, sus deudos tendrán derecho a reclamar y cobrar los valores de este fondo este derecho a reclamar sería solo cuando el beneficiario ha decidido acumular su fondo de reserva.
- h) Si el trabajador se separa de la empresa luego de haber laborado por uno o más años, el empleador está en la obligación de pagarle lo correspondiente a la fracción del año laborado.
- i) El fondo de reserva puede servir para facilitar al trabajador la obtención de préstamos hipotecarios en base a montos por garantía
- j) Al recibir mensual no aplica proporcional del año y para poder percibir el préstamo hipotecario solo aplica cuando el afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social decidió acumular su fondo de reserva.

Por tanto, los beneficios del Fondo de Reserva son muy amplios, debido a que le permite resolver al trabajador sus necesidades materiales y asegurar el presente y futuro de él y su familia.

### **Retiro del Fondo de Reserva.**

Anteriormente para el retiro de este fondo, la ley de 2001 establecía que el trabajador lo podía hacer libremente cuando cese definitivamente en sus labores y de acuerdo a los reglamentos respectivos del IESS, que permitía entregas de estos rubros luego de cada tres años.

Este sistema cambió radicalmente desde el año 2009, quedando sin efecto el procedimiento anterior, debido a que la nombrada Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, en su disposición transitoria segunda, expresamente dispuso que:

**SEGUNDA. Devolución Anticipada del Fondo de Reserva.-** Durante el período de dos años contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, los afiliados que acrediten dos aportaciones anuales o veinticuatro mensuales por concepto de fondos de reserva, podrán solicitar la entrega de la totalidad o parte de sus fondos de reserva, en cuyo caso, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, devolverá el 100% o el porcentaje solicitado, del valor acumulado por aportaciones e intereses.

El Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en un plazo máximo de treinta días, contados desde la entrada en vigencia de la presente ley, emitirá el reglamento pertinente a fin de cumplir las disposiciones contenidas en este cuerpo normativo, manteniendo el fondo y garantizando sus rendimientos. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009).

Con lo manifestado en el artículo citado se entiende que actualmente para el retiro del Fondo de Reserva, el afiliado debe contar con dos aportaciones anuales o veinticuatro mensuales, para el retiro de dichos valores el afiliado deberá solicitarlo.

## **El Titular del Derecho al Fondo de Reserva.**

Para empezar ésta temática es necesario manifestar que el Código del Trabajo aplica una proposición universal afirmativa que excluye cualquier discrimen entre los trabajadores.

Es decir, son titulares del derecho a los Fondos de Reserva todos los trabajadores, tanto públicos como privados en relación de dependencia que permanezcan de forma ininterrumpida por más de un año en un mismo lugar de trabajo bajo un mismo patrono.

## **Requisitos Principal para poder Acceder a los Fondos de Reserva**

Tener acumulado treinta y seis 36 aportaciones mensuales o más (afiliado activo)

- 1- Solicitud de fondos de reserva, en la página web del IESS
- 2- Consulta estado de solicitud
- 3-Consulta de cuenta individual
- 4 Registro de cuenta bancaria

La Ley de Seguridad Social con la finalidad de garantizar la entrega del Fondo de Reserva a los trabajadores independientemente de la actividad que éste realicé, en el artículo 149 dispone:

**Art. 149.- FONDOS DE RESERVA.-** Cualquiera que fuese el tiempo de aseguramiento de los trabajadores de la construcción, el empleador está obligado a remitir al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, junto con las demás aportaciones mensuales, el valor equivalente a la doceava parte del salario percibido por el trabajador, por concepto del Fondo de Reserva que el IESS acreditará a los trabajadores de la construcción. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001).

Citar el presente artículo tiene mucha importancia debido a que se busca asegurar a los trabajadores de la construcción para que accedan a este beneficio sin ningún tipo de

discrimen ya ellos perciben mensualmente desde el primer mes principalmente por el tipo de contrato.

### **Computo del Fondo de Reserva.**

Como se ha señalado a lo largo de la investigación con sujeción a lo establecido en las leyes ecuatoriana, el fondo de reserva consiste en un valor igual a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero. Por ejemplo, el fondo de reserva a un trabajador que haya prestado servicios a un mismo empleador por trece meses le corresponde recibir la doceava parte de la remuneración del mes posterior al primer año.

Adicionalmente, del estudio a la Ley y la jurisprudencia se desprende que el fondo de reserva tiene que calcularse por cada año completo y no por una fracción cualquiera de un año, esto ha sido ratificado por la Corte Nacional de Justicia por más de una vez.

Manifestado lo siguiente el trabajador que no llegará a permanecer un año en su lugar de trabajo pierde el derecho al Fondo de Reserva, sin perjuicio de que si éste es reintegrado al trabajo el tiempo se sumará de tal manera que no pierda dicho beneficio.

Además, el mismo cuerpo legal establece en el artículo 198 inciso segundo lo siguiente: “El cambio de persona del empleador no interrumpe el tiempo para el cómputo de los años de servicio del trabajador”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Esta aclaración es necesaria para evitar que se afecté al trabajador en un derecho adquirido como es el beneficio de los Fondos de Reserva, por ello, para el cómputo se sumarán los años de servicio prestados al empleador antecesor con lo del sucesor.

En cambio para el cálculo de la liquidación del Fondo de Reserva el artículo 204 dispone que:

**Art. 204.- Base para la liquidación del fondo de reserva.** Cuando no pudiese fijarse por medio de prueba plena el monto de lo adeudado al trabajador, se tomará como

base para la liquidación el promedio de los tres últimos años de servicio. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Entonces, la cuantía para el cálculo de la liquidación tendrá como promedio para la liquidación los tres últimos años de servicio.

Finalmente, por mandato de la Ley Para el Pago del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía, disposición transitoria primera, el empleador está obligado a pagar un valor semejante al ocho coma treinta y tres por ciento (8,33%) de la remuneración de aportación.

### **Perdida del Fondo de Reserva.**

El numeral 2° del Art. 196 del Código del Trabajo indica: “El trabajador no perderá este derecho por ningún motivo”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Por ende, el trabajador no perderá el fondo de reserva por “ningún motivo “o lo que es lo mismo el fondo de reserva no puede negársele al trabajador por ninguna causa; aun cuando el contrato individual de trabajo termine, ni siquiera cuando termine por visto bueno otorgado legalmente al empleador.

Dentro del análisis se ha entendido que el enunciado “por ningún motivo” no solo tiene el alcance ya atribuido en el párrafo anterior, sino que además es imprescriptible y que por lo mismo no lo pierde el trabajador, aun en el caso de que no se lo haya exigido este derecho puede ser reclamado en cualquier momento. Sin embargo, desde el punto de vista, de la prescripción extintiva no se afecta al derecho sino a la acción, de modo que, si se trata de extremar el rigor en la interpretación literal de la ley, podría sostenerse que el trabajador efectivamente no perderá el derecho por ningún motivo, sin perjuicio de que pierda la acción para reclamarlo. Esta distinción es la más utilizada en el derecho positivo y en base a ella se dan las llamadas obligaciones meramente naturales, así se encuentra previsto en el artículo 1486 del Código Civil, inciso segundo, que manifiesta: “a las que carecen de acción en virtud de la prescripción”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Conjuntamente con el artículo 635 del Código del Trabajo, que regula la prescripción de las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo; es decir, es aplicable a todas las acciones, salvo las excepciones expresas del mismo Código del Trabajo; respecto a la acción para demandar el pago del fondo de reserva expresas; por consiguiente, es aplicable la norma general en mención, ya que no se puede confundir que el fondo de reserva tiene el deber obligatorio de pagar el empleador al trabajador por lo tanto este es un derecho que no prescribe, es decir es un derecho imprescriptible del trabajador.

Por otro lado, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como administrador de los Fondos de Reserva del mismo, al igual que las otras obligaciones laborales, la única salvedad que ha reconocido para no exigir el pago de los Fondos de Reserva computados es sobre aquellas remuneraciones o diferencias de remuneraciones no percibidas y cuya prescripción se la ha declarado judicialmente.

Legítimamente y legalmente no deberían existir trabajadores no sujetos al régimen del Seguro Social, aún más cuando en la actualidad se penaliza la no afiliación del trabajador por parte del empleador. Sin embargo, existen trabajadores que son parte de la población económicamente activa del país que se encuentran al margen de la seguridad social, sobre todo fuera del sector moderno de la economía y por lo mismo está amparado por las disposiciones constitucionales, laborales y penales. En adelante se tratará al fondo de reserva de los trabajadores no amparados por la seguridad social.

Cuando el empleador incumple con su deber de pagar el fondo de reserva al empleado esta cayendo en mora y a su vez en un delito penal por retener un derecho que tiene que cumplir hacia sus trabajadores en si eso sería una obligación no pagada a diferencia de una no aportada ya que esta no puede ser aportada en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social pero si pagada directamente al trabajador una vez cumplido el año de trabajo la cual puede ser mensualmente

## **LOS TRABAJADORES NO AFILIADOS AL IESS**

Para el trabajador que no esté afiliado al IESS, el Código del Trabajo señala en el primer inciso del artículo 202 que los trabajadores recibirán al separarse del servicio del empleador

el valor correspondiente total de forma directa y personalmente con el seis por ciento de interés anual sobre el valor del mismo siempre que el trabajador no haya dispuesto de ellos.

En 1969, el sector más importante de trabajadores que no estaban sujetos al régimen de seguro social era el de los trabajadores agrícolas y las trabajadoras domésticas por lo que el Fondo de Reserva debía ser entregado directamente y personalmente a los trabajadores, pero como un mecanismo de protección a los trabajadores agrícolas el 20 de junio de dicho año se impuso a los empleadores la obligación de depositar los Fondos de Reserva de sus empleados en el IESS; si bien en esa época para otros efectos los trabajadores agrícolas no estaban sujetos a las leyes y estatutos del IESS, estaban amparados respecto de los Fondo de Reserva. Estos cambios fueron beneficiosos para el empleador y trabajador, ya que, al comienzo no tenía validez la entrega que se hacía directa y personalmente a los trabajadores que por no haber estado afiliado al IESS, pese a la obligación legal, recurrían al juez competente y demandaban el pago de sus fondos de reserva por lo que obtenían sentencia favorable. Para proteger al empleador respecto del pagó el 2 de mayo de 1951 se reformó el criterio anterior mediante resolución reconociendo la validez del pago del Fondo de Reserva a aquellos trabajadores que debiendo estar afiliado al Instituto no lo hubieran estado. Esta resolución fue ratificada el 18 de enero de 1955 y ahora es el artículo 202 del Código del Trabajo.

En la actualidad, ya no hay diferencia y por lo mismo los trabajadores agrícolas como el resto de trabajadores del país, están sujetos al IESS, en iguales condiciones y términos por lo menos es lo que establece la Ley.

Cabe resaltar que es evidente un avance normativo, debido a que se reconocen los mismos derechos para todos los trabajadores, pero la realidad evidencia otra cosa puesto que aún se presentan dificultades en varias ramas del trabajo, como es el caso de los trabajadores a domicilio, así como los extranjeros.

La importancia de esto es que el Fondo de Reserva hace que los trabajadores a domicilio ya sea por el número o también por la frecuencia con que permanecen más de un año bajo la subordinación de un mismo empleador tengan dicho beneficio; sin embargo, la falta de una reglamentación adecuada ha dado como resultado la indefensión de estos trabajadores.

## LOS TRABAJADORES AFILIADOS AL IESS

De conformidad a las reformas realizadas en el 2009, los valores correspondientes a los Fondos de Reserva deberán ser entregados directamente al trabajador; pero de ser el caso que el trabajador hubiere expresado su deseo de no recibir dicho valor de forma directa, los valores de este fondo deben ser depositados ante el IESS dentro los plazos establecidos en la Ley, en el caso de que el empleador incumpliera los plazos establecidos para el depósito de dicho Fondo incurrirá en mora y estará sujeto a multas.

El Art. 275 de la nueva Ley de Seguridad Social, prescrita en mayo del año 2009, manifiesta que:

**Art. 275.- FONDO DE RESERVA.-** El IESS será recaudador del Fondo de Reserva de los empleados, obreros, y servidores públicos, afiliados al Seguro General Obligatorio, que prestaren servicios por más de un (1) año para un mismo empleador, de conformidad con lo previsto en el Código del Trabajo y otras leyes sobre la misma materia, y transferirá los aportes recibidos en forma nominativa a una cuenta individual de ahorro obligatorio del afiliado, que será administrada por la empresa adjudicataria administradora de fondos previsionales respectiva, a elección del afiliado. La misma norma se aplicará a la Superintendencia de Bancos y Seguros y a las instituciones financieras sometidas a su control. El Fondo de Reserva administrado por la empresa adjudicataria administradora de fondos previsionales respectiva se sujetará a las mismas reglas de colocación, rendimiento mínimo y garantías del régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001).

Es decir, la institución que tiene la responsabilidad de recaudar el Fondo de Reserva es el IESS, por disposición expresa de la ley laboral y de seguridad social; sin embargo, esta recaudación no implica que dichos Fondos permanecerán en las arcas del IESS puesto que dichos valores se transferirán a una cuenta de ahorro asignada por el afiliado.

El Código del Trabajo dispone en el artículo 201 lo siguiente:

**Art. 201.- Depósito del fondo de reserva.** (Reformado por el Art. 4, num. 2 de la Ley s/n, R.O. 644-S, 29-VII-2009). - Las cantidades que el empleador deba por concepto del fondo de reserva serán depositadas mensualmente en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para los efectos determinados en la ley y en sus estatutos, siempre que el trabajador se hallare afiliado a dicho Instituto y en el caso de que el trabajador haya decidido no recibirla de manera mensual y directa por parte del empleador. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Conforme a la base legal, el Fondo de Reserva de los trabajadores afiliados al IESS, debe ser depositado mensualmente cuando el trabajador se encuentre afiliado y haya expresado su decisión de no recibir el beneficio directamente.

En lo relativo a los empleadores, estos tienen la obligación de depositar hasta el 30 de septiembre de cada año el monto íntegro de lo que corresponde a sus empleados por concepto de Fondo de Reserva del año, percibido en el lapso del 1 de julio del año anterior y el 30 de junio del año respectivo. Si el trabajador ha laborado un año completo después del primero se le asignará el valor de la doceava parte de lo que ha ganado en ese año completo, pero si ha trabajado solamente una fracción del año posterior al primero se le otorgará la porción correspondiente a esa fracción. El valor equivalente a los Fondos de Reserva se considera pagado cuando el empleador haya entregado el valor total del Fondo de Reserva del año, tanto en el sector privado como en el público.

El trabajador afiliado al IESS, cuando deja de pertenecer a la empresa o institución pública en la que haya laborado acudirá al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a fin de reclamar la devolución del Fondo de Reserva, de ser el caso de que dichos valores no hayan sido cancelados el trabajador podrá reclamar los mismos a través del IESS, como institución recaudadora y administradora.

Basado en el desarrollo del párrafo anterior el trabajador para acceder a la entrega del Fondo de Reserva no necesita sentencia ejecutoriada del juez como originalmente exigía el IESS.

## GARANTÍAS DEL FONDO DE RESERVA

El Fondo de Reserva surgió para prevenir las angustias del trabajador por la falta de trabajo, las brechas salariales, en consecuencia es un medio de ahorro que le permite al empleado resolver su situación económica en un momento.

La norma laboral ecuatoriana reconoce varias medidas de protección a este Fondo en el Art. 200 del Código del Trabajo y establece que:

**Art. 200.- Garantías para el fondo de reserva.** El fondo de reserva no podrá ser embargado, cedido o renunciado en todo o en parte, ni se admitirá compensación ni limitación alguna, salvo los casos siguientes:

El empleador tendrá derecho a retener la suma equivalente a las indemnizaciones que le deba el trabajador por abandono del trabajo o por sentencia judicial en caso de delito del trabajador; y,

El fondo de reserva será compensable, en la cuantía que fije el reglamento respectivo, con los préstamos concedidos de conformidad con el párrafo segundo de este capítulo. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

El establecer la prohibición de embargó o renuncia al Fondo de Reserva en todo o en parte constituye una irrestricta protección de los derechos laborales de los trabajadores en general sean estos públicos o privados, afiliados o no afiliados. En cuanto a la posibilidad de retención del Fondo por concepto de compensación al empleador cuando éste ha sido afectado, es plenamente justo ya que así se puede resarcir el daño causado por el trabajador.

Otra garantía muy importante para el trabajador respecto de sus Fondos de Reserva está estipulada en el Código del Trabajo, artículo 203 que tipifica lo siguiente:

**Art. 203.- Derecho de los deudos del trabajador al fondo de reserva.-** Por el fallecimiento del trabajador tendrán derecho al fondo de reserva sus deudos, debiendo observarse lo dispuesto en el párrafo que habla de las disposiciones comunes

relativas a las indemnizaciones correspondientes al Título “De los riesgos del trabajo”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

El artículo 203 constituye un elemento positivo debido a que faculta a la familia del beneficiario del Fondo de Reserva a que perciba los valores contenidos en el Fondo individual cuando el trabajador falleciere y no haya hecho uso de tal beneficio, esta disposición garantiza que el trabajador y su familia no pierdan la posibilidad de utilizarlo.

Para proteger el cumplimiento de estas disposiciones la normativa laboral ha previsto ciertas garantías o normas protectoras, que a continuación se detallan:

1. Acumulación de tiempos: que permite que los trabajadores que por cualquier motivo se separen o sean retirados de su trabajo antes de completar el primer año, si eventualmente retornan a laborar para el mismo empleador, sumaran los tiempos de servicio anterior y actual para el computo del fondo de reserva.
2. La solidaridad patronal: a fin de evitar perjuicio al trabajador que labora en un mismo sitio o empleo, la ley dispone que, si se produce cambio de dueño o tenedor de la empresa, ya sea arrendatario o usufructuario, el sucesor estará obligado al pago del fondo de reserva por el periodo de que era responsable su antecesor.
3. Este fondo es inembargable, garantía igual a la que tiene el salario.
4. Es personal y por tanto no puede ser cedido a terceras personas.
5. No es susceptible de renuncia ni de compensación, peor aún de limitación alguna. Únicamente podrá compensarse en el caso de deudas del trabajador, por préstamos hipotecarios dados por el IESS.
6. La retención de estos valores por parte del empleador solo podrá realizarse para recuperar el pago que le deba el trabajador por abandono del trabajo o en casos de sentencias judiciales por delitos del trabajador.

### **DISPONIBILIDAD DEL FONDO DE RESERVA**

La disponibilidad del Fondo de Reserva está sujeta a las normas del artículo 205 del Código del Trabajo que expresa lo siguiente:

**Art. 205.- Facultad para destinar el fondo de reserva a préstamos hipotecarios.**

Los empleadores que no tuvieran la obligación de depositar en el Instituto Ecuatoriano

de Seguridad Social el fondo de reserva, están facultados para conceder, a pedido de la mayoría de los trabajadores de la empresa o institución, y con cargo a las sumas acumuladas para atender el pago de este fondo y el de cualquier otro fondo adicional destinado a beneficios sociales y a préstamos hipotecarios a favor de sus trabajadores que tengan derecho a fondo de reserva. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Es decir la disponibilidad de los Fondos de Reserva es de gran ayuda para los trabajadores, puesto que con esta disponibilidad puede acceder a préstamos hipotecarios que le sirven para mejorar su nivel de vida.

Por otro lado, el mismo cuerpo legal estipula respecto de la disponibilidad de los Fondos de Reserva lo siguiente:

**Art. 215.- Caso de trabajadores no incorporados al Seguro Social.** - Para el caso de los trabajadores aún no incorporados al Seguro Social, pero con respecto a los cuales el empleador estuviere en la obligación de depositar el fondo de reserva en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la disponibilidad del fondo de reserva se sujetará a las normas legales y reglamentarias aplicables a los afiliados. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Conforme al estudio de la norma se puede establecer que la necesidad de la disponibilidad de los Fondos de Reserva son necesarios principalmente para la obtención de préstamos hipotecarios que el trabajador perteneciente o no al Seguro Social pueda realizarlo, en el caso del trabajador que no pertenece al Seguro Social únicamente puede acceder a los mismos derechos de los afiliados cuando su empleador este obligado al pago de los rubros correspondientes al Fondo de Reserva en el IEISS.

### **USO DEL FONDO DE RESERVA**

Como ya se ha indicado la disponibilidad de los Fondos de Reserva permiten al trabajador hacer uso de éste, el mismo que puede estar destinado a la realización de préstamos hipotecarios; sin embargo, estos no podrán ser concedidos sino para uno de los fines legalmente reconocidos en el artículo 206 del Código del Trabajo que establece lo siguiente:

**Art. 206.- Fines para los que se concederán los préstamos hipotecarios.** Los préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo anterior no podrán ser concedidos sino para uno de los siguientes fines:

- a) Adquisición o construcción de casa de habitación para el trabajador que no la tuviere;
  - b) Adquisición de finca agrícola para el trabajador que no la tuviere; y,
  - c) Reparación, ampliación o mejora de la casa de habitación del trabajador, de la de su cónyuge o conviviente en unión de hecho, o de la de sus ascendientes o descendientes.
- (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Los fines contemplados en el artículo citado permitirán que el trabajador mejore su nivel de vida y el de su familia después de acceder al préstamo con el cual pueda realizar, construcción o mejoras de su bien inmueble.

Además el artículo 212 del mismo cuerpo legal establece que:

**Art. 212.- Tratamiento del fondo de reserva del trabajador que se separa del servicio.-** Para efectos de la compensación con los préstamos que se concedieren o se hayan concedido en las condiciones antes expresadas, el fondo de reserva del trabajador que se separe del servicio debiendo un préstamo hipotecario se dividirá en dos partes: la una, equivalente al diez por ciento, se destinará a reducir su deuda hipotecaria o pago de dividendos, y la otra, equivalente al noventa por ciento, se entregará al trabajador, según lo prescribe este Código. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Por tal motivo la compensación como forma de extinción de las obligaciones se dividirá en dos partes la una equivalente el diez por ciento, tendrá la finalidad de reducir la deuda hipotecaria, mientras que el noventa por ciento continuará siendo entregado al trabajador titular del Fondo de Reserva. Cabe señalar que la misma ley laboral permite modificar los porcentajes detallados anteriormente siempre que exista acuerdo de las partes conforme estipulación del artículo 213 del Código del Trabajo.

## CONCLUSIONES

- El Fondo de Reserva es un derecho adquirido de todo trabajador en el territorio ecuatoriano siempre que esté en relación de dependencia y haya laborado por más de un año para el mismo empleador.
- El empleado que no está afiliado al IESS, tiene derecho a percibir los Fondos de Reserva, los cuales serán entregados directamente por el empleador.
- El valor por concepto de Fondo de Reserva, es el 8.33% del salario o sueldo percibido en un mes por el trabajador.
- Los Fondos de Reserva están sujetos a los principios de intangibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.
- Los Fondos de Reserva constituyen un beneficio importante para el trabajador, debido a que a través de estos rubros puede acceder a préstamos hipotecarios.
- Los cambios normativos aplicados en lo referente al Fondo de Reserva no han sido tan adecuados puesto que al mensualizar estos rubros se pierde el fin de ahorro de este Fondo.

## RECOMENDACIONES

- Conformar un organismo tripartito con trabajadores, empleadores y autoridades laborales para debatir sobre los cambios normativos aplicados a los Fondos de Reserva para establecer si fue o no adecuada la mensualización y de no ser así realizar una propuesta para los cambios legales pertinentes.
- Capacitar a los trabajadores a través de charlas sobre los cambios realizados respecto del pago de los Fondos de Reserva y la utilidad de los mismos para la realización de préstamos hipotecarios
- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como administrador de los Fondos de Reserva debe crear mecanismos para verificar que el empleador esté al día en el pago por concepto de Fondos de Reserva al trabajador.
- La Función Legislativa debe debatir respecto a los fines de uso de los Fondos de Reserva para ampliar el rango de beneficios, es decir que no sirva únicamente para solicitar préstamos hipotecarios, sino que se lo pueda destinar a otras actividades como por ejemplo, educación de los hijos del trabajador.
- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) debería establecer cambios en cuanto al tiempo de uso de los Fondos de Reserva puesto que el establecido actualmente es demasiado largo y limita al trabajador el poder usarlo de forma emergente.

## BIBLIOGRAFIA

- Altamirano Sánchez, D. (1983). *Comentarios Doctrinarios y Jurisprudenciales del Código del Trabajo lo Sustantivo y Procedimental*. Cuenca - Ecuador : Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2009). *Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado*. Quito: Registro Oficial(Separata), N° 644 del 29 de julio de 2009.
- Ecuador, Congreso Nacional. (2001). *Ley de Seguridad Social*. Quito: Registro Oficial 465 de 30-nov-2001-Ultima modificación: 31-mar-2011.
- Ecuador, Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial suplemento 46- 24 de junio de 2005.
- Ecuador, Congreso Nacional. (2005). *Código del Trabajo*. Quito: Registro Oficial 167de 16.dic-2005-ultima modificacion 19-may-2017.
- Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (s.f.). *Fondos de reserva*. Recuperado el 18 de Mayo de 2018, de <https://www.iess.gob.ec/es/web/afiliado/fondos-de-reserva>
- Monsalve Vela, C. (1955). *Derecho Ecuatoriano del Trabajo*. Quito: La Unión.
- Valencia Haro, H. (1979). *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*. Quito : Universitaria.
- Vásquez López, J. (2017). *Nuevo Derecho Laboral Ecuatoriano*. Quito: Cevallos.
- Zambrano, M. Á. (1962). *Breve Historia del Código del Trabajo Ecuatoriano*. Quito: Revista del IDTIS.