

65

Fecha de presentación: octubre, 2021

Fecha de aceptación: diciembre, 2021

Fecha de publicación: febrero, 2022

LOS DERECHOS

DE LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS: REALIDAD SOCIOECONÓMICA Y JURÍDICA EN LA FRONTERA ECUATORIANA

THE RIGHTS OF CROSS-BORDER WORKERS: SOCIOECONOMIC AND LEGAL REALITY ON THE ECUADORIAN BORDER

Cristian Ramiro Montenegro de la Cruz¹

E-mail: cmontenegro10@indoamerica.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0300-0167>

María Victoria Molina Torres¹

E-mail: mariamolina@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3785-7916>

¹ Universidad Indoamérica. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Montenegro de la Cruz, C. R., & Molina Torres, M. V. (2022). Los derechos de los trabajadores transfronterizos: realidad socioeconómica y jurídica en la frontera ecuatoriana. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S1), 611-621.

RESUMEN

Los Trabajadores que desempeñan sus labores en el territorio de un Estado miembro y reside en el territorio de otro Estado miembro, al que regresa, cada día, o al menos, una vez por semana, se los conoce como trabajadores transfronterizos. Pero esta forma de trabajar también tiene sus inconvenientes. La situación puede ser compleja para el trabajador, como para empleador. Para el trabajador son inconvenientes que pueden provocar acarrea divorcios, distanciamiento, gastos, etc. Para las empresas, entre los inconvenientes están controlar los gastos de los viajes, cumplir las leyes de inmigración, garantizar la seguridad social y llegar a un acuerdo con el empleado sobre los días que debe pasar en el trabajo y en casa. El objetivo de esta investigación es analizar la competencia judicial y el principio de tutela judicial efectiva para proteger y garantizar los derechos de los trabajadores transfronterizos bajo dependencia y autónomos. Cuando existen controversias laborales entre el empleador y los trabajadores, ¿a qué país fronterizo le compete regularizar estos derechos? La metodología que se aplicó fue con un enfoque cualitativo, se aplicaron los métodos: inductivo, estudio de casos y la técnica empleada fue la de interpretación de la ley.

Palabras clave: Trabajadores transfronterizos, trabajador autónomo, tutela judicial efectiva, competencia judicial, derechos laborales.

ABSTRACT

Workers who work in the territory of one Member State and reside in the territory of another Member State, to which they return every day, or at least once a week, are known as cross-border workers. But this way of working also has its drawbacks. The situation can be complex for both the worker and the employer. For the worker, these are inconveniences that can lead to divorce, estrangement, expenses, etc. For companies, the inconveniences include controlling travel expenses, complying with immigration laws, ensuring social security and reaching an agreement with the employee on the days to be spent at work and at home. The objective of this research is to analyze the judicial competence and the principle of effective judicial protection to protect and guarantee the rights of cross-border dependent and self-employed workers. When there are labor disputes between the employer and the workers, which border country is responsible for regularizing these rights? The methodology applied was a qualitative approach, using inductive methods, case studies and the technique used was that of interpretation of the law.

Keywords: Cross border workers, self-employed, effective judicial protection, jurisdiction, labor rights.

INTRODUCCIÓN

El Derecho del trabajo, es una rama del derecho que regula las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, de manera general, en casi todos los países del mundo y a través de las instituciones jurídicas laborales se sistematiza esta dependencia. Situación que da lugar a señalar, que toda persona que labora bajo relación de dependencia, estará regulada bajo la normativa laboral internacional, regional o nacional. Ahora, el problema surge cuando existe algún tipo de trabajo que, si bien reúne todos los elementos esenciales para configurar una relación laboral y, por ende, en particular, la subordinación, en el caso de una controversia laboral que se puede dar a futuro ya sea iniciada por el empleador o el trabajador, se presenten casos y hechos en que desconocemos a que autoridad administrativa o judicial competente le tocaría resolver estas circunstancias.

Este es el caso que se podría presentar en cuanto a los llamados "Trabajadores Transfronterizos", que, de una u otra manera, son personas que tienen un estatus de trabajadores dependientes, pero que, al ser considerados trabajadores con gran movilidad a largo plazo, pues constantemente están en movimiento en las fronteras de los países colindantes, se da hincapié a que surtan ciertos inconvenientes para los sujetos laborales por parte de este modus operandi de trabajo. La figura de trabajador transfronterizo presenta a un sujeto calificado para realizar una actividad económica, que puede ser por cuenta propia o ajena, siempre regulada y remunerada, que se presenta un contrato de trabajo en la que se determina el tránsito del trabajador por fronteras político-administrativas entre dos Estados. (Medina García, 2008)

Según, Martínez, R. (2020) "El trabajador transfronterizo se mueve a través de las fronteras yendo con relativa frecuencia entre el país de residencia y el de trabajo (...)" pero, la relación laboral se encuentra establecida en el país de origen. Desde el punto de vista de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, en adelante) "Los trabajadores fronterizos son personas que residen en un país y trabajan en otro. Pueden desplazarse entre ambos países diaria o semanalmente, pero se trata siempre de viajes cortos y rutinarios." (p. 8) Como apreciamos, es una realidad que incluso ha tenido un pronunciamiento a través de las instantáneas analíticas que emite la ONU sobre ciertos casos:

Las estadísticas internacionales sobre los flujos de trabajadores fronterizos, en todo caso los datos comunicados por los gobiernos, aún no se han normalizado a escala mundial. En efecto, algunos países informan de las entradas y salidas, otros solo de las entradas y otros más

generan datos sobre la movilidad por inferencia a partir de otras fuentes. Cabe destacar que, debido a la corta duración de sus desplazamientos, los trabajadores fronterizos no se incluyen en los conjuntos de datos sobre las poblaciones de migrantes internacionales (DAES, 1998, párr. 42). Asimismo, resulta cada vez más frecuente que los desplazamientos profesionales transfronterizos se midan a través de datos de localización de teléfonos celulares o de instrumentos en línea para la recopilación de datos en tiempo real. Para algunos observadores, estas prácticas son motivo de preocupación por cuestiones de privacidad. (OMI,2019).

Se podría estimar por la geografía mundial, que los países europeos, por ser un continente geográfico tan ilimitado en sus fronteras, ya que la mayoría de países colindan con otros, son lo que tienen mayor auge en cuanto a este tipo de trabajadores que se movilizan de un lugar a otro. Latinoamericana no se queda atrás, los países del norte, en especial las fronteras de México con Estados Unidos, por el tema de migración tiene una gran movilidad, pero más aún al ser una frontera tan amplia, se puede decir que el trabajo transfronterizo es una realidad. En lo que es América del Sur, la movilización migratoria en los últimos años ha crecido, por el tema de los ciudadanos venezolanos, y en muchos casos estas personas se quedan residiendo en las fronteras con fines laborales.

Probablemente, esta realidad mundial que influye en Europa, también se encuentre presente en Latinoamérica. En Ecuador las personas cruzan las fronteras en busca de productos y regresan para ofertarlos, por lo general realizan trabajos no formalizados, de manera autónoma; y, en el caso de los trabajadores bajo dependencia que viven en estas zonas, desarrollan parte o toda su actividad laboral en el país vecino y regresan a su lugar de residencia.

Ante esa situación actual, sin considerar el tipo de trabajo (autónomo o dependiente) en las fronteras ecuatorianas, el problema se centra en conocer qué país fronterizo tiene la competencia para regularizar los derechos y resolver los conflictos laborales de estos trabajadores; determinando la competencia judicial y cautelando el Principio de Tutela Judicial Efectiva, tal como dispone la norma constitucional en su Título II, Capítulo Octavo, de los Derechos de Protección, en el artículo 75, Registro Oficial No. 449, que dice lo siguiente: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley." Esto garantizando los principios de movilidad, igualdad

de trato, estabilidad laboral y seguridad social de estos trabajadores.

MATERIALES Y MÉTODOS

La metodología que se ha desarrollado mantuvo connotaciones del paradigma interpretativo, el análisis de la normativa laboral permitió indagar sobre cuestiones relativas a la figura del trabajador transfronterizo. En ese mismo sentido, el análisis de los instrumentos internacionales y los ordenamientos jurídicos internacionales que reconocen y regulan este tipo de trabajo

Las fuentes de información con las que se ha contado en el desarrollo de esta investigación han sido de tipo bibliográfico-documental disponibles en las bases de datos, así como información importante detallada dentro de la Jurisprudencia.

Los métodos con los que se han aplicado dentro de la investigación han sido el Método inductivo con el que se ha observado la situación jurídica de los trabajadores transfronterizos en los ordenamientos jurídicos con la finalidad de poder obtener premisas generales que puedan ser aplicadas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Asimismo, se ha empleado el método de análisis de casos con el que se ha identificado casos relevantes vinculados con la problemática jurídica, de manera que se ha establecido la relación causa-efecto entre los elementos que componen el objeto de investigación.

El enfoque que se ha empleado es de tipo cualitativo, estableciendo datos de tipo descriptivo, atendiendo al contexto y a los actores involucrados bajo una configuración holística. Se analizó la figura del trabajador transfronterizo como consideraciones específicas dentro de la legislación ecuatoriana, así como se presenta dicha figura a nivel internacional y las formas en las que es regulada.

El conocimiento jurídico es el resultado de la investigación que se ha realizado en derecho, en tiempo y espacio, cuyas características son la objetividad, la racionalidad, la lógica, la sistematización, el uso del lenguaje apropiado, técnico y preciso. (Baquero, 2015) Este proceso de investigación inició con la expresión de un problema del derecho laboral, que identificó la realidad que viven muchos trabajadores que transitan entre las fronteras de diferentes países y como sus derechos pueden ser vulnerados sin que se pueda conocer ante que ordenamiento jurídico debe exigir la reposición de sus derechos vulnerados.

Dentro de las técnicas propias del Derecho se ha empleado la técnica de interpretación de la Ley, "la interpretación es la técnica que conduce a la comprensión del sentido de la norma" (Baquero, 2015). Casi en su totalidad, los países que comparten frontera han experimentado en

algún momento esta problemática, lo que ha obligado a estos países a establecer regulaciones que permitan garantizar los derechos de los trabajadores que se movilizan de una frontera a otra. En definitiva, como consecuencia del modelo capitalista en que vivimos, la necesidad del empleador de extender sus actividades mercantiles; y, de los trabajadores de obtener mejores formas de vida, se producen estas movilizaciones temporales o a largo plazo, en los pasos fronterizos con fines laborales, lo que requiere una adecuada protección y justicia al tratar los derechos laborales de este tipo de trabajadores.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Desde los principios de la antigüedad, la naturaleza del ser humano le ha hecho buscar los medios adecuados para cubrir sus necesidades básicas como son: alimentación, vestimenta, vivienda, ambiente sano, etc. Estas necesidades de subsistencia se han dado desde su naturaleza nómada y también sedentaria, no ha importado el modo de producción que se dio en cada etapa de la sociedad, ya sea de la comunidad primitiva, esclavista, feudal, capitalista, socialista, para que el hombre pueda cubrir sus escaseces. Pero, a raíz del sistema capitalista; y, de manera particular desde el inicio de la revolución industrial dio hincapié a que el ser humano busque un empleo y obtenga un salario, pues el trabajo se convirtió en una obligación y deber social.

Es así como al ser el trabajo una obligación y deber social, se fueron estructurando los diferentes modelos de contratación laboral entre el empleador y trabajadores. De igual manera, la ambición del empleador de agrandar sus actividades económicas, enfatizó en que se fuera construyendo un mundo económicamente globalizado. En cambio, el trabajador, vio la necesidad de buscar un mejor cargo, mejor salario, mejor forma de vida, y no le importo movilizarse de un lugar a otro, con el fin de cubrir esa necesidad individual y familiar. En consecuencia, de ello, surgió la migración, inmigración, cambio de residencia, trasladarse de un país a otro, entre otros.

A hablar de los trabajadores transfronterizos, se hace referencia a una realidad social, que apareció con la implementación del sistema capitalista, pues en las fronteras de todos los países del mundo, las personas, en búsqueda de una mejor forma de vida, cruzan a diario de un país a otro con fines laborales, y puede ser un trabajo legal o informal, aunque no cambien su residencia habitual. Para un mejor entendimiento, se puede definir al trabajo transfronterizo de la siguiente manera: "Se trata de individuos que desarrollan parte o toda su actividad laboral en el país vecino, y regresan a su lugar de residencia,

en principio cada día o, al menos, una vez a la semana.” (Falagán Mota et al., 2013, p. 78).

En ese mismo sentido, Medina (2008), señala que *“la definición actual de trabajador fronterizo lleva implícita, además, una clara delimitación histórica-temporal: el trabajador fronterizo no puede ser anterior sino en todo caso posterior al establecimiento de la frontera que cruza para realizar el trabajo en el otro Estado. Lógicamente la presencia de trabajadores fronterizos tampoco puede ser anterior a la existencia de los Estados en los que desarrollan la actividad laboral o residen habitualmente”*. (p. 62)

Ante estas diferencias conceptuales, se tiene claro que trabajador fronterizo, son los que, si bien viven en la frontera entre países, son los que realizan sus labores dentro de ella o en sus límites, en cambio, el trabajador transfronterizo, es aquel que realiza sus labores cruzando de un Estado a otro, pero que residen en su lugar de origen o en el cual se hayan domiciliados; y, de los cuales se refiere esta investigación.

Son diversas las características del trabajo transfronterizo, pero para esta investigación se considerará las más relevantes:

- Es un trabajo universal porque pertenece a toda persona humana, en condiciones de igualdad y no discriminación.
- Se trata de un trabajo que se podría desarrollar bajo dependencia o autonomía por parte del trabajador.
- Se trata de un trabajo especial que se desarrolla en las limitaciones o fronteras entre países colindantes. “La movilidad cotidiana de los actores transfronterizos refiere a actividades laborales que tienen lugar entre países limítrofes con dos destinos: a) localidades adyacentes a las fronteras geopolíticas y zonas de plantación y b) las ciudades.” (Rojas, 2015, p. 89)

Según, Medina, E. (2008), la característica de “realizar la actividad laboral en otro Estado miembro supone una considerable reducción del conjunto de trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, que han tenido o tienen a la frontera como un importante referente en sus ocupaciones habituales y en sus vidas”. (p. 63)

Es un trabajo que requiere movilidad del trabajador, es decir, el trabajo depende del cruce o paso fronterizo a corto o largo plazo. Son personas que habitan en un país y trabajan en otro. Pueden moverse entre ambos países frecuente o regularmente. En relación a esta característica, Márquez, B. (2018) establece *“la relación definitoria expuesta mide periodicidad, movilidad humana, trascendiendo el trabajo transfronterizo, cuya tipología semi-permanente, involucra tráfico menos considerable,*

relacionado a una jornada que requiere dedicación. Seguidamente, la categoría estacional, luce más próxima, significa talento humano, yendo, viniendo según variantes, tipos jornales, especialidad apropiada, por tanto, el nivel agrícola expuesto encuadra dinamizante a la forma productiva estudiada”. (Marquéz Franco, 2018)

Es un trabajo que por ende tiene derechos laborales exigibles frente a los Estados involucrados colindantes.

Sobre los factores que inciden sobre la movilidad transfronteriza de los trabajadores Falagán, (2013) ha determinado factores económicos y extraeconómicos, entre los que destacan:

Factores económicos

- Previsiones de crecimiento de los sectores económicos
- Disponibilidad de la oferta de trabajo con el perfil adecuado a las necesidades de las empresas
- Disponibilidad de la oferta de trabajo suficiente cualificada

Factores extraeconómicos

- Accesibilidad: Infraestructura y medios de transporte (puentes, carreteras, transporte público, etc.)
- barreras geográficas importantes
- Distancia a recorrer
- Aspectos culturales (mentalidad, costumbres, etc.) y en particular, el idioma
- Disponibilidad de información adecuada (sobre autoridades responsables, el proceso de contratación, el reconocimiento de títulos y cualificaciones, perfiles profesionales de los trabajadores, aspectos fiscales, etc.)
- Importancia de las oficinas o puntos de información y de los instrumentos comunes de acercamiento
- Regulaciones de los mercados laborales domésticos (exigencia de permisos de trabajo, existencia de periodos transitorios, etc.)
- Características de los sistemas fiscales y de seguridad y de protección social domésticos (regulación de la doble imposición sobre las rentas salariales, del derecho a pensión, de las prestaciones por desempleo, etc.)
- Legislación relativa a la libre circulación de los trabajadores
- Características del mercado inmobiliario a ambos lados de la frontera (disponibilidad o coste de la vivienda en propiedad o alquiler)

Estas connotaciones económicas y extraeconómicas son determinantes y tienen una afectación directa en la calidad de vida de los trabajadores y pueden llegar a repercutir en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. En ese mismo sentido, Zapata (2012) señala que la frontera tiene una función relativa a la movilidad humana, que regula la diversidad, el desarrollo económico actual atiende a la necesidad de las demandas de nuevas formas de servicio, que implica la movilidad de trabajadores de una frontera a otra para cubrir con las necesidades que surgen dentro de los nuevos modelos de desarrollo.

Trabajadores transfronterizos bajo relación de dependencia y autónomos

Para entender la connotación del trabajador transfronterizo, es necesario partir por las implicaciones que representa trabajar bajo relación de dependencia y de forma autónoma. El trabajo bajo relación de dependencia es aquel que se distingue por una subordinación, ligada a la facultad de dirección y poder disciplinario que tiene el empleador sobre el trabajador. (Canales, 2012)

Por otro lado, el trabajo autónomo consiste *“en actividades de alto valor añadido, como consecuencia de los nuevos desarrollos organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones, y constituye una libre elección para muchas personas que valoran su iniciativa empresarial y su capacidad para no depender de nadie”* (Montes, 2016, p. 9)

Una vez que se ha recordado conceptualmente el trabajo bajo relación de dependencia y el trabajo autónomo, es necesario llevar estos conceptos al trabajo transfronterizo. La mayor parte de actividades asociadas al trabajo transfronterizo a nivel mundial registran a actividades vinculadas con el comercio, el transporte terrestre o marítimo, incluidas actividades de carácter ilícito como el contrabando. Un claro ejemplo de esto se lo puede encontrar en los denominados contrabandistas de la Raya *“quienes han sido, en sus diversas modalidades y a lo largo de la historia, trabajadores transfronterizos por excelencia entre España y Portugal, aunque no han sido los únicos”* (Medina, 2008, p. 74)

Para Labrador (2013) generalmente los trabajadores transfronterizos tienen un perfil ocupacional sobre actividades relacionadas con operación de maquinarias, ventas, procesos de producción textil, trabajo en el campo, entre otros aspectos. Son personal que no tiene ningún tipo de cualificación, no tienen estudios profesionales se encuentran en situación de irregularidad, lo que en la mayoría de casos deriva en empleos informales que vulneran la legislación local en materia laboral. (Villegas et al., 2018, p. 57) La apertura de mercados mundiales y los

procesos de globalización han permitido la libre circulación de trabajadores, contribuyendo a un gran impulso en los desplazamientos transfronterizos. (Martínez, 2020, p. 21)

Regulación Jurídica de los trabajadores transfronterizos en Ecuador y Colombia, y su comparación con el Derecho Europeo.

Para adentrarse a analizar la regulación jurídica de cada Estado, en este caso, de los países de Ecuador y Colombia, es importante conocer en primera instancia, que estos dos Estados están adheridos a los Tratados y Convenios Internacionales, de manera implícita a la Organización Internacional de Trabajo (OIT), es decir, al Convenio Constitutivo, donde los Estados miembros se comprometen a respetar las disposiciones de este y las obligaciones que se deriven de la constitución y de la ratificación de sus protocolos y convenios, con los cuales estos países están obligados directa e indirectamente, a cumplir con sus compromisos dentro de la normativa de los derechos humanos, en este caso el derecho al trabajo o derechos humanos laborales.

Partiendo desde la lógica común, los Derechos Humanos, tienen ciertas particularidades a nivel mundial en cuanto a que son derechos irrenunciables y obligatorios, que adoptan todos los Estados Miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en el caso relativo al trabajo a través de la OIT. “Es importante señalar que el derecho al trabajo es inseparable de otros derechos tales como el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad de expresión y creación artísticas, el derecho a la seguridad social, por mencionar algunos (Mundlak, 2007).” (Patlán Pérez, 2016, p. 123). Como bien se hace referencia, el derecho laboral no se desprende de otros derechos, es por esta razón, que, si hablamos de los derechos laborales de los trabajadores transfronterizos, conllevaría a que este tipo de trabajador ya sea dependiente o autónomo, también se le proteja los derechos y principios de movilidad humana, igualdad de trato, estabilidad laboral y seguridad social de los trabajadores en general.

Ecuador y Colombia, también son miembros y asociados, rectamente y subsidiariamente, a Organizaciones Supranacionales como la Comunidad Andina de Naciones (CAN, en adelante), Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI, en adelante), el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA, en adelante), la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC, en adelante) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR, en adelante) y otros, que tienen como fin ordinariamente en dar soluciones y diálogos con los distintos estados en igualdad de condiciones, particularmente

es temas políticos, económicos, legislativos y jurídicos. Aunque, este último deja mucho que desear en los procesos integracionistas, pues en Sudamérica, poco o nada se habla sobre el “trabajador transfronterizo”, por lo que es necesario confrontar la normativa interna de los países para dar un análisis más amplio de la regularización que abarcaría.

Bajo esta óptica, la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, reconoce a las personas ciertos derechos y libertades, como a transitar libremente y a escoger su residencia. De igual manera, el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, amparados en su artículo 66 numerales 2,14,15,17.

El Estado, basado en un sistema neoconstitucionalista y positivista, ha adoptado en materia de derecho individual del trabajo, algunos presupuestos de protección que están debidamente consagrados como fundamentales, como señala los artículos 33, 34, 284 numeral 6, 320, 325, 326, 327,328,329,330,331 de la Constitución, derechos fundamentales que guardan estricta armonía con los derechos individuales y principios que consagra el Código del Trabajo Ecuatoriano. Esta normativa laboral, que data de 1938; y, que ha sido sometido a varias reformas para adecuarlo a la Constitución, en donde se establecen las distintas formas de contratación individual, pero que ha dejado de lado algunos tipos de contratación, como este caso no estamos refiriendo al de los “trabajadores transfronterizos”

En el caso colombiano, la Constitución Política de Colombia, vigente desde 1991, en sus artículos 25, 48, 53, 85, establece los derechos fundamentales, en materia de derecho individual de trabajo. Así mismo, el artículo 100 de la Constitución Política de Colombia, señala en cuanto a los extranjeros que “disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”.

En concordancia con su norma constitucional, “la ley colombiana, en el artículo 75 del Código Sustantivo del Trabajo (2011) indica que: (a) cuando se trate personal estrictamente técnico, indispensable y el tiempo necesario preparando personal colombiano. (b) cuando se trate inmigraciones promovidas o fomentadas gubernamentalmente. La autorización concede tiempo necesario, juzgado ministerialmente, se permite entrar a quienes puedan

preparar personal colombiano, mediante petición de la enseñanza requerida.

El dinamismo protectorio es referenciado por el Ministerio del Trabajo (2013) colombiano que alude que el trabajo fronterizo no configura pasar al país vecino para mejor situación laboral, sino cambiar de residencia, buscando mejores condiciones vivenciales, acompañado de regreso habitual al sitio saliente, donde se desempeña laboralmente. En estas circunstancias, los particulares mercantiles laborales seguirían determinando la inserción, definiendo el trabajo transfronterizo cuya situación suigeneris especialísima exige protección especial”. (Marquéz, 2018, p. 60.)

Dando una mayor importancia a las normas constitucionales y orgánicas de estos dos países, se ha revisado que tanto en los países de Ecuador y Colombia, los derechos de los trabajadores en general, son considerados fundamentales, y pues involucran a los ciudadanos extranjeros en sus legislaciones, dinamizando el empleo interno y la libertad individual y colectiva de trabajo, siempre y cuando sea en beneficio del país que lo acoge y le brinda su residencia. Entonces, estaríamos hablando que las legislaciones de estos Estados, norman el derecho al trabajo interno, limitándose a establecer normas que amparen al trabajador transfronterizo.

Ante estos antecedentes jurídicos de los dos países sudamericanos, es importante comparar a breves rasgos con el derecho laboral europeo, pues desde un aspecto geográfico, político y social, son países que sus fronteras son ilimitadas. Según Marquéz, B. (2018) si se cruza la frontera: “Bélgica y Alemania, Francia y Bélgica, España y Francia, o España y Portugal, poco cambiará (...) Aún mayor es la diferencia entre España y Marruecos, pues nuestra renta por habitante es casi quince veces superior a la marroquí”. (p. 53)

Letamendía, F. (2010), resalta que “La Unión Europea ha alentado la impulsión de un sistema internacional mixto de actores, donde estados, regiones y localidades actúan en un tablero de geometría variable en el que existen incentivos para la cooperación”. (p. 73) En ese mismo sentido, Letamendía, F. (2010) señala que “el Acta única europea, de julio de 1987, transformó en efecto la política regional comunitaria, puesto que tenía como objetivo reducir las diferencias interregionales. El dominio privilegiado de esta cooperación inducida ha sido el transfronterizo.” (p. 73)

Conforme señala Marquéz Franco, B. (2018) En Europa, en el artículo 43 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social determina que: “se consideran trabajadores

fronterizos aquellos que, residiendo en una zona limítrofe a España, desarrollen su actividad en ese país y regresen diariamente a su lugar de residencia para lo cual deben obtener autorización administrativa". Sobre la movilidad transfronteriza Martínez, R. (2020) requiere que el fenómeno se ha estudiado fundamentalmente en regiones de Europa occidental, donde tiene mayor importancia social y económica, y en fecha reciente en países de Europa central y oriental, donde el fenómeno se incrementa de forma rápida.

El Principio de Tutela Judicial Efectiva y competencia judicial. Sus conceptos y trascendencia.

Tomando en atención que la competencia viene de la mano con la jurisdicción, la misma que para Calamandrei la señala "como la potestad ejercida por el Estado a través de sus órganos judiciales al momento de administrar justicia". En cuanto a la competencia judicial, "Devis Echandía manifiesta que "la competencia es la facultad que cada juzgador de una rama jurisdiccional tiene para ejercer la jurisdicción en solo ciertos asuntos y dentro de un territorio determinado" (Moya, 2017, p. 12,13). Es así, que, con la competencia judicial, se mide la capacidad investida al juzgador desde un concepto más amplio. La jurisdicción y la competencia son cimientos esenciales sobre los que se fundan los sistemas de justicia de los países. Situación que da lugar a que todos los ciudadanos, puedan hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones, accediendo a una justicia conveniente dentro de una materia, personas, grado, territorio pertinente.

Lo que conlleva a definir lo que se conoce como el Principio de Tutela Judicial Efectiva, Zambrano, S. 82015), señala que *"el criterio para definir lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva debería partir entonces por lo más sencillo. Según su significado común, tutela implica alcanzar una respuesta; ciertamente, ello pasa necesariamente por el acceso. Pero no sería correcto concluir a priori que el derecho a la tutela judicial efectiva queda satisfecho con el mero acceso a la jurisdicción. Es preciso entonces que tal apertura sea correspondida con una decisión sobre el fondo del asunto, que reúna los requisitos constitucionales y legales del caso, y la garantía para los justiciables de que sus pretensiones serán resueltas con criterios jurídicos razonables"* (p. 70)

El acceso gratuito a la justicia y tutela judicial efectiva, es un derecho fundamental, que está consagrado en la mayoría de países que vinculados a un sistema judicial autónomo e independiente, garantizando los derechos e intereses de las personas. En el caso de Ecuador y Colombia, sus normas constitucionales tutelan y protegen este principio. Desde un análisis más conducente y

procesal de la normativa ecuatoriana, el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador determina que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso en concordancia con el Capítulo Octavo al hablar de los "Derechos de Protección" Arts. 75 y 82 y el Capítulo Cuarto, Sección Primera que trata sobre los "Principios de la Administración de Justicia" Art. 169.

La Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto, establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo, se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución. El régimen procesal es el medio para la aplicación de la justicia; los tribunales y jueces son los encargados de resolver, basándose en la normativa vigente, los problemas que se presentan en la sociedad. Se señala, por tanto, que los jueces tienen jurisdicción.

Como se ha señalado anteriormente, la medida de dicha jurisdicción es la competencia; esto es, el cuadro imperceptible y concreto dentro del cual actúa cada juez. La competencia se determina por los siguientes elementos:

- a) el territorio, generalmente el lugar del domicilio del demandado;
- b) las personas, a determinados funcionarios se los debe demandar con fuero de Corte.
- c) las materias como civiles, laborales, penales, administrativas;
- d) los grados, que se refiere al lugar que ocupa el juzgador dentro de la Función Judicial (justicia ordinaria), como de jueces de primera, segunda instancia, jueces que resuelven recursos de casación (última instancia).

Los ciudadanos ecuatorianos, tienen derecho a ser juzgados por un juez natural, que hace válido un proceso judicial, entre otros requisitos, debe llevarse a cabo y ser resuelto por juez competente. Es decir, la competencia se radica, en primer lugar, según el territorio y, consecutivamente, por la materia de la que trata el litigio, por lo que existen jueces especializados en las distintas materias: laboral, civil, penal, administrativa, entre otros. En caso de no estar de acuerdo con la resolución de primera instancia existen recursos como la apelación y casación.

En el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, en adelante), se ha incorporado, nuevas reglas para la determinación de la competencia: 1) cuando la demandada es una persona jurídica, por ejemplo una compañía, será competente el juez del lugar donde ésta tenga establecimientos, agencias, sucursales u oficinas y no solo el de su domicilio; 2) cuando se trate de demandas en contra

del Estado, la competencia se determinará en el domicilio del actor; 3) en los casos en los que es demandado un trabajador, la competencia se determinare en relación a su domicilio. 4) del lugar donde debe cumplirse alguna obligación o el del lugar en el que se encuentre la bien inmueble materia del litigio. Es transcendental tomar en cuenta todos los hechos y aspectos concurrentes para determinar ante quien debe demandarse o si el juez que se encuentra conociendo una causa es competente para hacerlo.

Algo muy importante de la normativa ecuatoriana, es lo que se introdujo en el Código Orgánico de la Función Judicial del año 2009, en el inciso 4 en su artículo 167, frente a la concurrencia de competencia a nivel internacional, pues se establece el actor podrá elegir entre presentar su demanda en el Ecuador o en el extranjero, con excepción de los casos que por ley expresa el asunto deba ser resuelto exclusivamente en el Ecuador. Si se admite la demanda presentada en el extranjero, o se la rechaza por razón de competencia territorial, se podrá presentar la demanda ante una jueza o juez en el Ecuador.

Por ejemplo, en los países anglosajones, señala (Moya, 2017.)

Ante la situación de fueros concurrentes internacionales, en ciertos países que encuentran su origen en el sistema jurídico del *common law*, nació y se consolidó la doctrina del *forum non conveniens*, por medio de la cual un juez con jurisdicción y competencia para resolver un conflicto, desestima conocerlo y justifica su decisión en la existencia de otro foro que puede resolver en mejor forma el caso, en razón a contar con mayores elementos que permitan beneficiar a la justicia. (p. 9)

[Incidencia de la competencia judicial y el Principio de Tutela Judicial Efectiva con el fin de garantizar los derechos laborales de los trabajadores transfronterizos \(discusión de resultados\)](#)

Como se ha establecido en líneas anteriores, el flujo o movilidad de trabajadores transfronterizos, es una realidad mundial, pues se establece sobre todo en Europa. “En la actualidad, cerca de 10 millones de ciudadanos de la Unión Europea (UE) trabajan o buscan empleo en un país que no es el suyo, lo que supone el 4% de la población ocupada. (Martínez, 2020, p. .8)

En varios países de Sudamérica, se señala “que en el área andina no son nuevos. Se trata de flujos que responden a redes sociales tejidas entre países vecinos, que incluyen modalidades históricas de trabajo y lazos familiares que inciden en la decisión y motivación de migrar” (Ruiz, 2008, p. .205) Es necesario destacar que los derechos laborales de los trabajadores migrantes deben

ser respetados con o sin documentos (...) Los actores transfronterizos son expertos en la frontera, la obedecen o la burlan, y en momentos clave y de forma táctica, confrontan en su cotidiano andar a los órdenes políticos y económicos.” (Rojas, 2015, p. 103,104)

En esta investigación, se ha marcado una diferencia en cuanto los ciudadanos que se movilizan entre fronteras con fines laborales, pues unos son trabajadores transfronterizos bajo dependencia y otros autónomos. Lo que conlleva, también a dar un razonamiento jurídico, en razón de los derechos que, a cada tipo de trabajador transfronterizo, le correspondería que se regularice:

- a) Trabajadores Trasfronterizos Autónomos: Derecho a la movilidad humana, Derecho a la igualdad de trato, entre los principales
- b) Trabajadores Transfronterizos Bajo Dependencia: Derecho a la movilidad humana, Derecho a la igualdad de trato, Derecho a la estabilidad laboral, Derecho a la Seguridad Social, entre los principales.

En lo primordial, lograda esta diferencia sobre el tipo de trabajadores transfronterizos, y sin menospreciar su forma de sostenimiento, es aceptable “de involucrar asentar doctrina iuslaboralista, demarcar tipologías comunes, unificar, fortalecer política normativa nacional. El doctrinismo normativista nacional supone redefinir la legislación positivista laboralista relacionada a Estados Nacionales involucrados con el trabajo transfronterizo”, conforme el planteamiento que realiza (Marquéz Franco, 2018, p. s. 65,66.). Pues fundamenta seis referentes: Tipicidad, Jornada, Condiciones, Económico, Social, Profesionalidad transfronteriza.

Lo antes analizado, es con el fin de lograr un modelo de regularización de las políticas sociales-económicas del trabajador transfronterizo, sin distinción alguna. Ahora bien, partiendo desde la premisa **¿Cómo incide la competencia y el principio de tutela judicial efectiva con el fin de garantizar los derechos laborales de los trabajadores transfronterizos?** Pues, es importante señalar que la dependencia y subordinación laboral, es un elemento esencial que efectiviza los modelos de relación laboral. Por lo tanto, el contrato de trabajo individual, brinda derechos y obliga a las partes, dado la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley nace.

En Europa, por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil por accidentes de trabajo, para Menéndez, A. (2019), “resulte aplicable la ley de residencia común o la del lugar del accidente, es recomendable exceptuar su aplicación y dar paso a la ley rectora del contrato de trabajo. Esta es la ley más vinculada a la relación laboral en la que se enmarca el accidente y la más expresiva de la posición

más débil del trabajador y de las pérdidas económicas que supone el siniestro.” (p. 52). Además, el mismo autor, hace un análisis con respecto a la competencia:

En el ámbito de la competencia judicial, ninguna calificación pura es satisfactoria. Si se parte de una calificación extracontractual en sintonía con el artículo 4.3 del Reglamento “Roma II”, el Reglamento “Bruselas I.bis” y el Convenio de Lugano no dan competencia al tribunal de la relación jurídica previa (en particular, al tribunal del lugar de prestación habitual de trabajo). Pero es que, si se partiera de una calificación contractual -y hay bastantes argumentos en la jurisprudencia del TJUE para ello-, se perdería el foro del lugar del accidente, que puede cumplir una función importante para la organización y gestión del proceso. El único punto de encuentro entre ambas calificaciones sería la competencia del juez de lo penal del lugar donde se produce el accidente, para conocer, si su ley lo permite, de la acción civil de reparación de daños derivados de delitos contra la salud y seguridad de los trabajadores. (p. 52)

En la justicia española existen ciertas ventajas procesales del trabajador frente al empleador para la jurisdicción de la aplicación aplicable, como resume Maneiro, Y. (2009):

Las reglas para la determinación del órgano judicial competente no son comunes para empresarios y trabajadores. El Reglamento (CE) n° 44/2001 ofrece ventajas claras al trabajador, considerado la parte más débil del contrato de trabajo, proporcionándole un variado número de foros a los cuales podrá acudir para demandar al empresario⁴¹. No puede decirse, por el contrario, que esta misma regla sea aplicable en sentido contrario, ya que el empresario sólo podrá demandar al trabajador ante los tribunales del Estado en el que éste tenga su domicilio, salvo pacto de sumisión expreso o tácito, el cual, en todo caso, requerirá del previo consentimiento del trabajador. La determinación de la competencia judicial distingue según el trabajador actúe en el proceso como demandante o como demandado. (p. 239)

Es así como el “trabajador transfronterizo bajo dependencia”, es quien tiene todo el derecho a acceder a una justicia gratuita, en donde sea un juez competente con facultades y atribuciones necesarias para que le haga respetar sus derechos laborales, sin dejarlo en indefensión. Al ser internacional dicha relación laboral entre empleador y trabajador, debe encontrarse acoplada en virtud de la autonomía de la voluntad, del lugar de celebración, del domicilio del trabajador o del empleador o del lugar de prestación del servicio, como mínimo con el derecho ecuatoriano y el otro Estado.

CONCLUSIONES

Cada vez es más frecuente movilidad de trabajadores y la creación de empresas multinacionales a nivel mundial, ha situado este *modus operandi* de trabajo en una realidad social en las fronteras de los países, especialmente en Europa. En América Latina, no se aparta de esa realidad mundial, en las fronteras de los países, también existe masas de personas que a diario o varios días a la semana, cruzan las fronteras con fines laborales. En la realidad ecuatoriana, al ser colindante con otros países, y toda vez que se ha garantizado a través de su carta constitucional, el derecho a transitar libremente y a escoger su residencia, da hincapié a que el trabajo transfronterizo no se quede lado.

Como resultado de la investigación se ha identificado a tres provincias y dos departamentos en los límites entre Ecuador y Colombia con indicadores económicos y sociales muy bajos, por ejemplo, uno de los indicadores que demuestran el desarrollo territorial es el valor agregado bruto que, en donde, dichas provincias y departamentos presentan valores extremadamente bajos. La Zona de Integración Fronteriza entre Ecuador y Colombia comparte problemas similares que se solucionarían aplicando principios universales de desarrollo territorial como la complementariedad, fortalecimiento de capacidades y articulación. Esto conlleva a conocer la realidad política y jurídica, por lo que no hay a ciencia cierta un número exacto de trabajadores transfronterizos bajo dependencia o de un modelo de trabajo autónomo, que laboren en la frontera Colombo-ecuatoriana, pues puede ser bajo o alto, pero existiendo esa realidad el inconveniente surge cuando no se ha podido identificar a que país fronterizo compete regular los derechos de los trabajadores transfronterizos en estas fronteras, sin afectar particularmente los principios de movilidad, igualdad de trato, estabilidad laboral y seguridad social de estos trabajadores. Lo que, si queda claro, que de alguna u otra manera debe existir una fuente de trabajo en estas zonas fronterizas, para su subsistencia.

Al hablar de un desplazamiento efectivo debe de existir un mínimo de recursos, conocimiento y capital social. Sin embargo, no todos pueden lidiar con los desplazamientos y con las figuras coercitivas, las cuales funcionan bajo ciertas lógicas de poder ya sea administrativa, sancionadora o reguladora.

La gobernabilidad, expresión práctica del saber y del poder y de las relaciones de poder en sí misma, se adhiere al cuerpo y al alma de las personas, en este caso los trabajadores temporales y transfronterizos situados en una triste y compleja marginalidad. Son migrantes cuyos

cuerpos parecieran ser una simple mercancía circulante del capital en la lógica de producción y consumo. Personas “invisibles” que en la vida real no alcanzan a tener un salario digno, pero que son visibilizados, a conveniencia, en un informe técnico necesario para justificar el norte de las políticas públicas; o para enrumbar al país y colocarlo en mejor posición socioeconómica, como si fuera una maratón contra reloj. Pero el reloj se detiene cada vez que un indicador económico sufre alguna caída de salud monetaria.

Son muy pocos los países que han regulado este modelo de contratación laboral, lo que evidencia extender el régimen político, jurídico y social, procurando su progreso para tener una mejor protección, pues si bien, se regula por parte de los Estados el derecho a la libertad de trabajo, en este caso específico no existe un tratamiento adecuado.

Finalmente, se concluye que, por parte de los Organismos Internacionales como: ONU-OIT, y de los supranacionales como: CAN, MERCOSUR, etc., se deberían establecer recomendaciones, opiniones consultivas o cuadernos de trabajo, en los que se establezcan estándares internacionales de protección de los derechos humanos, garantizando un debido proceso adecuado; y, por ende, el principio de Tutela Judicial Efectiva a las personas que laboran bajo este tipo de trabajo transfronterizo, ya que, este problema sitúa a los órganos jurisdiccionales de los Estados de determinar su propia competencia judicial para conocer de aquellos litigios en los que está presente el elemento internacional. Si bien los países, dentro de su normativa interna regulan su competencia por controversias laborales del trabajador en general, se ha adoptado e incorporado en el caso de la legislación ecuatoriana un sistema de medición de competencias judiciales. Aun, subsiste ese vacío jurídico, en el caso de hechos o conflictos laborales que suceda a un trabajador transfronterizo, pues puede surgir la duda de las autoridades judiciales-administrativas, creando un Conflicto de Competencias en materia laboral entre países limítrofes, obligando a los Estados a elevar estos casos a otros organismos, mientras tanto el trabajador transfronterizo, se quedaría sin una apropiada protección de sus derechos laborales por parte de estos países.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baquero, J. (2015). *Metodología de la investigación jurídica*. Corporación de estudios y publicaciones.
- Canales, D. G. (2012). Trabajo en relación de dependencia, remuneraciones e indemnizaciones. *Tesis Doctoral*. Universidad nacional del Cuyo.
- Castro Hernández, G. (2014). Reflexiones sobre trabajadores transfronterizos y de temporada: análisis del informe metodológico del Banco central de Costa Rica Trabajadores transfronterizos y de temporada Costarico 2011-2012. *Revista Nacional de Administración*, 5(2), 27-40.
- Córdova Ramírez, I. (2021). Ser trabajador transfronterizo: La experiencia de Antonio González. *Estudios de Historia Moderna Contemporánea de México*(62), 245-267. <https://doi.org/https://doi.org/10.22201/iih.24485004e.2021.62.77128>
- Falagán Mota, J., De Carlos Villamarín, P., & Alonso, P. (2013). Movilidad transfronteriza de trabajadores entre Galicia y el norte de Portugal. *Contabilidad y Negocios: Revista del departamento académico de Ciencias Administrativas*, 8(15), 77-94.
- Letamendia, F. (2010). Cooperación transfronteriza europea: regulación, historia y trabajo. *Documents d'anàlisi geogràfica*, 56(1), 71-88.
- Maniero Vasquez, Y. (2009). jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales. *Dereito*, 18(2), 223-240.
- Marquéz Franco, B. (2018). VII Jornada de Investigación Nacional y III Jornada de Investigación Internacional. *Régimen Jurídico del Trabajo Transfronterizo Venezolano-Colombiano*. Buenos Aires: Fondo Editorial UBA. Obtenido de <http://uba.edu.ve/wp-content/uploads/2021/03/5.JORNADAS-2018.pdf#page=159>
- Martínez, R. V. (2020). La movilidad geográfica de los trabajadores transfronterizos de Europa del este en las dos últimas décadas. *Cuadernos de Geografía de la Universitat de Valencia*(105), 7-28. <https://doi.org/https://doi.org/10.7203/cguv.105.17477>
- Medina García, E. (2008). Trabajadores fronterizos y transfronterizos en España y Portugal a lo largo de la historia. *DDEYS - Artículos*, 61-87.
- Menéndez, À. E. (2019). Responsabilidad civil por accidentes de trabajo transfronterizos. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 37(9), 1-53. <https://doi.org/https://doi.org/10.17103/reei.37.09>
- Montes Aceituno, J. (2016). Estudio de la figura del trabajador autónomo. *Tesis de Grado*. Universidad de Jaén.

- Patlàn Pèrez, J. (2016). Derechos laborales: una mirada al derecho a la calidad de vida en el trabajo. *CIENCIA ergo-sum: revista científica multidisciplinaria de la Universidad Autónoma del Estado de México*, 23(2), 121-133.
- Pérez capitán, L. (2002). El concepto de trabajador autónomo en la previsión social española del nacimiento de los seguros sociales al mutualismo laboral. *Tesis Doctoral*. Universidad Castilla-la Mancha .
- Rojas, D. N. (2015). Tàcticas cotidianas de los trabajadores centroamericanos en las localidades limítrofes entre México y Guatemala. *Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 10(20), 87-108.
- Rosero, G. J. (2020). Análisis de la problemática de frontera colombo ecuatoriana por medio de análisis no estructurado. *Visión Empresarial*, 10, 53-69. <https://doi.org/https://doi.org/10.32645/13906852.1009>
- Ruiz, M. C. (2008). Migración transfronteriza y comercio sexual en Ecuador: condiciones de trabajo y las percepciones de las mujeres migrantes. *América Latina migrante: Estado, familias, identidades*, 200-221.
- Zambrano Noles, S. (2015). El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador. *Tla-melaua*, 9(39), 58-78. <https://doi.org/https://doi.org/10.32399/rtla.9.39.91>