UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO: **"INCONGRUENCIA RESPECTO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL DESPIDO INTEMPESTIVO PREVISTO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO"**

Tesis previa a la obtención del título de Abogada

AUTORA:

Silvana Elizabeth Silva Cuenca.

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo Mg. Sc.

Loja-Ecuador

2011

CERTIFICACIÓN

Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado prolijamente el contenido y forma del presente trabajo de investigación jurídica del nivel de pre-grado presentado por la postulante **SILVANA ELIZABETH SILVA CUENCA,** bajo el título de **"INCONGRUENCIA RESPECTO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL DESPIDO INTEMPESTIVO PREVISTO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO"**, la presente tesis cumple con las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 21 de julio del 2011.

…….

Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Los criterios, análisis y opiniones del presente trabajo de investigación jurídica son de exclusiva responsabilidad de la autora.

…….

Silvana Elizabeth Silva Cuenca

AUTORA

DEDICATORIA

Estoy consciente de que los forjadores de este gran paso que he dado, al culminar mis estudios universitarios han sido Dios y mi madre: de quienes recibí el gran don de la vida y el ejemplo de confianza y respaldo necesario e incondicional, lo que ha impulsado mi vida hacia metas claras y definidas.

Por eso dedico a ellos este trabajo que es la cristalización de una labor de continuo esfuerzo y sacrificio. A mi familia y amigos que con compresión supieron brindarme su apoyo para la culminación de mi tesis, para lo cual he dedicado mi esfuerzo y empeño a través de los años.

Silvana Elizabeth Silva Cuenca

AGRADECIMIENTO

Como persona que he decidido optar por la vida intelectual me siento satisfecha pues mis esfuerzos hoy se ven reflejados a través de la culminación del presente trabajo de investigación jurídica, en donde se materializa todo lo que una estudiante universitaria puede anhelar, el formarme profesionalmente para luchar por la justicia, la libertad y el honor, ya que estos valores son importantes para quienes estamos inmersos en el estudio del Derecho, y que siempre los vamos a encontrar en el transcurso de nuestra vida profesional.

Por ello mi agradecimiento va dirigido a la Universidad Nacional d

e Loja, al Área Jurídica, Social y Administrativa, y especialmente a la Carrera de Derecho, por haberme permitido realizar mis estudios superiores en sus aulas, a todos los catedráticos, personal administrativo y de manera muy especial al Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo, Director de Tesis, quien me asesoró con sus conocimientos durante todo el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica hasta su culminación.

LA AUTORA.

TABLA DE CONTENIDOS

Certificación.

Autoría.

Dedicatoria.

Agradecimiento.

1. TÍTULO.

2.- RESUMEN.

2.1.- RESUMEN.

2.2.- ABSTRACT.

3.- INTRODUCCIÓN

4.- REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1.- Marco Conceptual.

4.2.- Marco Doctrinario.

4.3.- Marco Jurídico.

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

5.2.- Métodos y Técnicas.

6.- RESULTADOS.

6.1.- Resultados de la Encuesta.

6.2.- Resultados de la Entrevista.

7.- DISCUSIÓN.

7.1.- Verificación de Objetivos.

7.2.- Contrastación de Hipótesis.

7.3.- Fundamento Técnico-Jurídico de la Propuesta de Reforma Jurídica.

8.- CONCLUSIONES.

8.1.- RECOMENDACIONES.

9.- PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

ANEXOS

- Anexo Nro. 1 Proyecto de Tesis.

- Anexo Nro. 2 Modelo de Encuesta y Entrevista.

ÍNDICE

1. TÍTULO:

"INCONGRUENCIA RESPECTO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL DESPIDO INTEMPESTIVO PREVISTO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO"

2. RESUMEN.

2.1 RESUMEN.

En el Ecuador pese a que nuestra actual Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum en el año 2008, la misma que tiene importantes garantías para los derechos de los trabajadores especialmente en su Art. 33 que establece la relevancia económica y social del derecho al trabajo, en un marco de dignidad, libertad e igualdad para los trabajadores, así mismo se encuentran las disposiciones del Art. 325 y 326, que establecen los principios que regirán las relaciones laborales en el país, tal como la dignidad del salario, estabilidad laboral, impulso al pleno empleo, derecho a asociarse, medidas de prevención de riesgos del trabajo y derechos de seguridad social; aún se vulnera los derechos de los trabajadores por el alto índice de despidos intempestivos que efectúan los empleadores.

El despido intempestivo es una forma ilegal de terminación del contrato laboral, pues principalmente carece de justa causa del empleador, el mismo que únicamente puede dar por terminada la relación laboral mediante las causales determinadas en el Art. 169 del Código del Trabajo, principalmente con los mecanismos jurídicos del Desahucio y Visto Bueno ante las Inspectorías del Trabajo de la circunscripción territorial correspondiente.

La actual normativa del indicado cuerpo de leyes, presenta algunas deficiencias que no garantizan los derechos de los trabajadores, especialmente a la estabilidad laboral, debido a que una vez que el empleador ha incurrido en despido intempestivo, previo un largo y tedioso proceso, y si se prueba desde luego, es obligado a indemnizarlo con

valores insignificantes, mismos que no le permiten solucionar el problema de la desocupación en la que queda el trabajador, volviéndose en un problema social tanto en lo personal como en la familia, aspectos estos que no solamente tienen que ver con lo económico, sino psicológico inclusive.

De ahí entonces la razón del legislador de incluir en la Constitución de la República como una garantía constitucional la estabilidad laboral, sin embargo ésta no guarda relación con el Código del Trabajo, que si bien tiene principios de carácter social, no protege eficazmente al trabajador como si lo hace la Constitución.

Es de esta manera que el presente trabajo investigativo, en su parte final contiene una Propuesta de Reforma Jurídica, la cual incluye los medios legales que reducirán considerablemente el índice de despidos intempestivos en el Ecuador.

2.2 ABSTRACT.

In the Ecuador in spite of the fact that our current Constitution of the Republic of the Ecuador approved by referendum in the year 2008, the same one that has important guarantees especially for the rights of the workers in their Art. 33 that it establishes the economic and social relevance from the right to the work, in a mark of dignity, freedom and equality for the workers, likewise they are the Art's dispositions 325 and 326 that establish the principles that will govern the labor relationships in the country, just as the dignity of the remuneration, labor stability, the impel to the full employment, right to associate, measures of prevention of risks of the work and social security rights; it is still harmed the rights of the workers by the high index of inopportune discharges that the employers make.

The inopportune discharge is an illegal form of termination of the labor contract, because mainly it lacks the employer's fair cause, the same one that can only give had finished the labor relationship by means of the causal ones determined in the Art. 169 of the Code of the Work, mainly with the juridical mechanisms of the ouster and approval the Inspecting Office of the Work of the corresponding territorial district.

The current one normative of the suitable body of laws, it presents some deficiencies that don't guarantee the rights of the workers, especially to the labor stability, because once the employer has incurred in inopportune discharge it owes the worker a compensation that is insignificant to solve the social problem of being in the unemployment, and stiller if the worker has to pay family loads.

The labor stability is a constitutional guarantee, reason why it is of imperious necessity that the Code of the Work is reformed, in the sense of establishing suitable mechanisms to eradicate of root the not well social of the inopportune discharge.

It is this way that the present investigative work, in its final part contains a Proposal of Legal Reformation, which includes the legal means that will reduce the index of inopportune discharges considerably in the Ecuador.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de Investigación Jurídica referente a la **"INCONGRUENCIA RESPECTO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL DESPIDO INTEMPESTIVO PREVISTO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO"**, fue realizado con dedicación, investigación y esmero; el cual también forma parte indispensable de mi formación profesional y me permite obtener el título de Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, luego de haberme formado y forjado durante seis años en las aulas de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.

El tema de la presente tesis, fue seleccionado de la problemática social que viven día a día los trabajadores que han perdido su estabilidad laboral por el alto índice de despidos intempestivos en el Ecuador, debido principalmente a deficiencias jurídicas en la Codificación del Código del Trabajo, que en realidad no amparan los derechos constitucionales del trabajador ecuatoriano, a pesar de que nuestra actual Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum en el año 2008, establece que el derecho al trabajo es un prerrogativa de carácter fundamental para el desarrollo económico, social y cultural de las personas, y el mismo que es garantizado por el derecho a la estabilidad laboral principalmente.

Esta investigación ha sido debidamente revisada por mi Director de Tesis, el cual sabiamente me ha sabido dirigir para llegar a su conclusión, presentando las respectivas conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

El presente trabajo ha sido estructurado de la siguiente manera:

Primeramente he efectuado la REVISIÓN DE LITERATURA, la misma que aborda teóricamente la problemática desde una Marco Conceptual en el que se describen nociones básicas de los que es el Derecho Social y el empleo; así mismo desde un Marco Doctrinario en el cual analizó integralmente los aspectos dogmáticos del Derecho del Trabajo, como son sus principios rectores, la Relación Laboral que incluye desde la capacidad para contratar laboralmente, los sujetos de la relación laboral, la estabilidad laboral y las formas de terminación del contrato de trabajo; finalmente se encuentra el Marco Jurídico, en el que efectúo un análisis detallado de las disposiciones jurídicas de la Constitución de la República del Ecuador, Código del Trabajo y Derecho Comparado en relación a la figura de despido intempestivo.

A continuación hago referencia a los MATERIALES Y MÉTODOS que se emplearon en cada fase de la ejecución del proyecto de tesis, tanto para la recopilación de información bibliográfica como empírica mediante las técnicas de encuesta y entrevista.

En el siguiente apartado referente a los RESULTADOS muestro los datos obtenidos de la aplicación de las encuestas y entrevistas, en un número de 30 y 5 respectivamente, a una población determinada por Funcionarios Judiciales y Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios, presentando los mismos con su respectivo gráfico, interpretación y comentario de la autora.

Luego se encuentra la parte concerniente a la DISCUSIÓN en la cual se efectuó un análisis crítico de la problemática con los conocimientos adquiridos tanto en la

investigación bibliográfica como de campo, para posteriormente realizar la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis planteados en el proyecto de tesis, así como el fundamento técnico-jurídico de la Propuesta de Reforma al Código del Trabajo.

En la parte final del presente informe de investigación jurídica se encuentran las conclusiones, las recomendaciones a distintas instituciones públicas y sectores sociales, y la Propuesta de Reforma Jurídica.

Tengo la esperanza que el presente trabajo investigativo previo a obtener el título de abogada, sirva de incentivo a otras generaciones de estudiantes de Derecho, así como a la Comunidad Universitaria y Sociedad en general.

La Autora

REVISIÓN DE

LITERATURA

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Conceptualizaciones de Derecho Social.

Para tratar de definir el Derecho Social, debemos partir por entender al Derecho en su más amplio significado, en términos generales, como el conjunto de normas que rigen la vida del hombre en sociedad, según lo manejan los más grandes tratadistas. Dado que el derecho es una disciplina de opinión, podremos encontrar que habrán tantas definiciones como autores, desde los que intervinieron en la antigua Roma, hasta los que a lo largo de los siglos se han dedicado a pretender escudriñar dentro del concepto de ciencia y luego ubicar al Derecho.

Una vez que damos por cierta una definición de derecho, que en modo alguno pretende ser la única, podemos pasar a tratar de definir las ramas del derecho, entendiendo a estas como las vertientes en que se ha venido dividiendo el derecho desde el principio de la humanidad.

Se han manejado, principalmente, dos grandes ramas: el Derecho Público y el Derecho Privado, siendo el primero aquél que existe cuando el Estado interviene en su carácter de autoridad, con facultades coercitivas y el segundo, cuando las relaciones jurídicas se dan entre particulares, es decir, entre partes. De igual modo, el Derecho Social, se ha dividido en Derecho Penal y Derecho Civil. Del primero, podemos decir que se han incorporado disciplinas que en un momento le fueron ajenas, como la medicina legal,

pues cada vez se han descubierto nuevas técnicas que sirven de auxiliares a la cuestión penal.

En cambio, el Derecho Civil se han ido escindiendo día a día, en diversas ramas del derecho, como el mercantil, el derecho del trabajo, el derecho administrativo, en suma, todas y cada una de las disciplinas jurídicas que han madurado y que se pueden considerar como ciencias autónomas, ajenas al derecho civil y su estrecho campo.

En cuanto al Derecho Social no podía ser la excepción, desde hace algún tiempo el derecho civil dejó de ser un saco lo suficientemente grande como para albergar los conflictos que en materia de trabajo, agraria y de seguridad social se han presentado, precisamente a raíz de los cambios en los estilos y formas de vida.

El Derecho es cambiante, se va adecuando a los requerimientos de la sociedad, pues no podemos exigir a la sociedad que deba adecuarse a los cambios que el derecho propone. Primero se dan las realidades y después, como consecuencia lógica, aparecen los cambios en el derecho.

Ahora bien, al Derecho Social habrá que definirlo como la rama del Derecho Público que se encarga de ordenar, sistematizar, tutelar, proteger y corregir todo tipo de desigualdades entre las clases sociales, es decir, busca la protección del campesino, del obrero y como fin último y por cierto, exquisito, proteger a todos los individuos contra los avatares de la vida, mediante los mecanismos que el propio Estado habrá de

procurar. Entonces, el Derecho Social comprende lo que conocemos como Derecho Laboral, Derecho Agrario y Derecho a la Seguridad Social.

Existe además, como cosa ajena, el derecho que controla el tránsito de personas de una región a otra, de un país a otro, que permite tanto la internación temporal como la definitiva, es el Derecho Migratorio.

Adicional a lo anterior, ahora me permito someter a su consideración la posibilidad de que la actividad que realizan los migrantes, pudiera ser considerada como un derecho independiente, en cuanto siendo realidad que no disfrutan de la protección del derecho establecido, pudiera otorgárseles protección más allá de lo que legalmente existe. Está documentado que poblaciones enteras se encuentran conformadas sólo por mujeres, niños y ancianos, pues los varones y algunas cuantas mujeres, en edad productiva, fuertes, sanos, emigran de manera ilegal, la mayoría, en busca de mejores remesas para la subsistencia familiar en sus países de origen.

Esos adultos, jóvenes, mujeres fuertes, esa gente con ganas de progresar, le hacen mucha falta al país, por tanto, podríamos considerar como ramas configuradoras del Derecho Social, al Derecho Agrario, al Derecho Laboral, al Derecho de la Seguridad Social y al Derecho de los Migrantes.

José Manuel Gómez Porchini respecto del fundamento del Derecho Social manifiesta: *"García Oviedo justifica el nombre de derecho social, porque surge del problema*

social, es engendrado por la lucha de clases; es por tanto social el contenido del problema y debe ser por eso social el derecho que trata de resolverlo."[1]

Rodríguez Cárdenas entiende: *"el conjunto de normas, teorías y leyes destinadas a mejorar la condición económica y social de los trabajadores de toda índole"*[2]

Muchos otros autores la definen como un conjunto de leyes, instituciones, actividades, programas de gobierno y principios destinados a establecer un régimen de justicia social, a través de la intervención del estado en la economía nacional, del mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad y de medidas de garantizar el disfrute de la libertad y el progreso general del pueblo. Así mismo otras consideraciones de esta rama jurídica, se basa en que todo Derecho, por ser de la sociedad y para la sociedad, es social. Además, todo ordenamiento jurídico que tiende a proteger al débil frente al fuerte, y que trata de restablecer la normalidad jurídica mediante la justicia, es social.

Con respecto al Derecho Social, el Dr. Gustavo Radbruch, en forma específica, si bien prácticamente lo delimita al Derecho del Trabajo, establece que comprende derechos que se encuentran en cabeza de todos, de la colectividad en general, entre los que se encuentran los derechos humanos, debido a que el Hombre al que se refiere no es un hombre aislado sino un sujeto con vínculos sociales, un sujeto colectivo.

"Afirma que a diferencia del Derecho Individual que parte del concepto abstracto de que los hombres son iguales, este Derecho trata de nivelar desigualdades, ergo, la

---

[1] GOMEZ PORCHINI José, Fuente: www.elporvenir.com

[2] CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**, Tomo III, Editorial HELIASTA, 1997, 25ª Edición, Buenos Aires – Argentina, Pág. 181.

igualdad no es un punto de partida, sino la meta a lograr por el Derecho Social; lo que trae como consecuencia que las relaciones económicas no queden sueltas al libre juego de las partes, sino que detrás de cada relación jurídica se encuentre presente la colectividad."[3]

4.1.1.1 El Empleo.

La palabra empleo tiene dos grandes significados. Por un lado, hacer referencia a la acción y efecto de emplear**.** Este verbo significa ocupar a alguien (encargándole un negocio o puesto), gastar dinero en una compra o, simplemente usar algo**.**

Por otra parte, el término empleo se utiliza para nombrar una ocupación u oficio**.** En ese sentido, se lo suele utilizar como sinónimo de trabajo**.** Durante miles de años, la forma predominante en la relación de las personas a través del trabajo fue la esclavitud**.** Se trataba de una relación de propiedad, donde el trabajador era un esclavo propiedad de su amo. El propietario podía utilizar al esclavo o venderlo por su sola voluntad y, por supuesto, apropiarse del fruto de su trabajo.

*"A partir del siglo XIX, la esclavitud deja ser la forma dominante de empleo, en un proceso relacionado con el avance del sindicalismo y de la democracia**.** En la actualidad, la forma de empleo dominante es el trabajo asalariado (en relación de*

[3] NOA, organizadas por el Equipo Federal del Trabajo y la Asociación de Trabajadores Laboralistas en la ciudad de San Miguel de Tucumán en el año 2004.

*dependencia). El empleado o trabajador establece un contrato con su empleador, en el que se fija el precio por el cual se venderá la fuerza de trabajo y las condiciones en que será prestado el trabajo. El precio del trabajo se conoce como salario o remuneración***,** *y puede ser pagado en forma diaria (jornal), quincenal (quincena) o mensual (sueldo).*

Otras formas de empleo existentes en la actualidad son el trabajo por cuenta propia (cuentapropista o autoempleo) y el trabajo informal en relación de dependencia."[4]

Podemos decir también que el término Empleo, es la utilización de un individuo por personas o instituciones para obtener su trabajo a cambio de un salario u otro tipo de pago. Esto se diferencia, por ejemplo, de la servidumbre o de la esclavitud, casos en los que el empleo no se ofrece en condiciones de libertad a cambio de un pago, y que tampoco implican un coste para el empresario. En economía, el término empleo también hace referencia a otros factores de producción, como la tierra y el capital, pero en el sentido corriente se refiere a la utilización de trabajadores asalariados.

El empleo suele excluir a aquellos trabajadores que no cobran, como las amas de casa o los voluntarios. El autoempleo representa una porción importante del empleo total: entre la cuarta parte y la mitad de la fuerza laboral de los países en desarrollo, donde cada individuo trabaja y se paga a sí mismo. Otra cosa distinta son los trabajadores independientes y el trabajo temporal, situaciones en las que un empleado individual firma un contrato para ofrecer sus servicios sin por ello pasar a ser un asalariado a

[4] www.definicionelegal.com

tiempo completo. Otras formas de empleo incluyen el migratorio, el trabajo a tiempo parcial y los contratos por obra.

Se suele distinguir entre el empleo en el sector agrícola, en el industrial y en el de servicios. El desarrollo económico mundial ha mostrado un desplazamiento progresivo de la actividad laboral, desde los dos primeros sectores hacia el de servicios. Las predicciones sobre el futuro desarrollo del empleo parecen sugerir un crecimiento del autoempleo y de los contratos laborales irregulares en las economías desarrolladas, donde los trabajadores venderán su capacidad a las diversas instituciones.

"Esto configuraría un modelo de empleo cada vez más inestable y flexible, debido a la enorme competencia global por el trabajo. Sin embargo, es probable que el subdesarrollo de amplios sectores del Tercer Mundo limite las oportunidades laborales de gran parte de la población mundial, confinándola a una agricultura de subsistencia."[5]

Los términos y condiciones del empleo han sido, a lo largo de la historia, uno de los aspectos más controvertidos de esta problemática, dados sus efectos sobre el nivel de vida de los trabajadores y el bienestar de la sociedad. La explotación infantil y otros abusos del sistema industrial son inherentes a la evolución del empleo moderno. Organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo tratan de consensuar normas generales sobre condiciones de empleo. El número de horas laborales, el seguro de enfermedad, las vacaciones y otros beneficios de los trabajadores

[5] **MICROSOFT® ENCARTA® 2008 [DVD].** Microsoft Corporation, 2007. "Empleo."

se han logrado tan sólo después de una ardua lucha entre los sindicatos o asociaciones de profesionales y los empresarios, siempre reacios a reducir su margen de beneficios debido al aumento de los costes. Estos costes son uno de los principales factores responsables del actual cambio en los esquemas laborales, alejándose del empleo a tiempo completo. De forma análoga, la negociación colectiva es una forma de relación laboral que refleja la estructura tradicional del empleo, en la que empresarios y trabajadores se encuentran enfrentados.

"Ciertas empresas, en Japón, han intentado suprimir esta división imponiendo los mismos uniformes y los mismos comedores a todos sus trabajadores, repartiendo beneficios entre todos ellos y garantizando, en algunos casos, un puesto de trabajo fijo de por vida. La problemática del empleo ha estado sujeta a numerosas intervenciones estatales, y la mayoría de los países aspiran (al menos en teoría) a conseguir el pleno empleo, es decir, a que todos quienes quieran trabajar puedan hacerlo. La igualdad de oportunidades y la legislación que pretende lograr igual salario a igual trabajo son también esfuerzos habituales desarrollados por los gobiernos para aumentar al máximo las oportunidades de empleo.

En todo el mundo, a diferente escala, queda el agravio sufrido por la mujer, que en el mundo rico cobra aproximadamente un tercio de salario menos que un varón por idéntica prestación. En España y gran parte de Europa, por ejemplo, el desempleo femenino dobla al masculino. En muchas otras zonas la discriminación es bastante más

acentuada. El empleo, como conflicto económico, no puede desvincularse del contexto social, cultural y político de los distintos países."[6]

Hoy en día, la palabra empleo abarca una dependencia mayor que en otras épocas, es decir con el quebranto de la economía mundial, miles y miles de ciudadanos de todo el mundo han visto cómo sus empleos han sido comprometidos, y en forma especial los más afectados han sido los migrantes de todo el planeta, que ven poco a poco como sus puestos de trabajo han sido arrebatados.

De acuerdo al Art. 23 de la Constitución Política el Estado Peruano *"promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo"*[7], este compromiso se renueva en el Art. 58 de la Carta Fundamental cuando, reconociendo el ejercicio de una economía social de mercado, el Estado se compromete en el área de la promoción del empleo.

La OIT aboga por el trabajo decente en estos términos: *"La OIT milita por un trabajo decente. No se trata simplemente de crear puestos de trabajo, sino que han de ser de una calidad aceptable. No cabe disociar la cantidad del empleo de su calidad"*. La OIT sostiene que trabajo decente es sinónimo de trabajo productivo, en el cual se protege los derechos, engendra ingresos adecuados y genera protección social apropiada; se trata de promover oportunidades para que hombres y mujeres puedan conseguir una ocupación

[6] www.wikipedia.com
[7] **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PERUANO**, Art. 23.

productiva justamente remunerada, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

"Sabido es que la OIT dentro de su meta de promover el trabajo decente y productivo se ha propuesto cuatro objetivos estratégicos:

1) *Promover y cumplir las normas, principios y derechos fundamentales en el trabajo, en tanto constituyen elementos esenciales del trabajo decente;*

2) *Crear mayores oportunidades para las mujeres y los hombres, con objeto de que dispongan de unos ingresos y de un empleo decentes, se trata no solo de promover la creación de empleos si no que estos empleos y trabajos sean de calidad;*

3) *Realzar el alcance y la eficacia de la proyección social para todos, el progreso económico debe aunarse a la estabilidad social que exige garantizar un mínimo de protección social.*

4) *Fortalecer el tripartismo y el dialogo social**,** que es el instrumento esencial para promover y consolidar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, alcanzar las metas en materia de empleo y mejorar la protección social"*[8]

Así, el concepto de empleo corresponde al de un derecho humano, que como tal nace de la dignidad misma del ser humano; y la dignidad no se cuantifica sino que se valora. Por tanto no sólo se trata de número de empleos sino de calidad de los mismos.

[8] www.oit.org/public/spanish/region/ampro/centerfor/temas/gender/em_ca_eq/index.htm.

En la Actual Constitución de nuestro país, se garantiza la participación de las jóvenes y los jóvenes y se los reconocerá como actores estratégicos del desarrollo del país, y además se les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. Además textualmente dice: *"El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento."*[9]

De igual manera el artículo 284 en el inciso 6 establece: *"Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales."*[10]

De esta manera el acceso al empleo se encuentra garantizado a todos y a cada uno de los que habitamos en este territorio, hombres, mujeres, las jóvenes, los jóvenes y en fin a todos los habitantes. Evidentemente lo observamos en las garantías que no ofrece nuestra Actual y Renovada Carta Magna, y de forma más concreta en este presente artículo que dice y establece como norma jerárquica a todo lo demás: *"Art. 326, Inciso 1: El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo"*[11]

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

---

[9] **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS,** Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador. Art. 39.

[10] IBÍDEM, Art. 284 inciso 6.

[11] IBÍDEM**,** Art. 326 numeral 1.

4.2.1 Principios Peculiares del Derecho de Trabajo.

Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. Las que reúnan los requisitos formales exigidos por la ley y que hubieran sido debidamente individualizadas, no estarán sujetas a prueba en juicio. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

El Derecho del Trabajo se inspira en principios propios, diferentes de los que sirven de fundamento a las otras ramas del derecho, estos principios sirven para determinar el alcance y el espíritu de las normas positivas de las leyes laborales. Sin embargo, no se ha de prescindir de los principios del Derecho Universal, comunes a todas las ramas del Derecho, pero en la aplicación de estos principios universales al campo de las relaciones laborales se ha de tener presente los específicos del Derecho del Trabajo.

4.2.1.1 Irrenunciabilidad de derechos.

Por renuncia de derechos se entiende al acto jurídico en virtud del cual el titular se despoja de algunos derechos que le corresponden a favor o en beneficio de otra persona.

"La renuncia de los derechos es reconocida jurídicamente cuando versa sobre derechos que atañen, exclusivamente, al interés particular del renunciante y siempre que sea consentida libremente por el mismo renunciante y no se perjudique con ella a terceros."[12]

En las relaciones laborales están comprometidos los intereses individuales del trabajador, pero lo están igualmente los de las personas que de él dependen económicamente, los de los demás trabajadores y los de la sociedad en general, por consiguiente al trabajador le es imposible renunciar a sus derechos y si así lo hiciere la ley no se lo reconoce porque como ya mencionamos están terceros comprometidos en sus decisión, y que como persona libres, tienen capacidad para elegir por ellos mismos.

Por consiguiente podemos observar dos cosas muy importantes que son: mientras en el derecho común la regla general es la contenida en el Art. 11 del Código Civil y en virtud de la cual: *"pueden renunciarse los derechos conferidos por la leyes, con tal que miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia"*[13]; en del Derecho del Trabajo, en cambio, la regla general es la contraria y en términos de la

[12] BORJA Luis Felipe, **ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL CHILENO**, Tomo I, Editor A. Roger y F. Chernoviz, Año de Publicación 1908, Santiago de Chile, Pág. 183.
[13] **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Tomo I Serie Profesional, Actualizado a abril del 2010, Quito-Ecuador.

Constitución y del Art. 4 del Código del Trabajo se enuncia diciendo *"los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario."*[14]

Por consiguiente será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en la ley de contrato de trabajo, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

"La irrenunciabilidad de los derechos del trabajador que contiene el Código del trabajo, es una garantía para evitar el abuso del que pueda constreñirse al trabajador a dicha renuncia con lo cual se frustrarían las garantías laborales."[15]

Para terminar el estudio de la irrenunciabilidad de derechos prescrita en la Constitución y Código del Trabajo hemos de manifestar que estos derechos no se contraen por la sola voluntad del trabajador, en este caso, quiera de forma manifiesta transigir estos, para hacerlos efectivos y que sean reconocidos por la otra parte involucrada, sin irrespetar lo que establece la ley, y darles utilidad más inmediata favorable al trabajador. Esto lo trataremos en el siguiente punto más concretamente para nuestro estudio.

4.2.1.2 Transacción.

---

[14] **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS, JURISPRUDENCIA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a noviembre del 2010, Quito-Ecuador.

[15] LARREA HOLGUÍN Juan, **DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO,** Volumen I, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Año de Publicación 1999, Quito-Ecuador, Pág. 312.

"Entra en íntima relación con la irrenunciabilidad de derechos, mantiene la institución de la transacción o sea la posibilidad de que patronos y trabajadores en el curso de un juicio o fuera de él, para evitarse los inconvenientes de la controversia judicial o para ponerla término, lleguen a un avenimiento a base de recíprocas concesiones."[16]

En materia laboral, la doctrina que prevalece es la que de la transacción es improcedente si es que por ella el trabajador se compromete a no exigir o ejercer los derechos objetivos, pero si recae sobre obligaciones litigiosas o dudosas, de manera que el derecho de cada una de las partes o el de una de ellas no está definido de modo categórico, la transacción es procedente y válida, porque no hay propiamente renuncia de derechos sino compensación de pretensiones que pueden o no ser satisfechas por el juez.

No obstante, nada dice nuestro Código del Trabajo acerca de la transacción, entonces creemos que la doctrina antes expuesta es la que adopta nuestro derecho de forma tácita, ya que en algunos contratos, como los individuales, el Código prescribe el trámite verbal sumario, que comprende la audiencia de conciliación como una diligencia esencial en la que el juez tiene la obligación de procurar por todos los medios posibles un advenimiento entre las partes, mirando la equidad. Prácticamente estaríamos hablando de una transacción entre las partes, pero siempre y cuando ésta no transgreda los derechos de ninguno de los sujetos presentes en el proceso de conciliación, para lo cual el juez se convertiría en un garante y velador de este punto transaccional si cabe el

[16] Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**, Pág. 583.

termino, así mismo el juez no propiciará ni aprobará ninguna transacción que viole la ley.

Está claro que el trabajador no puede renunciar sus derechos, pero si puede transigir, por no haber disposición en contrario, y además porque la transacción no envuelve renuncia de derechos, sino más bien podríamos decir su reconocimiento, ya que al hacer una transacción de uno de mis derechos estoy haciendo que el otro lo reconozca y por ende lo respete, sino que simplemente se busca un solución viable que no viole la ley y que esta sea favorable para las partes.

De igual manera podemos observar que en los contratos colectivos, de manera particular en los conflictos de estos, es más clara la preferencia de nuestro Código sobre la transacción laboral, es así que el Art. 225 prescribe la audiencia de conciliación y arbitraje para que las partes busquen y lleguen a un acuerdo.

Por otro lado la transacción está vigente y se nos expone en la Carta Magna en Art.326 inciso 11 de la siguiente manera: *"Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante una autoridad administrativa o el juez competente."*[17]

Juan Larrea Holguín nos dice con respecto a esto lo siguiente: *"Que esto no es renunciar a nuestros derechos, sino que; el razonamiento de la corte ha sido el que en las*

[17] Ob. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS,** Art. 326 numeral 11.

transacciones se reconoce el derecho y se hace efectivo y no hay renuncia propiamente dicha."[18]

Se puede aceptar la transacción en casos en los que se refiere a derechos litigiosos, en los que la renuncia parcial de las pretensiones del trabajador es compensada por la cesión, igualmente parcial, que de las suyas hace el patrono en provecho de aquel. De esta manera podemos establecer que la transacción no transgrede los derechos de los trabajadores que son irrenunciables mediante como lo establece la ley, sino más bien diríamos que se trataría de una forma de pactar para hacer efectivos sus derechos a la mejor manera; al transigir, se logra que el empleador y las demás personas que se encuentren vinculadas, los reconozcan, y con el juez como garante y agente viable se llevaría una transacción que no violente los derechos tanto del trabajador como del empleador, respetando de esta manera lo que la ley establece en la Carta Magna.

4.2.1.3. Principio de Favor o Pro-Operario.

Muchas veces se ha dicho que la legislación ecuatoriana es *"demasiado protectora de los trabajadores"*. El adjetivo en esta expresión refleja una posición determinada respecto del carácter de las relaciones laborales existentes en nuestro país y la regulación de las mismas en la legislación existente.

Esta caracterización de la legislación laboral proviene, ciertamente, de sectores vinculados ideológicamente a una de las partes integrantes de la relación laboral, la parte

[18] Ob. Cit., LARREA HOLGUÍN Juan, **DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO**, Pág. 312

empleadora, cuya situación en la relación es, a no dudarlo de carácter predominante ya que está en capacidad de imponer las condiciones en que los trabajadores deben prestar sus servicios. Por tal razón se ha venido sosteniendo en muchas oportunidades que el Derecho del Trabajo es un estatuto eminentemente protector, y si por alguna razón en algún caso no fuera posible afirmar con certeza el alcance de sus normas, la ley nos dice claramente que no podemos sino interpretar en el sentido que más favorezca al trabajador, cuya protección está legalmente establecida. Este criterio que lo estamos presentando y que se desprende de la normativa laboral – constitucional, es conocida como “el principio de favor”, o “pro operario”.

In dubio pro operario es una locución latina, que expresa el principio jurídico de que en caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al trabajador (operario). Es un principio interpretativo del Derecho laboral, que podría traducirse como "ante la duda a favor del operario o trabajador". Este principio jurídico implica que el juez como el intérprete de una norma debe, ante una duda de interpretación, optar por aquella que sea más favorable al trabajador. Las condiciones para poder aplicar esta regla son:

- Debe existir duda verdadera en cuanto al sentido o alcance de la norma legal, es decir, cuando respecto de una misma norma hay más de una interpretación, y hay duda acerca de la interpretación más acertada de esa norma, se aplicará entonces el principio que es objeto de nuestro estudio como es el que está establecido en el Art. 7 del Código del Trabajo que establece lo siguiente: *“en caso de duda en cuanto al alcance de la disposiciones de este Código, los jueces la aplicarán en*

el sentido más favorable a los trabajadores". Para hacer que este principio, establecido en el Código de Trabajo, tenga más validez y se encuentre legalmente respaldado, si cabe el término, la Carta Magna del Ecuador en su Art. 326 inciso 3 nos dice: *"En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras."*

La aplicación de este principio no está exenta de dificultades y, resultaría difícil cuando se trata de escoger entre dos o más interpretaciones posibles que contengan beneficios diversos, en este caso la doctrina se inclina por la interpretación más favorable a los trabajadores y que en definitiva les sea más provechoso.

- La interpretación no debe ser contraria a la voluntad del trabajador. Si se trata de escoger no entre varias interpretaciones de una misma norma, sino entre varias normas distintas, es decir todas relacionadas con la misma materia, se ha de adoptar aquella norma que resulte de la acumulación de aquellas.

  "Si por algún motivo se tratare de preceptos inescindibles, que no admiten acumulación, se aplicará el precepto que más favorezca al trabajador, sin embargo esto no quiere decir que se altere el principio por el cual, cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición,

prevalecerán las especiales siempre y cuando las unas y las otras tengan la misma jerarquía, caso contrario prevalecerán las más favorables.”[19]

Al contrario de la anterior regla en la que existe una sola norma con varios sentidos posibles, en esta presume la existencia de más de una norma aplicable a un caso determinado, frente a lo cual se debe optar por la que sea más favorable al trabajador, aunque en aplicación de la jerarquía normativa se aplicará la especial a la general.

Este criterio responde al sentido en sí mismo del derecho laboral, que difiere del objetivo del derecho común, mientras que éste apunta a establecer igualdad entre los contratantes, el derecho laboral apunta a proteger al trabajador, por ser la parte más débil en cuanto a la negociación. En definitiva el derecho de los trabajadores a que se aplique la normativa laboral, legal o contractual en el sentido más favorable a ellos constituye aspecto fundamental que permite la tutela preferente a una de las partes de la relación laboral cuya posición en la misma, al contrario de las relaciones que se establecen en el derecho común, es de desigualdad. En la práctica, si bien no logra establecerse una igualdad total, pues la esencia de la relación laboral es estructural, si se alcanza a equilibrar, en determinada medida, las fuerzas componentes de la relación laboral con la vigencia de este derecho.

4.2.1.4 Obligatoriedad del Trabajo.

[19] TRUJILLO Julio Cesar, **DERECHO DEL TRABAJO**, Tomo I, 3ª Edición, s/editorial, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 42

Por mandato divino el hombre está llamado a trabajar de acuerdo a su capacidad y posibilidades, a fin de realizarse como persona y proveerse de esta manera de los bienes y servicios que la naturaleza le ofrece para satisfacer sus necesidades, las de su familia, comunidad y sociedad, de la cual forma parte como ente social.

Aunque no nos fijemos en un fundamento religioso, el deber de trabajar es algo ineludible para el hombre, ya sea que forma parte de una sociedad o comunidad que como un individuo que vive aisladamente.

Como individuo no dispone de otro medio ordinario y normal para el perfeccionamiento personal, social, y para obtener los recursos materiales y morales que demandan la conservación y desarrollo de su ser, así mismo por ser un ser social no encuentra otra manera de contribuir con el desarrollo de la sociedad, de la cual no puede prescindir por naturaleza y con la cual debe contribuir a su progreso económico y social que requiere de abundancia de bienes de todo orden y de justa distribución. El trabajo es socialmente obligatorio. Igual consideración hace nuestra Constitución de la República al considerar al trabajo no solo como un derecho, sino como una obligación social de todo ciudadano. Es pues una obligación social para toda persona en edad y en condiciones de trabajar, hacerlo para aportar al desarrollo de esa sociedad a la que pertenece. Sin el trabajo de sus individuos no es posible que una sociedad sobreviva, o que lo haga en condiciones aceptables, por tanto, el estado considera el trabajo como una obligación social, esto en reconocimiento a la necesidad que cada uno de los miembros de la sociedad, contribuya tanto a la sociedad como al mismo estado.

Igualmente, la ley considera que es una obligación del Estado y un derecho de todo ciudadano el acceder al trabajo. Así como la ley ha reconocido la obligación de todo ciudadano de trabajar, ha reconocido que el mismo estado debe garantizar su cumplimiento, viéndolo no como un deber del ciudadano, sino como un derecho de este. En nuestra sociedad, es común que muchas personas consideren el trabajo como una obligación y no como un derecho, cuando social y moralmente debe ser observado siempre como una obligación. La obligatoriedad del trabajo para el ciudadano es tan inobservada como la obligación de garantizar el trabajo por parte del Estado. Aunque la constitución y la ley impongan al estado la obligación de garantizar a los ciudadanos su derecho al trabajo (permitirles cumplir con su obligación), este se queda corto con ese mandato, y en algunos casos se esfuerza por hacer todo lo contrario.

La falta de trabajo es fuente de muchos problemas y conflictos sociales, lo cual es un prueba irrefutable que tanto la obligación de trabajar como la de garantizar el derecho al trabajo se debe cumplir a cabalidad. Si bien la ley se ocupó de contemplar esta gran realidad, no se ha ocupado de diseñar los mecanismos legales para que se cumpla con lo legislado. Hasta la fecha no hay forma de obligar al estado a que garantice el derecho al trabajo y menos existe la posibilidad de obligar a un ciudadano a trabajar. Sin duda todo esto es una gran paradoja.

Quienes están obligados a trabajar son todos los individuos, excepto a quienes la misma ley exime del cumplimiento de esta obligación, y aunque este deber es ante todo moral no deja de tener efectos jurídicos, puesto que el incumplimiento voluntario y doloso de la obligación de trabajar constituye el delito de vagancia reprimido por el artículo 383

del Código Penal que establece: *"Son vagos los que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia, y los que, sin enfermedad o lesión que les imposibilite, no ejercen habitualmente oficio o profesión."*[20]

"Hay personas que no están obligadas a trabajar, pero pueden hacerlo si ellas lo desean; son aquellas que han cumplido con el deber de trabajar cuando podían cumplirlo satisfactoriamente, como sucede con los jubilados; también están los hombres y mujeres a quienes el derecho natural y positivo les prohíbe trabajar, por su propio bien y el interés de la colectividad los requiere lejos de talleres, fabricas u oficinas como son las mujeres durante el periodo del parto y los menores de edad en general."[21]

El Código del Trabajo en sus artículos 152 y siguientes, dispone que las mujeres en estado de gravidez no podrán ser obligadas a trabajar en el lapso anterior y posterior al parto y que durante el cual tendrán el derecho a la remuneración completa, así mismo gozarán con el tiempo para dar lactancia a su bebe. Igualmente este mismo cuerpo normativo, al igual que la Constitución de la República del Ecuador, establecen cuales son las excepciones para el trabajo de los menores.

Cabe también considerar lo que el Dr. Juan Larrea Holguín con respecto a este principio nos dice: *".....también las leyes de asistencia social deben aplicarse con la debida prudencia para evitar el fomento de la desocupación y la vagancia, es decir, que el Estado debe favorecer fundamentalmente a quienes carecen de medios y no pueden*

---

[20] **CÓDIGO PENAL**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a marzo del 2010, Quito-Ecuador, Art. 383.
[21] Ob. Cit., TRUJILLO Julio Cesar, **DERECHO DEL TRABAJO**, Pág. 44.

lograrlos con su trabajo, pero principalmente se ha de propender a facilitar los medios de trabajo con los cuales los individuos puedan mantenerse."[22]

4.2.1.5 La Libertad del Trabajo.

La libertad del trabajo, consiste en el derecho que tiene el hombre de aplicar su actividad a la producción de la riqueza. Supone este derecho la facultad de poder escoger la profesión, arte u oficio a que quiera dedicarse; la de elegir el objeto, la clase y el método de producción que considere oportuno; la de emplear la forma, el tiempo y el sitio de trabajo que estime conveniente; la de reunirse, asociarse o asalariarse con quien tenga a bien; y la de ser dueño de las obras, productos o resultados que emanen de sus esfuerzos.

El trabajador debe por lo tanto ser libre, sin más limitaciones que las determinadas por la naturaleza, la moral, el derecho y la prudencia. El hombre es libre en su conciencia y debe serlo también en su trabajo, puesto que esas libertades se basan en el libre albedrío, que se funda a su vez en la naturaleza humana. Además de la libertad de trabajar, o sea la de poner en ejercicio útil nuestras facultades, es un derecho que pertenece naturalmente a todos los seres humanos, puesto que comprende la propiedad de nuestras aptitudes individuales, que son por naturaleza propias, exclusivas e intransmisibles, y no hay por lo tanto poder capaz de despojarnos de lo que nos dio la naturaleza y forma parte de nuestro ser.

El trabajo debe ser libre, estimulado tan solo por la concurrencia, pues es evidente que el que produzca mucho, bueno y barato, en el mercado encontrará la recompensa; mientras

[22] Ob. Cit., LARREA HOLGUÍN Juan, **DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO**, Pág. 310.

que el que produzca poco, malo y caro, también en el mercado hallará el castigo. La libertad es la ley del trabajo productivo, y esta ley es primordial, universal e invariable: primordial, porque sin ella serían inaplicables todas las otras leyes económicas; universales, porque la actividad de todos los pueblos se mueve a sus impulsos; invariable, porque las condiciones esenciales de nuestra existencia tienen carácter permanente. Sin libertad, el trabajador carece de iniciativa; porque ni tiene medios para realizar su pensamiento, ni abriga la esperanza de recoger el fruto de sus afanes. Sin libertad, no se procura el progreso; porque el que trabaja contra razón, no siente estímulo para perfeccionar sus obras, ni tiene deseo de beneficiar a sus opresores. Sin libertad, no tiene interés personal; porque el que trabaja forzosamente en provecho ajeno, se hace indolente y perezoso. Sin libertad, no hay aumento productor; porque aborrece la fuerza que le oprime, y no aplica el trabajo toda la actividad que posee. Sin libertad, no hay responsabilidad económica directa; porque las torpezas de la fabricación, no causan la pobreza del obrero que las comete sino la ruina del dueño que las soporta.

Sin libertad, no hay afición al trabajo; porque ni tiene el incentivo de la recompensa, ni puede aprovecharse del ahorro. En fin, el obrero sin libertad, no puede asociarse con quien quiera, cuando quiera y como quiera; carece de crédito porque sus miserias no pueden ser base de confianza; no tiene interés en estudiar la naturaleza para utilizar mejor sus fuerzas, haciéndolas más productivas; no siente el deseo de capitalizar el producto de su trabajo, porque se persuade de que cuanto más pone más pierde, y por más que sienta el rigor del látigo, se hace en la obra de la producción indiferente, apático y perezoso.

Por el contrario, el obrero con libertad, es más activo, porque teme la pobreza; es más economizador, porque aspira a mejorar de fortuna; es más inteligente, porque se mueve en la esfera que ha elegido; es más estudioso, porque se beneficia con sus descubrimientos industriales; es más solvente, porque posee medios para responder de lo que le facilitan a crédito; es más aplicado, porque tiene que luchar en la concurrencia; y es más productor, porque de su trabajo depende su porvenir. Vemos, pues, que la libertad del trabajo es indispensable y se impone por sí misma, puesto que si no la hubiera, la producción sería poca y mala, y el productor sería esclavo e indolente.

El trabajo debe ser libre y estimulador tan sólo por la concurrencia; pero entendiéndose bien que esta libertad no ha de ser tan absoluta, que degenere en licencia; pues estando en conjunto limitada la libertad social por lo que a cada individuo corresponde en particular, no puede el hombre realizar cuanto desea con perjuicio de la colectividad, porque como antes indicamos, se lo veda en la naturaleza, la moral, el derecho y la prudencia.

La Obligatoriedad y la libertad de trabajo no son contradictorias sino más bien complementarias, toda vez que el hombre debe procurarse los medios de subsistencia y perfeccionamiento con su propio trabajo y con él debe contribuir al bien general de la sociedad, no es menos cierto que ha de hacerlo en la ocupación que libremente escoja de acuerdo con sus disposiciones y en las condiciones que le garanticen mayor rendimiento y provecho para sí y la sociedad.

4.2.1.6 Derecho al Trabajo.

El derecho al trabajo es la base para una vida digna. Significa que todas las personas deben tener la posibilidad de ganarse la vida con el trabajo que elijan, y condiciones de trabajo seguras y saludables que no sean degradantes de la dignidad humana. Se debe garantizar un salario mínimo para los trabajadores que les permita llevar una vida decente a ellos/ellas y sus familias. No se debe discriminar en el empleo y los ascensos, o en el goce de derechos relacionados con el trabajo, en base al género, la raza, el origen étnico, la religión o la opinión política. El mismo trabajo debe ser compensado con el mismo salario.

Los trabajadores tienen derecho a asociarse entre sí y a negociar mejores condiciones de trabajo. Tienen derecho a afiliarse al sindicato que elijan y a hacer huelga en la medida en que lo permitan las leyes nacionales y que la huelga no provoque una amenaza para la seguridad nacional. El trabajo forzoso es ilegal bajo el derecho internacional y constituye una violación grave de los derechos humanos. La cantidad de horas de trabajo debe limitarse a fin de no perjudicar la salud de los trabajadores y de permitirles que disfruten de un tiempo de ocio adecuado. Los empleadores deben otorgarles a los empleados vacaciones periódicas y pagadas.

Para Guillermo Cabanellas; *"Establece que el derecho del trabajo tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores y de unos y otros con el Estado, en lo referente a trabajo subordinado y también en lo*

relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas, derivadas de la actividad laboral dependiente"[23]

El principio del derecho al trabajo sintetiza, en palabras de Pío XI, la facultad de los hombres para exigir que, *"se ofrezca oportunidad para trabajar a los que quieren y pueden hacerlo" y el fundamento de este derecho es obvio, dice Aspiazu, pues es "el derecho a la vida; el sujeto pasivo del mismo no puede ser otro que el Estado, toda vez que corresponda al Estado promover la realización del bien común, por tanto, la posibilidad de conservación y perfeccionamiento para sus miembros"*[24]

El Estado siempre ha de intervenir subsidiariamente y no ha de suplantar el esfuerzo e iniciativa particulares; de ahí que con Ruiz Amadeo podemos decir que una adecuada enunciación de este principio debería formularse en los siguientes términos: *"... si el hombre no halla por su propia iniciativa individual, un trabajo que le produzca los medios de vivir, tiene derecho a una de dos: o a que la sociedad le señale el trabajo con que pueda sustentarse o a que le sustente sin trabajo efectivo, bien que con disposición de trabajar en lo que se le asigne y ordene."*[25]

La consagración de este principio y de estos criterios constan en la Constitución de la República, que dice: *"El Estado garantizará a los habitantes del Ecuador el derecho al trabajo, y a una remuneración que le permita vivir dignamente. Prevendrá la*

---

[23] Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**.

[24] ASPIAZU Joaquín S.J., **FUNDAMENTOS DE SOCIOLOGÍA ECONÓMICO – CRISTIANA**, Segunda Edición, Año de Publicación 1949, Madrid-España, Pág. 199.

[25] CAPÓN FILAS Rodolfo, **DERECHO LABORAL**, Tomo 1, La Plata, 1979, Pág. 369.

desocupación, a fin de asegurar tal derecho.”, y el cumplimiento de este deber es una de las preocupaciones más constantes y agudas de los estados contemporáneos.

Se manifiesta la necesidad imperiosa de planificación integral en el problema del empleo, el que permitirá a cada ser humano el ejercicio su derecho a trabajar es imperativo, por la creciente ola de desempleo. Solamente con el respaldo integral del estado y de los sectores sociales, incluso a nivel internacional, se podrá hallar la solución a esta gran dificultad.

Mediante una planificación tripartita, estado, trabajadores, empresarios, a nivel internacional se podrá cambiar la cara del "desarrollo" que ha arrojado a inmensas masas de seres humanos a la indigencia, a la extrema pobreza y el desempleo crónico. El desarrollo humano, y todo lo que rodean, sólo podrá realizarse a través de la planificación integral.

Universalmente el Derecho del trabajo, es una miscelánea de instrucciones jurídicas y constitucionales que gobierna en cada Estado. El ámbito de las relaciones laborales, nació a fines del siglo XIX como resultado de la aparición de los obreros industriales y de la congregación del mismo en sindicatos. En sus comienzos, giraba en torno al contrato de trabajo, para desplegar posteriormente su campo de operación a distintos ámbitos de la actividad jurídica como lo son el mercantil, administrativo y procesal, lo que produjo el establecimiento de una competencia impar de instituciones administradoras y laborales propias.

El Derecho del Trabajo en la actualidad se ocupa principalmente de: los contratos de trabajo y sus distintas modalidades, que pueden ser a tiempo parcial, temporal, de alta dirección, del servicio doméstico; derechos y deberes de los trabajadores por cuenta ajena; remuneración, salarios, pagas extraordinarias; régimen jurídico de los trabajadores autónomos; seguridad e higiene en el trabajo; Seguridad Social; relaciones laborales; huelga y cierre patronal.

En el Ecuador la Constitución de la República, garantiza al trabajo como un derecho y deber social de los ecuatorianos, para lo cual brinda al trabajador el respeto a su dignidad y el derecho a recibir una retribución justa, que le permita poder satisfacer las necesidades propias y las de la familia.

La Carta Magna, en su Art. 326, numeral 1 nos indica que "*El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo"*, situación que no se acata y que ha producido la migración de tantos hermanos ecuatorianos que ante la falta o la baja remuneración en los trabajos, han tenido que abandonar a su familia buscando obtener una estabilidad económica, pero que les ocasiona un gran detrimento del entorno familiar, donde tienen que dejar a esposos, esposas, hijos o padres. Es por éstas situaciones que el Derecho del trabajo, tiene como objetivo primordial responder en esencia a un propósito tuitivo o de amparo.

El trabajo que desempeña el ser humano (hombre y mujer), es un bien intrínseco de la persona, del trabajador y de la familia. Debe preservarse de tal forma que mediante normas imperativas se establezcan límites a los contratos sobre actividades de trabajo en

las que se comprometan físicamente las personas que han de prestarlas, límites que busquen resguardar bienes del trabajador como la vida, la integridad física, la familia, la salud o la dignidad del trabajador con un propósito reparador.

Busca atenuar la diferencia de fuerzas que, en el punto de partida, existe entre quienes demandan y ofrecen trabajo, mediante normas imperativas que establecen contenidos mínimos de los contratos no negociables, así como garantías procesales y administrativas en favor de los trabajadores. El proceso de trabajo abarca tres aspectos:

- La actividad del hombre dirigida a un fin, o sea, el trabajo mismo,
- El objeto de trabajo, y
- Los medios de trabajo con que el hombre actúa sobre dicho objeto.

El trabajo es la condición primera y fundamental de la existencia humana. Gracias al trabajo el hombre se separó del mundo animal, empezó a elaborar instrumentos de producción y pudo desarrollar sus facultades, determinantes del ulterior proceso del desarrollo social. En el proceso de trabajo, los hombres al obtener los medios de subsistencia entran en determinadas relaciones unos con otros: las relaciones de producción.

4.2.2 La Capacidad para contratar.

Ya en el antiguo Derecho Romano se distinguió la capacidad de derecho, o sea la posibilidad de ser sujeto de derecho o titular de normas jurídicas, y la de hecho, o de

obrar, que es la posibilidad de ejercer esas normas. En ese derecho la capacidad plena, la poseían los que reunía los tres status: libertatis, civitatis y familiae, debiendo ser, por lo tanto, libre, ciudadano romano y sui iuris, o sea no sujeto a patria potestad. Los esclavos no poseían capacidad de derecho, por ser simplemente cosas junto a esta capacidad; se distinguía únicamente, que podían existir a pesar de poseer aquella, por razones de edad, el sexo, de demencia, enfermedades graves, de condiciones particulares de la personalidad, como el caso del pródigo que dilapida sus bienes en gastos fatuos, en la persona por conocer, etc. En estos casos se necesita remediar ésa imposibilidad ejercer ésos derechos, mediante la designación de un tutor en los dos primeros casos o de un curador en los restantes. Cuando hablamos de menores de edad en esta antigua legislación, recordemos que debía tratarse de un menor sui iuris, para que requiera el nombramiento de un tutor, pues sino estaría bajo la potestad del pater, que supliría su incapacidad.

En el moderno derecho, también distinguimos entre estas dos capacidades, pero habiendo sido abolida la esclavitud, no existen en las legislaciones modernas incapaces absolutos de derecho, ya que forma parte de los atributos de la personalidad. La incapacidad de hecho, es, por supuesto, reconocida, ante los impedimentos físicos o psíquicos a que pueden limitar a las personas, total o relativamente en el ejercicio de ésos derechos que posee. La capacidad de derecho, en algunas legislaciones, como la de México y Colombia, se inicia con el nacimiento. En la legislación argentina, desde la concepción en el seno materno.

"La plena capacidad de hecho, se adquiere en general, cuando no median otras restricciones, como pasaremos a detallar, a la mayoría de edad, que varía según las legislaciones. En el derecho argentino, se adquiere la mayoría de edad a los 21 años, en México a los 18, al igual que España, Chile, Bolivia, Panamá, Colombia, Reino Unido, Uruguay, Venezuela y Ecuador. En ciertos países africanos se es mayor de edad a los 13 años. Los países que aceptan la mayoría de edad en 21 años, permiten la emancipación (salida anticipada de la patria potestad) que los coloca como capaces, aunque con capacidad relativa de hecho a los 18 años. En los que limiten la mayoría a los 18, permiten la emancipación a los 16. También el matrimonio de los menores produce su emancipación."[26]

Según la legislación argentina: Entre las incapacidades relativas de derecho (absolutos no existe actualmente) podemos mencionar, a los jueces con respecto a los bienes sometidos a un litigio bajo su decisión, a los tutores, con relación a los bienes tutelados, a los abogados con respecto a los bienes de sus clientes, etc.

Son incapaces absolutos de hecho, las personas por nacer, los menores hasta que cumpla los 14 años, los dementes judicialmente declarados, y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

"Son incapaces relativos de hecho, los menores entre los 14 años y la mayoría de edad (a partir de los 18 años pueden comerciar, con permiso de sus padres y por sí mismo ejercer profesión para la que estén habilitados) los emancipados, la única restricción es

[26] www.derechoenlaguía2000.com

la disposición de bienes recibidos a título gratuito y los inhabilitados, figura jurídica incorporada por la reforma al código civil de 1968 (ley 17. 711) que posibilitó el nombramiento de curador para ebrios, adictos pródigos, y disminuidos mentales, para realizar actos de disposición de sus bienes.

La incapacidad relativa de las mujeres sufrió una evolución hasta lograrse equiparación con la del hombre.”[27]

Podemos definir también a la capacidad, como potencia o facultad de obrar. Talento o disposición para determinadas actividades. Dentro del campo estrictamente jurídico, aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio o empleo. Habilidad o potestad para contratar, disponer entre vivos o por testamento, suceder, casarse y realizar la generalidad de los actos jurídicos.

En derecho, la regla la constituye la capacidad; la incapacidad es la excepción. Cabe formular la regla de acuerdo con el artículo 1132 del código civil francés, diciendo que “puede contratar toda persona que no esté declarada incapaz por la ley”.

La capacidad es, por tanto, la aptitud de obrar válidamente por sí mismo. El Código del Trabajo, en su artículo 35 trata de la capacidad para el contrato de trabajo, y hace referencia especial a "todos los que le reconoce con capacidad civil para obligarse" o sea que en esta materia rigen las disposiciones del Código Civil tanto para trabajadores como empleadores, para determinar la capacidad civil para contratar y contraer

[27] **CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.**

obligaciones. El Código únicamente exceptúa el caso de los menores a requerir carreras especiales.

Podemos decir de esta manera, que los adolescentes que hayan cumplido los 15 años de edad tienen completa capacidad para celebrar un contrato de trabajo, sin que se requiera autorización de sus padres o quien ejerza su representación legal, conforme lo establece el Art. 82 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Fuera de las excepciones puntualizadas en materia de capacidad rigen las reglas del Código Civil, quien reza lo siguiente: "*son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse entender por escrito. Sus actos no surten obligaciones naturales y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley a impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.*"

"El Código del Trabajo, no hace distinción en cuanto a la edad del menor entre varones y mujeres, solamente se refiere a los impúberes al tratar del servicio doméstico, y debe entenderse el término en su sentido legal; no da reglas especiales sobre los casos de incapacidad absoluta, como precisamente el de los impúberes o del sordomudo que no puede darse entender por escrito, personas que, si bien son incapaces de obligarse, pueden ser parte de una relación de trabajo que se identifique con el contrato de

trabajo. Algo similar puede darse con los incapaces relativos, menores adultos, interdictos por diversas razones.”[28]

4.2.2.1 La Capacidad Civil.

“La capacidad civil la podemos determinar cómo, una aptitud general para ser sujeto de derechos y obligaciones; y, más especialmente, en las relaciones jurídicas familiares, reales (de las cosas o bienes) contractuales, obligatorias y sucesorias.”[29]

4.2.2.2 La Capacidad Laboral.

Cabe entender la locución de dos maneras al menos: en la energética humana y en la aconsejable social y jurídicamente. En el primer aspecto, desde la infancia existe aptitud para trabajar, apenas el organismo cuenta con fuerza y el espíritu con normas de acatamiento a un superior y de habilidad para ejecutar alguna labor. *“En el otro sentido, la facultad laboral, que determina mayoría de edad sui generis, se orienta hacia la época en que, obtenido el pleno desarrollo físico y la suficiente formación intelectual, conviene dedicarse al trabajo productor; sobre todo en la posición del subordinado en las tareas y remunerado en las prestaciones.”*[30]

4.2.3 La Relación Laboral.

---

[28] ROBALINO Isabel, **MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO**, Segunda Edición, Editorial Mendieta, Quito, 1998, Pág. 154 -155.
[29] Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**, Pág. 49.
[30] IBÍDEM, Pág. 52.

La relación laboral o las relaciones laborales son aquellas que se establecen entre el trabajo y el capital en el proceso productivo. En esa relación, la persona que aporta el trabajo se denomina trabajador, en tanto que la que aporta el capital se denomina empleador, patronal, empresario o capitalista. El trabajador siempre es una persona física, en tanto que el empleador puede ser una persona física como una persona jurídica. En las sociedades modernas la relación laboral se regula por un contrato de trabajo en el cual ambas partes son formalmente libres. Sin embargo un trabajador aislado se encuentra en una situación de hecho de debilidad frente al empleador que le impide establecer una relación libre, por lo que se entiende que una relación laboral para que sea realmente libre debe realizarse en forma colectiva, entre los trabajadores organizados sindicalmente y el empleador.

El contrato de trabajo son las normas que regulan la relación laboral. El contrato de trabajo tiene un contenido mínimo obligatorio establecido en todo lo mencionado anteriormente, entre los que se destacan los de la derecho laboral y leyes laborales.

El salario o remuneración es uno de los elementos importantes en el mantenimiento de una relación de trabajo armónica. La mayoría de los conflictos y usualmente las cuestiones más controvertidas, están relacionadas con el salario. El salario es la plusvalía del esfuerzo físico o mental que contribuye en el proceso productivo a obtener un bien de uso o brindar un servicio. Se define como remuneración a la contraprestación que se brinda en dinero o en especie al trabajador por poner a disposición del empleador su capacidad de trabajo. Esto implica el conocimiento de ambas partes de obligarse al cumplimiento de determinados deberes y obligaciones, como por ejemplo para el

empleador: dar trabajo y pagar una remuneración por el mismo, y en el caso del trabajador estar a disposición un determinado número de horas en un día (jornada laboral) a efectos de realizar tareas que le son encomendadas por el empleador.

Para la determinación del salario existen múltiples posiciones, muchas veces contradictorias y regulaciones legales. La referencia principal para la determinación del salario es el llamado salario mínimo. El salario mínimo es una decisión del Estado estableciendo un monto mínimo para todos los salarios. En muchos casos esa decisión se adopta de manera consensuada con las organizaciones sindicales y de empleadores. En algunos países el salario mínimo se establece por estado-provincia (regionalmente), en tanto que en otros países se establece para todo el país.

Dos parámetros básicos suelen utilizarse para establecer los salarios: la ganancia del capital y la productividad del trabajo. En el primer caso se calcula el porcentaje sobre el valor agregado que corresponde a las ganancias del capital y a los salarios; en los países más desarrollados el porcentaje correspondiente a los salarios es considerablemente más alto que en los países no desarrollados. En el segundo caso se calcula el producto generado por un trabajador en determinado tiempo de trabajo; en general, a mayor producción en el mismo tiempo, debería corresponder un aumento salarial.

En los convenios colectivos suelen establecerse grillas salariales en relación con la categoría de cada trabajador, es decir con la complejidad y capacitación necesaria para cada tarea. Las relaciones laborales individuales son las que establece un trabajador aislado directamente con su empleador o su representante. Las relaciones laborales

colectivas son las que establece un sindicato o un grupo de sindicatos con una empresa u organización patronal, o un grupo de unas u otras.

En la relación laboral individual, el trabajador se encuentra en situación de dependencia o subordinación del empleador. Esa desigualdad jurídica dificulta la posibilidad de una relación contractual entre ambas partes, ya que la voluntad del trabajador está afectada. Adicionalmente, el trabajador suele encontrarse en una situación de debilidad económica frente al empleador. Por esta razón Alain Suppiot ha sostenido que el Derecho Civil fracasa cuando intenta ser aplicado a la relación laboral individual y que el mundo del trabajo solo puede ser civilizado si el trabajador se organiza sindicalmente y negocia colectivamente con el empleador.

Las relaciones internacionales de trabajo existen desde principios del siglo XX cuando se conformó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, como ámbito para canalizar las relaciones entre los estados y las organizaciones de trabajadores y empleadores. Los acuerdos alcanzados en la OIT suelen tomar forma como convenios internacionales de trabajo que siguen los mismos principios que los tratados.

Internacionalmente los empleadores están agrupados en una organización única, la Organización Internacional de Empleadores (OIE), en tanto que los trabajadores están organizados en dos centrales, la mayoritaria Confederación Sindical Internacional (CSI) y la Federación Sindical Mundial (FSM), de tendencia comunista.

"Asimismo, tanto los empleadores como los trabajadores se encuentran organizados por ramas de industria (construcción, metalurgia, textil, minería, hotelería, etc.). Desde

fines de los años 80, las organizaciones sectoriales de empleadores y trabajadores han comenzado a firmar acuerdos marcos internacionales (AMIs), con el fin de garantizar derechos laborales mínimos en todo el mundo.

Las relaciones internacionales de trabajo han mostrado un gran aumento de su importancia a partir de la globalización."[31]

El Código del Trabajo, aplicable en términos generales, a los trabajadores que se desempeñan en relaciones laborales entre particulares, define en su artículo 8º, el contrato de trabajo, en los siguientes términos: *"Artículo 8º. Contrato individual de trabajo en una convención por la cual empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada."*. A partir de dicha definición, tanto la doctrina juslaboralista ecuatoriana como la jurisprudencia administrativa y judicial sobre la materia, han decantado por estimar que las referencias a los servicios prestados bajo dependencia y subordinación aluden a la subordinación jurídica como elemento característico de la relación laboral.

En este sentido, a partir de ambas jurisprudencias, se han establecido diversos elementos demostrativos de la existencia de los vínculos que habrán de quedar al amparo de las normas de derecho del trabajo, tales como obligación de asistencia, cumplimiento de horario de trabajo, subordinación a instrucciones y órdenes, prestación de servicios en forma continuada y permanente, jornada de trabajo, fiscalización superior, dirección y

[31] www.wikipedia.com. La enciclopedia libre.

control, supervigilancia, trabajo en el mismo lugar en que se encuentra el empleador, dependencia jerárquica dentro de la empresa, dar cuenta de la labor realizada, exclusividad en los servicios.

En opinión del informante, la definición establecida en la ley es suficientemente clara. No obstante, ha gozado de una interpretación jurisprudencial restrictiva, que lisa y llanamente ha prescindido de la dependencia económica como elemento configurador de la relación laboral. En este sentido, ha resultado complejo para la aplicación del concepto legal en análisis, la atenuación que experimenta la subordinación jurídica en las formas de contratación atípica, cada día más extendidas en nuestra realidad productiva. Pese a tal dificultad, se ha realizado un esfuerzo interpretativo en orden a adaptar la subordinación jurídica a estas nuevas realidades.

4.2.3.1 Partes de la Relación Laboral.

Todo contrato implica una relación jurídica, entre, al menos, dos personas, y en el contrato de trabajo, como contrato bilateral, la relación obligacional se establece entre dos personas o partes que son el trabajador y el empresario, que se convierten así en sujetos del contrato de trabajo.

Sujetos del contrato de trabajo, son quienes contraen los respectivos derechos y obligaciones, derivadas del contrato mismo, vinculándose entre sí, por virtud del lazo que éste establece entre ellos, obligándose en consecuencia, recíprocamente, dado el carácter sinalagmático (bilateral) del contrato laboral, a las prestaciones que le corresponden.

Trabajador y empleador, son pues los elementos subjetivos del contrato de trabajo, que junto a los demás elementos como la causa, objeto, remuneración, etc., integran la noción esencial del contrato.

4.2.3.1.1 El Trabajador.

Las partes en el contrato de trabajo, conforme su misma definición son el empleador y el trabajador, y éste a su vez puede ser empleado un obrero. Al tratarse de los trabajadores tenemos que preguntarnos qué es lo que los caracteriza. Cuándo podemos hablar de que una persona es "trabajadora". Se ha discutido, especialmente en la doctrina mexicana, si lo que caracteriza al trabajador es la pertenencia a la "clase trabajadora" por existencia de una relación de trabajo. El determinar si alguien es sujeto el contrato de trabajo en calidad trabajador, no puede quedar definido por un concepto tan general, y que pertenecen más bien a la sociología que al derecho, como es el de "clase trabajadora". Además este mismo concepto ha variado y se ha ampliado, habiéndose limitado anteriormente de manera especial a los obreros manuales, a los proletarios, para extenderse paulatinamente a otras categorías de trabajadores, inclusive intelectuales. El concepto surge originalmente de la doctrina del materialismo histórico.

"La clase obrera (que es el término original) está constituida por el grupo social de los obreros, cuyas condiciones de vida son por definición análogas y que ha tomado conciencia de su situación y de su rol propio en la sociedad, constituyendo una fuerza capaz de hacer valer sus derechos."

Para la aplicabilidad de las normas del derecho laboral, se entiende en general por trabajador a aquella persona que en la relación de trabajo presta sus servicios en subordinación a otra, al trabajador asalariado. Hueck y Nipperdey definen al trabajador como aquella persona que en virtud de un contrato de derecho privado o una relación jurídica equivalente, está obligado al trabajo en servicio de otro. Hay por lo tanto varios elementos en esta definición: la obligación de prestar un servicio a otro (el empleador); la existencia de un contrato de derecho privado, elemento que encontramos también en la doctrina francesa, y que se toma como criterio para distinguir a los trabajadores sujetos a la legislación laboral, de los servidores públicos sujetos a otras normas; y las subordinación en el trabajo. En cuanto al segundo elemento nos remitimos a lo dicho en la parte introductoria sobre la naturaleza del derecho del trabajo, por lo que no podríamos hablar con propiedad de un contrato de derecho privado, ya que entendemos como tal al que se realiza para la prestación de servicios, según el derecho común.

El concepto de nuestro Código del Trabajo, estaría de acuerdo con esta doctrina común sobre lo que es el trabajador: "la persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra, se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero." (Artículo 9). Dada la ubicación de este concepto, viene inmediatamente del de contrato individual de trabajo, contenido en el artículo 8, ahí se diferencia claramente a la prestación de los servicios lícitos y personales de que se habla en dicho artículo. Por lo tanto, dada esta característica, de ser "personales", no podemos entender cómo trabajadores sino a personas naturales.

Sin embargo la dificultad planteada inicialmente subsiste por la introducción, en nuestra misma legislación social, del término trabajador autónomo, que por otra parte corresponde a una realidad nuestra y latinoamericana. El mismo Código del Trabajo legisla en el Capítulo III del Título III sobre los artesanos que pueden ser maestros de taller o artesanos autónomos (artículo 282). El contrato con el artesano se reputa contrato de trabajo en lo concerniente a la jurisdicción y procedimiento (artículo 291).

"Por otra parte la legislación del Seguro Social obligatorio incorpora en su régimen a varias categorías de trabajadores autónomos: artesanos, profesionales en libre ejercicio, campesinos, el clero secular."[32]

El trabajador puede ser empleado u obrero. Tenemos varios criterios que diferencian entre estas dos categorías de trabajadores. El límite es difícil establecer ya que el origen de la diferenciación es más bien relativa al status social y ciertos beneficios del que gozaban anteriormente sólo los empleados, en materia de remuneración y descanso que han pasado a ser también de los obreros, por lo que la distinción es cada vez más irrelevante en las distintas legislaciones que tienden a unificar las condiciones de obrero y del empleado.

Así ha sucedido también con la nuestra, como es el caso, por ejemplo, el derecho a 15 días de vacaciones para los empleados privados, derecho que se hizo extensivo por decreto el 9 de agosto de 1944, a los obreros. Entre los criterios de distinción entre obrero y empleado nuestro Código retiene los que se refieren a la forma de

[32] **CODIFICACIÓN DE LA LEY DE SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO**, Art. 37.

remuneración y a la calidad del trabajo; así el artículo 79 dice: “salario es el estipendio que paga el empleador al obrero en virtud del contrato de trabajo y sueldo la remuneración que por igual concepto corresponde al empleado; el salario se paga por jornadas de labor y en tal caso se llama jornal; por unidades de obra o por tareas. El sueldo por meses, sin suprimir los días no laborables”; y el artículo 83 “el plazo para el pago de salarios no podrá ser mayor de una semana, y el pago de sueldos no mayor de un mes”. Esta distinción tiene efecto en cuanto al total de la remuneración, que en el caso de haberse estipulado por días, puede variar con el número de días del mes y de acuerdo a las eventuales faltas del trabajador que podrían hacerle perder la remuneración del sábado y del domingo.

El otro criterio es el saber si el trabajo es predominantemente intelectual o material. Y decimos predominantemente, que ya no hay trabajo que sea exclusivamente intelectual o exclusivamente material. Así el artículo 302 dice que: *"empleado privado o particular es el que se compromete a prestar a una empleador servicios de carácter intelectual o intelectual y material en virtud de sueldo, participación de beneficios o cualquier forma semejante de retribución siempre que tales servicios no sean ocasionales."* El concepto de quien sea trabajador es importancia primordial para nuestra disciplina, por cuanto el ordenamiento jurídico laboral, surgió precisamente para mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores asalariados.

En un sentido general, trabajador es toda persona, que desarrolla un esfuerzo o actividad con un fin productivo o económico. Sin embargo el concepto jurídico - laboral de trabajador es mucho más restrictivo y específico. Este concepto de trabajador, que es el

que nos interesa, viene dado por el propio estatuto de los trabajadores, al explicar la noción de contrato de trabajo, que hemos visto. Es trabajador la persona física que " voluntariamente preste servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y decisión de otra persona, física o jurídica, denominada en creador o empresarios". Las definiciones doctrinales coinciden básicamente con el concepto de derecho positivo. Así podemos decir, que son trabajadores, las personas que libremente, y, en virtud de un contrato, prestan a otras, con carácter profesional, servicios a cambio de un salario. El término trabajador, es normalmente utilizado en la actualidad para referirse a esa parte de la relación laboral frente al de obrero u operario. Sólo la persona física, natural o individual puede ser sujeto del contrato de trabajo, en calidad de trabajador, ya que hemos afirmado el carácter personal de la prestación objeto del contrato de trabajo, como algo que define la especialidad del contrato de trabajo, frente a otra clase de contratos y su naturaleza de contrato "sui generis", al ser inseparables la prestación (trabajo) de la persona que lo ejecuta (trabajador). Podemos decir, que para este concepto de trabajador, es indiferente la distinción, más artificial que real, entre trabajadores manuales e intelectuales, que durante mucho tiempo, ha llegado a definir la legislación laboral, que reducía su protección a los trabajadores manuales.

4.2.3.1.2 El Empleador.

El empleador se define en relación con el trabajador. Es aquel a quien este último presta los servicios en forma subordinada, por una retribución. Hueck y Nipperdey dicen que es "el que ocupa a otro como trabajador", no importa si es persona natural o jurídica; de

derecho privado o derecho público, si es propietario de un establecimiento o empresa o no lo es. El que el concepto de empleador se determine por el trabajador corresponde al hecho de que " el derecho del trabajo se ha desarrollado, como derecho especial, en vista al trabajador". Nuestro Código de Trabajo, en su artículo 10, al tratar el concepto de trabajador, hace referencia especial a las personas de derecho público en cuanto tienen la calidad de empleadores. En el último inciso se lee: " también tienen la calidad de empleadores" nosotros mismos, en nuestro código del trabajo utilizamos la palabra de "patrono", igual que la legislación mexicana, en la cual aún se conserva, y que entre nosotros ha sido sustituida por la de "empleador", tal sentido peyorativo que ha venido adquiriendo la primera de las expresiones.

"Se han empleado también los términos "dador de trabajo", "dador de empleo", que puede ser una traducción muy literal del vocablo alemán "Arbeitgeber"; "empresario" de tradición en el derecho español; "patrón", "principal". Entre todos estos términos hemos preferido, con nuestro Código el de "empleador" "frecuente en la doctrina sudamericana y el mundo internacional de la O.I.T." según apunta Néstor de Buen. El Diccionario de la Real Academia Española, acepta este vocablo con la acepción "patrono que emplea obreros", e indicando que es más usado en América."[33]

Podemos afirmar, que el empresario o empleador, es la otra parte necesaria de la relación laboral. Del mismo modo que el trabajador se configura como deudor del trabajo o actividad laboral y acreedor del salario o retribución, en virtud del contrato de trabajo, el empleador o empresario, es el acreedor de trabajo o actividad y deudor de la

[33] **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, Vigésima Edición, 1984.

retribución o salario. Ambos, empresario y trabajador, representan dos centros de interés distintos que se corresponden mutuamente, intereses, por supuesto contrapuestos, pero coordinados por el contrato.

Empresarios, serán todas las personas físicas y jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

El concepto de empresario u empleador en el orden laboral es muy distinto, como vemos, el utilizado en otros órdenes, como puede ser las esferas mercantil o económica. Pero el empresario, al mismo tiempo que es sujeto del contrato de trabajo, acreedor de la prestación laboral, es también el titular de la empresa, ya sea a título de propietario, arrendatario, usufructuario, etc., que organiza y ordena el conjunto de medios humanos y materiales en que el empresa consiste.

De aquí que no se ha de confundir los conceptos de empresa y empresario; la empresa, para el Derecho del Trabajo, es una realidad objetiva, una organización productiva, en tanto que en el empresario predominan los matices o aspectos subjetivos pórticos como tampoco hemos de confundir empresa con centro de trabajo, que, a veces se utiliza de modo distinto.

Guillermo Cabanellas nos dice: "*la palabra empleador, española sin duda, se ha tomado en lo laboral del francés "employeur" y ha obtenido difusión en Sudamérica. La academia, que se resistió mucho a incorporarla, señala ésa preferencia americanista y*

la equipara sin más a patrono como persona que emplea a obreros manuales. Aquí surgen una contradicción curiosa; porque, si el empleador, debe corresponderse con empleado, este es el trabajador que no realiza trabajos manuales"[34]

4.2.3.2 La prestación de un trabajo personal.

La prestación de un trabajo personal (físico o intelectual) implica la realización de actos materiales, concretos y objetivos, que ejecuta el trabajador, con su pleno conocimiento, en beneficio del patrón. En razón de lo establecido por la fracción IV del Artículo 25 de la LFT, dichos actos deben determinarse con la mayor precisión posible en el contrato individual de trabajo.

De hecho, este elemento de la relación de trabajo da origen a la aplicación de la LFT. Lo anterior se materializa en la fracción III del Artículo 134 de la LFT, que establece como una de las obligaciones de los trabajadores el desempeño del servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados en todo lo concerniente al trabajo.

4.2.3.3 La Subordinación.

Considero que la subordinación es el principal elemento de la relación de trabajo y su característica esencial, ya que implica un poder jurídico de mando detentado por el

[34] Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**, Pág. 424.

patrón, que tiene su correspondencia en un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, es decir, el trabajador. Es de explorado derecho que la subordinación tiene su apoyo precisamente en lo dispuesto por el referido Artículo 134, fracción III, de la LFT, tal como se mencionó más arriba. La subordinación es un elemento esencial en las relaciones laborales, por lo que, a falta de ella, resulta inexistente la relación laboral.

4.2.3.4 El pago del salario.

El otro elemento de la relación de trabajo, que establece el Artículo 20 de la LFT, es la contra - prestación por el trabajo prestado, es decir, el pago de un salario, o la justa retribución. Conforme a lo establecido por el Artículo 82 de la LFT, el salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo, y se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo, tal como lo precisa el Artículo 84 de ese mismo ordenamiento legal. Incluso si el trabajador tiene incorporado a su salario el llamado tiempo extra, o alguna otra prestación legal o supralegal, como pago normal y constante, debe entenderse que forma parte de su salario por ser una percepción regular y fija.

Conforme a lo dispuesto por el Artículo 25 de la LFT, el contrato individual de trabajo debe contener, entre otras estipulaciones, la forma y el monto del salario, así como el día y el lugar en que se efectuará el pago del salario.

El pago viene a ser la entrega del salario, o sea, de la cantidad debida. Se establecen diversas normas protectoras y privilegios del salario, que necesariamente los patrones deben tomar en cuenta al momento de determinar o realizar el pago este último.

Conforme a lo anterior, es evidente que, para tener acreditada la existencia de la relación de trabajo, deben probarse los siguientes elementos extremos: la obligación del trabajador de prestar un servicio material, intelectual o de ambos géneros (prestación de un trabajo personal); la dirección del patrón y la dependencia del trabajador (subordinación), y el deber del patrón de pagar una retribución (pago de un salario).

La relación de trabajo como fuente del derecho de los trabajadores para obtener una parte de las utilidades de las empresas. El porcentaje que está vigente y que ha sido determinado por la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas, es de 10%, porcentaje que constituye la participación que corresponderá a los trabajadores en las utilidades de cada empresa.

El reparto de utilidades entre los trabajadores deberá efectuarse, normalmente, dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que deba pagarse el impuesto anual, aun cuando esté en trámite una posible objeción de los trabajadores a la declaración presentada por el patrón que implique a un reparto adicional.

El importe de las utilidades no reclamadas, o que no se hayan pagado en el año en que sean exigibles, se agregará a la utilidad repartible del año siguiente, en el entendido de que no se pueden hacer compensaciones de los años de pérdida con los de ganancia.

La utilidad repartible se divide en dos partes iguales: la primera se reparte por igual entre todos los trabajadores, tomando en consideración el número de días trabajados por cada trabajador en el año, independientemente del monto de los salarios. La segunda se repartirá en proporción al monto de los salarios devengados por el trabajo prestado durante el año.

Para los efectos del pago de esta prestación, se entiende por salario la cantidad que perciba cada trabajador en efectivo por cuota diaria. No forman parte de él las gratificaciones, percepciones y demás prestaciones a que se refiere el ya mencionado Artículo 84 de la LFT, ni las sumas que perciba el trabajador por concepto de tiempo extra. En los casos de salario por unidad de obra y, en general, cuando la retribución sea variable, debe tomarse como salario diario el promedio de las percepciones obtenidas en el año.

La propia LFT establece el procedimiento que debe seguirse para determinar la participación de cada trabajador en las utilidades de la empresa en la que presta o prestó sus servicios. El derecho de los trabajadores a participar en el reparto de utilidades debe ajustarse a las normas establecidas en el Artículo 127 de la LFT.

Las cantidades que reciban los trabajadores como participación en las utilidades de las empresas no se computarán como parte del salario, para los efectos de las indemnizaciones que deban pagarse a dichos trabajadores. Es importante mencionar que dichas cantidades están también sujetas a las normas protectoras y privilegios del salario que establece la LFT, y que ya mencionamos con anterioridad. El salario o remuneración

es uno de los elementos importantes en el mantenimiento de una relación de trabajo armónica. La mayoría de los conflictos y usualmente las cuestiones más controvertidas, están relacionadas con el salario. El salario es la plusvalía del esfuerzo físico o mental que contribuye en el proceso productivo a obtener un bien de uso o brindar un servicio.

Se define como remuneración a la contraprestación que se brinda en dinero o en especie al trabajador por poner a disposición del empleador su capacidad de trabajo. Esto implica el conocimiento de ambas partes de obligarse al cumplimiento de determinados deberes y obligaciones, como por ejemplo para el empleador: dar trabajo y pagar una remuneración por el mismo, y en el caso del trabajador estar a disposición un determinado número de horas en un día (jornada laboral) a efectos de realizar tareas que le son encomendadas por el empleador.

Para la determinación del salario existen múltiples posiciones, muchas veces contradictorias y regulaciones legales. La referencia principal para la determinación del salario es el llamado salario mínimo. El salario mínimo es una decisión del Estado estableciendo un monto mínimo para todos los salarios. En muchos casos esa decisión se adopta de manera consensuada con las organizaciones sindicales y de empleadores. En algunos países el salario mínimo se establece por estado-provincia (regionalmente), en tanto que en otros países se establece para todo el país.

Dos parámetros básicos suelen utilizarse para establecer los salarios: la ganancia del capital y la productividad del trabajo. En el primer caso se calcula el porcentaje sobre el valor agregado que corresponde a las ganancias del capital y a los salarios; en los países

más desarrollados el porcentaje correspondiente a los salarios es considerablemente más alto que en los países no desarrollados. En el segundo caso se calcula el producto generado por un trabajador en determinado tiempo de trabajo; en general, a mayor producción en el mismo tiempo, debería corresponder un aumento salarial.

En los convenios colectivos suelen establecerse grillas salariales en relación con la categoría de cada trabajador, es decir con la complejidad y capacitación necesaria para cada tarea.

4.2.3.5 Objeto y Causa Lícita.

La causa es la justificación del contrato, según la teoría subjetiva, el motivo por la que las partes realizan un contrato, son los motivos personales. En cambio la teoría objetiva, concede más valor a la función económica social de los contratos. El derecho sigue esta última ya que la subjetividad es irrelevante. Existen dos tipos de contratos según su causa, los contratos onerosos, y los gratuitos.

El objeto del contrato de trabajo es la prestación de los servicios retribuidos. Por una parte el trabajador se obliga a ejecutar a favor de la otra, y en contraprestación la otra cumple unas obligaciones.

El objeto del contrato ha de ser lícito, posible y determinado. Lícito, se refiere a no ser contrario a las leyes o las buenas costumbres. Posible, ya que se tiene que poder cumplir, tanto objetiva como subjetivamente, así origina los mismos efectos la contratación de un trabajo imposible como la imposibilidad derivada de la ineptitud del trabajador para

realizar el trabajo pactado. La determinación se realizara normalmente en el contrato de trabajo o bien en los convenios colectivos a través del sistema de la clasificación profesional.

4.2.3.6 Tiempo.

"Con el término "tiempo" que emplea el precepto legal materia de este comentario, se refiere a aquel que debe durar el contrato y, entonces, tiene relación con la estabilidad que nos ocuparemos más adelante; también se refiere a la duración de la jornada de trabajo, y que está regulada por la ley para impedir prolongaciones del trabajo incompatibles con las fuerzas del trabajador, o con el cumplimiento de sus obligaciones de personas racional y sociable."[35]

4.2.3.7 Estabilidad Laboral.

Es evidente que reconozcamos antes del trabajo subordinado, el trabajo como una adecuación del hombre en la naturaleza, como un medio de lucha y adaptación a ella. "En épocas anteriores constituyó una realidad indispensable para asegurar la vida del hombre" (Por medio de él, éste puede dominar la naturaleza). Posteriormente se dieron formas especiales de subordinación como la esclavitud en la época antigua, siervos de la gleba, más tarde en la época del corporativismo (edad media), aprendices, compañeros, oficiales, maestros (Francia); hasta que en el siglo XVII la relación laboral, nos dice Vásquez Vialard, "adquirió las características que hoy presenta".

[35] Ob. Cit., Trujillo Julio Cesar, **DERECHO DEL TRABAJO**, Pág. 208.

A nivel internacional, el derecho de estabilidad en el trabajo en el transcurso de la historia está ligado indisolublemente a la relación jurídica laboral permanente que deviene de un contrato de trabajo a plazo indefinido; así, la estabilidad laboral ha fluctuado como observamos desde una relación permanente, estable, duradera, como es el de la esclavitud en la época antigua, la servidumbre en la edad media, a la inestabilidad del trabajador en el siglo XVIII, como consecuencia de la invención de la máquina. El advenimiento del maquinismo con la consiguiente centuplicación de la producción como lo hemos señalado, trajo consigo la eliminación de inmensas masas de trabajadores.

Es evidente que la lucha por la estabilidad laboral se inicia conjuntamente con la industrialización por los efectos de la misma que llevaron al trabajador sobre todo a partir del siglo XIX con el maquinismo, al capital industrial, con la revolución industrial inglesa; a la centuplicación de la producción que trajo como consecuencia la eliminación de gran número de trabajadores de los establecimiento industriales, por la automatización, lo que llevó a muchos obreros a considerar como su primer enemigo a las máquinas.

"Muchos de los principales levantamientos proletarios de esa época tuvieron por objeto la destrucción de máquinas y asesinato de sus inventores; miles y miles de trabajadores quedaron en la desocupación, viéndose compelidos a la miseria y a ofrecer su trabajo en condiciones muchas veces inhumanas y con la mediocre remuneración en desesperada competencia; problemas que dieron origen a las luchas sindicales y su manifestación a través de los convenios colectivos de trabajo con miras de alcanzar

mejores condiciones de vida de los trabajadores y de su familia y el desarrollo de la industria con el logro del incremento de la producción y productividad, en busca de la plena ocupación de toda persona con capacidad y obligada a trabajar, hoy, nuevamente en riesgo por la realidad socioeconómica que vivimos y las leyes laborales, cuya tendencia flexibilizadora del contrato de trabajo con miras al incremento del empleo, no han logrado su objetivo. Estamos convencidos que el respeto al derecho de estabilidad laboral del trabajador honesto, eficiente, preocupado y dedicado a su capacitación permanente no es contradictorio al desarrollo socioeconómico sino, por el contrario, es indispensable para alcanzar este fin. Consideramos que es indispensable el respeto de este derecho angular del trabajador, porque lleva implícito el respeto a la esencia de una vida digna y estable de quien trabaja y de quienes dependen de él, indispensable así mismo, porque sólo con el esfuerzo de los trabajadores, de los empleadores y del Estado podremos alcanzar la meta común, cual es la de combatir el desempleo y el subempleo con miras a alcanzar el pleno empleo para la estabilización del derecho de la estabilidad laboral, piedra angular del desarrollo socioeconómico, base indispensable para el logro del bien común de la sociedad en general."[36]

El derecho de estabilidad laboral garantiza al trabajador permanencia en el empleo, por cuanto le da derecho a conversar su puesto indefinidamente mientras sea plenamente capaz de laborar, se incapacite o alcance el derecho a la jubilación, siempre que no medie faltas graves cometidas por el trabajador, hechos que, de acuerdo a la ley, otorgan

[36] Boletín Informativo Cámara Comercio de Lima, Estabilidad Laboral en el Perú.

al empleador el derecho de despedir al trabajador por causa justa o en casos que devengan circunstancias que traigan consigo la crisis de la empresa.

La estabilidad consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer en especialísimas circunstancias. También se define como Estabilidad Laboral el derecho del trabajador a conservar su puesto durante toda la vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes que adquiera el derecho de su jubilación, a no ser por causa taxativamente determinada.

Garantiza los ingresos del trabajador en forma directa, lo que es medio indispensable de satisfacción de necesidades del núcleo familiar, garantiza los ingresos de la empresa, por cuanto un personal adiestrado y experto, al mismo tiempo integrado y con la mística hacia la empresa, brindará índices satisfactorios de producción y productividad, redundando no solo en beneficio del trabajador y del empleador, sino también del desarrollo orgánico-económico-social, con logros a la obtención de la armonía, la paz social y laboral.

La estabilidad laboral tiende a otorgar un carácter permanente a la relación de trabajo, donde la disolución del vínculo laboral depende únicamente de la voluntad del trabajador y sólo por excepción de la del empleador o de las causas que hagan imposible su continuación, de la que se desprende que la estabilidad constituye un derecho para el trabajador que, por supuesto, le exige el cumplimiento de las obligaciones inmersas a la

naturaleza del contrato de trabajo. No constituye un derecho del empleador porque significaría retornar a etapas superadas de trabajo forzoso.

El sentido de la estabilidad es proteger al trabajador de los despidos arbitrarios. A través del régimen de estabilidad se pretende limitar la libertad incondicional del empleador evitando despidos arbitrarios que sumen en caos e inseguridad al trabajador, cuya única fuente de ingreso es su trabajo, conllevando la insatisfacción de necesidades y un estado de angustia de su familia.

La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 28, proclama que el hombre, mediante su trabajo, tiene el derecho de alcanzar su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica.

Las constituciones políticas en diferentes países y la legislación en general, son unánimes en consagrar el derecho al trabajo de toda persona, consagración determinada por el artículo 22 de nuestra constitución política, más para que el trabajador pueda disfrutarlo, consideramos indispensable combatir el desempleo y subempleo, en sus diferentes manifestaciones, para lograr el reestablecimiento del derecho del trabajador a la estabilidad laboral siempre que por sus méritos le corresponda.

"En Derecho Laboral, la estabilidad consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer éste servicio a las circunstancias."[37]

Por constituir el de trabajo un contrato de tracto sucesivo, se perfila su normal continuidad. Ésta permanencia reviste extraordinaria importancia jurídica y el punto de vista económico y social: para el patrono representa el mejor medio de conseguir un dependiente singularmente unido a la empresa y particularmente especializado en la labor profesional encomendada; para el trabajador significa la probabilidad de su propia seguridad, una ocupación duradera y cierta garantía para el sostenimiento propio y de su familia.

"La estabilidad constituye uno de los factores del contrato de trabajo; ya que la relación laboral, aún subordinada cuando es meramente eventual o a término fijo, ofrece caracteres muy distintos del contrato de trabajo típico, que requiere siempre cierta permanencia en actividad prestada, una continuidad indefinida por su trascendencia y diversificación, la estabilidad laboral, en sus distintas clases y manifestaciones, se analiza en la serie de voces que a esta sigue."[38]

El concepto de Estabilidad deviene de la cualidad de estable que en la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española alude a lo que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer; en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de

---

[37] DÍAZ AROCO Teófila, **DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO**
[38] Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**, Pág. 560.

Guillermo Cabanellas, encontramos que en el ámbito laboral, estabilidad consiste en el derecho de un trabajador a conservar su puesto de trabajo indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer especialísimas circunstancias, es un factor que se deriva de la característica de tracto sucesivo propio del contrato de trabajo, Cabanellas al abordar la estabilidad absoluta y la relativa las asocia con las nociones de perdurabilidad y de durabilidad respectivamente y plantea las siguientes diferencias:

a. En la estabilidad absoluta: los derechos del trabajador se mantienen, pues si es despedido sin justa causa debe remunerársele hasta que le corresponda lo derechos de jubilación; en la estabilidad relativa se resarce por el pasado es decir se indemniza en función a los años de servicios prestados por el trabajador.

Se denomina como "perdurabilidad", y la define como la posesión o posición vitalicia del empleo hasta la jubilación o retiro por parte del trabajador de su cargo o función laboral. El contrato puede sólo disolverse si se acreditan las causales indicadas en la ley: de lo contrario la elección que al efecto toma el empleador.

Según Jorge Rendón Vásquez nos dice: “hay estabilidad absoluta cuando el trabajador no puede perder el empleo por ninguna causa”.

b. En la estabilidad relativa: se crea un derecho durante la prestación, en la estabilidad absoluta el derecho persiste luego de la prestación.

> La estabilidad relativa presenta un carácter personal, en tanto la absoluta acompaña a las profesiones u oficios que han conquistado esta especie de privilegio laboral. Se define como "Durabilidad". Considera que da lugar la subsistencia normal o indefinida de un contrato de trabajo y afirma: "La estabilidad relativa permite al patrono o empresario poner término al vínculo contractual abonando una indemnización.

Para Mario de la Cueva, en la estabilidad absoluta la facultad de disolver la relación laboral es posible sólo por causa justificada que debe ser probada; mientras que en la estabilidad relativa se permite al patrono en grados variables, disolver la relación de trabajo con un voto unilateral a cambio de indemnización.

Sea que compartamos o no los conceptos de Cabanellas, referirnos a estabilidad laboral conlleva a relacionarla con la noción de despido y a admitir que, siguiendo a Carlos Blancas Bustamante, *"tal noción propia del Derecho Laboral cuando es recogida por nuestro texto constitucional (Art. 27) debe entenderse en su sentido amplio e integral, es decir, como toda extinción de la relación de trabajo basada en la voluntad del empleador; este sentido amplio o integral del despido, resulta coherente con la finalidad protectora del Art. 27 en cuanto proscribe la arbitrariedad en el despido, prohibición que debe alcanzar a todos aquellos actos extintivos de la relación laboral mediante los cuales puede exteriorizarse una voluntad susceptible de ser calificada como arbitraria, lo que nos reconduce, obligatoriamente, a la voluntad del empleador"; conocidas son por lo demás, las Sentencia del Tribunal Constitucional en dicha materia. Más allá de los comentarios e intereses de políticos, gobernantes y empresarios, la estabilidad*

laboral relativa entendida como la posibilidad del empleador de extinguir el vínculo laboral sin expresión de causa resulta contraproducente con el respeto de los derechos humanos; por su parte la estabilidad laboral absoluta, entendida como la protección contra el despido arbitrario condice con la noción misma de empleo decente (OIT) o productivo.''[39]

Hemos podido observar a través de la opinión de numerosos tratadistas que la estabilidad laboral le permite al trabajador y a su familia un mínimo de condiciones de vida estable, por cuanto, cuando un empleador y un trabajador celebran un contrato de trabajo a plazo indeterminado lo hacen con la intención de otorgarle un carácter duradero, obviamente pudiendo el trabajador dar por concluido esta relación cuando consigue un mejor empleo, actuando de acuerdo a ley para conservar sus derechos a los beneficios sociales en caso le corresponda y pudiendo despedirlo el principal, sólo si sobreviven situaciones que hacen imposible la continuación de la relación laboral y que previamente se encuentren calificadas por la ley como causa justa de la extinción de la relación laboral.

''El empleador no debe tener ejercicio tan libre para despedir y que el trabajador que es titular del derecho debe acceder a un mínimo de condiciones de vida estable. En la doctrina se advierte dos tendencias que tratan de explicar los fundamentos de la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, para unos, ella se explica por los caracteres propios y por la naturaleza misma de contrato individual de trabajo, y para

[39] BLANCAS BUSTAMANTE Carlos, **EL DESPIDO EN EL DERECHO LABORAL PERUANO**. ARA Editores, Lima, Perú, 2005. Pág.130

otros la estabilidad se justifica únicamente por razones de justicia y de conveniencia social, no inherentes al contrato en sí mismo."[40]

"Cualquiera que sea la posición doctrinal al respecto no cabe duda que la estabilidad es una institución requerida por la justicia en provecho de trabajador, del patrono y de la sociedad en general."[41]

Mario de la Cueva anota con especial acierto las ventajas que de la estabilidad se derivan para los empleadores, pues dice: *"el sistema mexicano de asegurar a los trabajadores su permanencia en la empresa, es benéfico para la misma empresa. El trabajador que sabe que su permanencia en el trabajo está asegurada se esforzará por desarrollar un servicio mejor, pues esta actitud le permitirá obtener un mejoramiento en su posición dentro de la empresa, una posibilidad de ascenso, un aumento de salarios, y en su caso una pensión jubilatoria. El obrero que se vio obligado a cambiar frecuentemente ocupación, no puede interesarse en esas distintas actividades y rendirá un servicio menos eficiente"*[42]

Es interés del trabajador contar con un trabajo seguro por razones de orden personal y social. De orden personal por cuanto el hombre tiene derecho al trabajo como tiene derecho a la vida, porque le permite su seguridad económica y conquistar su dignidad humana; de orden social, porque al proteger al trabajador se ampara a la familia, puesto

---

[40] DE LA CUEVA Mario, **DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO**, Quinta Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1960, Pág. 808.

[41] Ob. Cit., Trujillo Julio Cesar, **DERECHO DEL TRABAJO**, Pág. 164.
[42] Ob. Cit., DE LA CUEVA Mario, **DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO**, Pág. 809.

que el medio natural y núcleo constitutivo de la sociedad es la familia y en una realidad socioeconómica como la nuestra donde el único medio con que cuenta la mayoría de ciudadanos para conseguir los ingresos para la satisfacción de sus necesidades es el trabajo; la protección al trabajador implica la protección a la familia.

El Estado reconoce el trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguran por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones. En la tercera parte de este mismo artículo: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.

El trabajo es un derecho elemental del trabajador, el mismo que no puede ser despojado unilateralmente por el empresario sin causar irreparable perjuicio no sólo al interés particular de aquel, sino al interés social que compromete a toda la colectividad, se añade que este derecho a la actividad permanente deviene también beneficios en el ámbito social que redunda en forma de una mayor producción al quehacer cotidiano de la masa trabajadora y supera un problema estatal como es el de contribuir a la solución del problema de la desocupación.

No basta la buena voluntad de las partes, el trabajador y del empleador, para garantizar una auténtica estabilidad en el trabajo, es indispensable la existencia de la ley y que esta ley se haga respetar y cumplir y que no sea beneficiosa para una de las partes en

detrimento de la otra, sino para ambas, es decir, que concilie los intereses de ambas, que no apoye los extremos, que del desamparo en que se encuentra el trabajador no se vaya al abuso que éste puede cometer en contra de las personas que dan trabajo, que no sirva de instrumento para el empleador cometa atropellos.

Es necesario que la ley de estabilidad laboral garantice una relación laboral permanente, que implique el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes y del principio protector, incluyendo la aplicación de sus tres reglas tanto la del in dubio pro operario, de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa al trabajador.

4.2.3.8 Terminación del Contrato de Trabajo.

La historia laboral señala que la mayor aspiración de los trabajadores es conseguir la estabilidad, que contraria a la intención de los empleadores de poder remover de los puestos de trabajo a sus empleados, de manera que la legislación con el carácter de protector ha procurado evitar que con facilidad un trabajador pueda ser separado de su cargo, ya que las consecuencias generalmente son preocupantes, no sólo para él, sino para su familia, ya que al perder su fuente de ingresos, la estabilidad emocional y social de su núcleo familiar se agrava y las dificultades económicas son mayores.

"Por ello, podemos decir, que nuestra legislación procura especialmente preservar al trabajador es su puesto de trabajo, garantizándole la estabilidad y las garantías que

eviten la terminación unilateral, por parte del empleador, de los contratos trabajo, salvo el caso de las causas que están legalmente previstas en la ley.''[43]

''Cuando hablamos de terminación del contrato de trabajo, tenemos que reconocer que ante todo existe la estabilidad para el trabajador, como ya lo hemos mencionado anteriormente. En términos generales, el Código de Trabajo tiende a proteger la estabilidad del trabajador.

Por eso, como se indica anteriormente, determina (art. 14)''[44] que, salvo las excepciones legales, el contrato de trabajo tiene al menos un año de duración. Con esta misma preocupación leyes y decretos dictados en los últimos años establecieron en su oportunidad plazos de estabilidad especial para los trabajadores, dejando a salvo siempre las mismas excepciones legales y aquellos casos en que hubiere justa causa para terminar el contrato de trabajo.

Por esta misma razón, el Código regula cuidadosamente los casos en que el contrato puede darse por terminado, los trámites que debe observarse en cada caso y los efectos que se producen si la relación de trabajo se ha dado por concluida sin haberse seguido estos procedimientos, tal cual nos lo indica el artículo 169 el código de trabajo.

4.2.3.8.1 Formas de Terminación del Contrato Laboral.

---

[43] Vásquez López Jorge, **DERECHO LABORAL ECUATORIANO – DERECHO INDIVIDUAL**, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2004, Pág. 219.

[44] Establécese un año como tiempo mínimo de duración, de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido, que se deben los trabajadores con empresas o empleadores en general, cuando la actividad colabora sede natural es estable o permanente, sin que por esta circunstancia los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse a tales trabajadores para los efectos de esta ley como estables o permanentes.

Desde nuestro punto de estudio, podemos determinar que existen dos formas de terminar las relaciones laborales, entre las cuales señalamos:

4.2.3.8.1.1 Legalmente.

"Un aspecto importante radica en que la terminación del contrato por causa legal, en ningún momento se opone al principio legal de la estabilidad, ya que por causa justa todo contrato puede terminar, sobre todo en aquellos cuya duración es menor a la estabilidad mínima de un año previstas en la ley, como en el caso de los contratos ocasionales, eventuales, de temporada, obra cierta, aprendizaje, etc., cuya forma de terminación está directamente ligada a su duración, como el caso del contrato de aprendizaje."[45]

Haciendo un análisis exhaustivo sobre las formas de terminar una relación laboral, podemos en forma sintética determinar las causas, legales, para que se de esta figura:

a. Por las causas legalmente previstas en el contrato; es decir por lo previsto en el contrato, según su tipo, puede ser por vencimiento del plazo, éste es uno de los elementos fundamentales que debe constar en el contrato de trabajo es el tiempo de duración del mismo, que puede ser indefinido o a plazo fijo, también puede ser porque se cumpla la condición para el mismo, la ocasionalidad, la eventualidad, etc.

b. "*Por acuerdo de las partes; en cualquier momento, las partes por mutuo acuerdo pueden dar por concluido el contrato que han celebrado entre ellas. Para ellos no hace*

[45] Ob. Cit., Vásquez López Jorge, **DERECHO LABORAL ECUATORIANO – DERECHO INDIVIDUAL**, Pág. 219.

falta sino que así lo declaren de una manera expresa así sucede, por ejemplo, cuando el trabajador presenta la renuncia, que es aceptada por el empleador. Sin embargo también podría producirse un acuerdo tácito entre las partes, pero en este caso debería haber actos claros e inequívocos el consentimiento mutuo para la terminación del contrato. Cuando hubo mutuo acuerdo entre las partes, ninguna de las dos está obligada a indemnización alguna frente a la otra.''[46]

c. "*Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto de contrato; el contrato de trabajo termina cuando el objeto el mismo ha sido la realización de una obra cierta, la prestación de un servicio concreto o el trabajo por un período determinado de labor sin que para ello sea necesario la interposición del desahucio. Al entregarse la obra, cumplirse el servicio o período, el contrato concluye, a menos que se trate de obras o servicios habituales en la actividad del empleador o empresa, en cuyo caso el contrato será a tiempo fijo o a tiempo indefinido, según se haya previamente señalado.46 artículo 170 el Código de Trabajo.''*[47]

d. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, sino hubiere representante legal o sucesor en continuo en empresa o negocio.

Termina sino hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio. La muerte del empleador, físicamente termina el contrato de trabajo. En el caso de una empresa con personería jurídica, si fallece el gerente seguirá la relación laboral con el

[46] Ediciones Legales, **RÉGIMEN LABORAL ECUATORIANO**, Pág. 138.
[47] IBÍDEM, Pág. 138.

funcionario que sustituya al empleador fallecido, salvo que se extinga o quiebre la empresa.

e. *"Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo; la muerte termina la relación laboral, y cuando disminuye la capacidad física para laborar, por enfermedad o accidentes de trabajo, en este último caso si decide el afiliado deberá optar por la jubilación por incapacidad"*[48]

f. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no pudieron evitar;

g. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código, es decir, mediante el trámite de visto bueno, o despido legal, en base a las siete causales previstas en dicha norma;

h. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; de igual manera el trabajador también puede recurrir a este tipo de trámite y solicitar el visto bueno, para dar por terminadas las relaciones laborales, y obtener una indemnización por tal separación a costa del empleador culpable de los hechos. Esto lo puede hacer en base a las tres causales previstas en dicha norma.

[48] En los casos previstos en el artículo 169, numeral 3 de este código, la terminación de la relación laboral operará sin necesidad de desahucio ni otra formalidad; bastará que se produzca la conclusión efectiva de la obra, del período de labor o servicios objeto del contrato, que así lo hayan estipulado a las partes por escrito, y que se otorgue el respectivo finiquito ante la autoridad del trabajo.

i. Por desahucio, es el aviso previo mediante el cual, una de las partes comunica a la otra, su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo.

"El desahucio tiene por objeto evitar que el trabajador pueda encontrarse inesperadamente sin trabajo, es decir sin una remuneración que le permita hacer frente a sus necesidades vitales, o que el empleador pueda verse repentinamente sin alguno o algunos de sus colaboradores; por lo mismo, no lograría alcanzar su propósito si es que no se le notificara con la debida anticipación para que el trabajador pueda buscar otro empleo y el empleador procurase un reemplazo."[49]

Sin embargo, no siempre el contrato concluye por el sólo vencimiento del plazo. Salvo las excepciones legalmente estipuladas, hace falta que cada parte notifique a la otra su voluntad de terminar el contrato en la fecha previamente señalada. *Para ello, el empleador lo hará con treinta días de anticipación y el trabajador con quince. Esta notificación se conoce con el nombre de Desahucio, como ya lo señalamos anteriormente (Art. 184 y 185 del Código del Trabajo*[50]*).*

Para poder hacer efectivo el desahucio, u otras formas legales previstas en la ley para la terminación de la relación laboral, debemos utilizar esta figura conocida con el nombre de "Visto Bueno", que consiste en la resolución que da el inspector de trabajo para que un contrato laboral termine por alguna de las causales que establece la ley. Puede ser solicitado por el patrono o por el trabajador.

---

[49] Ob. Cit., TRUJILLO Julio Cesar, **DERECHO DEL TRABAJO**, Pág. 310.

[50] Desahucio es el aviso con el que una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es de dar por terminado contrato. En los contratos a plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables, su terminación deberá notificarse cuando menos con 30 días de anticipación, y de no hacerlo, se convertirá en contrato por tiempo indefinido.

4.2.3.8.1.2 Ilegalmente.

Como hemos estudiando en el punto anterior, existen formas legales de terminar una relación laboral, es decir la que están previstas en la norma del Código Laboral, mediante las cuales el trabajador hace efectivo sus derechos entre ellos el más importante, el derecho a una estabilidad laboral y a una remuneración justa y equitativa, pero no solo el trabajador hace efectivos sus derechos, sino también el empleador en beneficio de su empresa, con esto asegura que el puesto dejado por el trabajador no cause perjuicio a su negocio y pueda reemplazarlo sin ningún contratiempo. Así mismo, por el contrario, existen formas "Ilegales", es decir que no están previstas en ninguna norma jurídica, entre ellas la más importante es el Despido Intempestivo, figura jurídica que trataremos en los siguientes puntos e intentaremos comprender su aplicación por parte de los sujetos laborales y las consecuencias que esto acarrea.

4.1.2 El Despido Intempestivo – Cambio de Ocupación.

Los principios y características de nuestro derecho laboral, han dotado de garantías para el desarrollo armónico del trabajo, tratando siempre de impedir la terminación de la relación laboral en forma injustificada, por tanto el despido intempestivo viene constituirse en una flagrante violación a la ley laboral, a los principios de estabilidad, continuidad, y por ello la ley lo sanciona duramente.

La terminación súbita, violenta, sin previo aviso o al margen de las causas que legalmente ha previsto la ley, origina sanciones de tipo económico, quien en distintas

épocas se han aplicado de diferente forma, en ciertos años para lograr que se cumplan determinadas prestaciones o mejoras, los gobernantes de turno fijaron estabilidades especiales y mayores indemnizaciones en caso de despido, se establecieron muchas escalas y montos, pero es a partir de la expedición de la ley 133 dictada en noviembre de 1991, por el presidente Rodrigo Borja, quien disminuyó las exageradas indemnizaciones y estableció el actual sistema de cálculo y pago, flexibilizando este conflictivo tema.[51]

El Despido Intempestivo es sinónimo de disolución del Contrato. Por despido intempestivo del trabajo entendemos, cuando el empleador, en forma unilateral, sin la existencia de causal legal alguna, sorpresivamente le dice al trabajador que la relación laboral está terminada y que por tanto se vaya a la casa. También, se produce esta figura, cuando el empleador, sin conocimiento o consentimiento del trabajador, altera la modalidad o condiciones del trabajo, como el cambio de ocupación, etc. Podemos, agregar a este concepto que, se puede entender como despido intempestivo cuando al trabajador da por terminado el contrato de trabajo y separa el trabajador de su cargo sin que para ello tenga causa legal en que apoyarse o cuando existiendo causa legal no observa el procedimiento establecido en las mismas leyes para despedir al trabajador, entonces podemos determinar a la luz de las leyes que la terminación, del contrato laboral, es ilegal y que se configura el despido intempestivo.

"Muchas de las veces, no solamente el empleador al despedir intempestivamente o en forma ilegal al trabajador, está infringiendo la ley; sino que, el trabajador puede

[51] Ob. Cit., Vásquez López Jorge, **DERECHO LABORAL ECUATORIANO – DERECHO INDIVIDUAL**, Pág. 232.

también abandonar intempestivamente el trabajo, por lo que existe abandono intempestivo cuando el trabajador abandona el trabajo sin causa justificada, o cuando existiendo alguna causa justa, se separa del trabajo sin que antes haya obtenido el visto bueno, es decir son similares características en la terminación del contrato, con las especificas consecuencias para cada una de las partes.

Nuestra legislación laboral estipula, en su artículo 192"[52] que el cambio de ocupación, esto es, la orden o disposición del empleador para que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida o se le destinen otras labores diferentes a las que realiza, tendrán efecto de despido intempestivo si el trabajador lo reclama dentro de los 60 días, siguientes a la expedición de la orden del cambio.

Los Jueces de la Sala de lo Laboral y Social aportan lo siguiente: "que el cambio de ocupación es lo que en doctrina se llama el despido indirecto para designar a todas las situaciones en las cuales por un comportamiento del empleador, el trabajador se considera en situación de despido, creándose ambientes que imposibilitan la continuidad de la prestación de servicios." El empleador no es que declara la rescisión del contrato, pero al violar los derechos del trabajador le coloca a éste en el trance de no proseguir en la empresa, como ya lo mencionan los Jueces de la Sala.

Además de lo expuesto, podemos determinar que se puede llamar con el nombre de despido intempestivo a la suspensión del trabajo, como fuera el caso de que el

[52] Efectos del cambio de ocupación.- si por orden del empleador un trabajador puede cambiado de ocupación actual sin su consentimiento, se tendrá esta orden como despido intempestivo, aun cuando el cambio no implique mengua de remuneración o categoría, siempre que los reclamare el trabajador dentro de los 60 días siguientes a la orden del empleador.

empleador dejaré de proporcionar al trabajador materiales necesarios para la ejecución de la obra encomendada o disminuyere el número de ellos, siempre y cuando que estos materiales o herramientas, estén debidamente estipulados en el contrato. El despido intempestivo, atenta furtivamente contra la integridad moral, social y familiar el trabajador; y más que nada contra la estabilidad, que es aquella que como hemos tratado de capítulos anteriores significa dignidad al trabajador y su familia. El cambio de ocupación, constituye una de las formas más utilizadas por los empleadores, para de forma indirecta terminar con una relación laboral y contractual. Pero al constituirse en una forma ilegal de terminar una relación laboral, es decir que no está prevista en la ley, trae consigo puntos de equilibrio como es "la indemnización", punto que más adelante detallaremos específicamente.

4.1.2.1 Indemnizaciones por Despido Intempestivo.

En nuestra legislación Laboral, específicamente en el artículo 188, establece las indemnizaciones que debe el empleador en caso de que, en violación de la ley se despidiere intempestivamente a un trabajador. Esto se da en violación de la ley, como podemos apreciar al tenor del mismo artículo: "el empleador que despidiera intempestivamente al trabajador será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio, según la escala que fija el Código Laboral". Por consiguiente no podemos considerar que el empleador haya realizado un acto noble al pagar las indemnizaciones, ya que estas están establecidas como sanción y no como una alternativa que sustituyen al deber de respetar la estabilidad del trabajador y por ende el

de su familia. El empleador o empresario que despide intempestivamente al trabajador amparado en un contrato por tiempo indefinido o tiempo fijo, debe a este una indemnización fijado en la siguiente escala:

1. Hasta tres años de servicio con el valor de tres meses de remuneración; este valor es aplicable desde que el trabajador tiene estabilidad, es decir si superó el período de prueba y especialmente desde que se venció la estabilidad mínima de un año, o el contrato a plazo fijo, ya que para aquellos trabajadores que se encuentran dentro del primer año de trabajo, sin contrato escrito o a plazo indefinido, o para aquellos que recién terminaron el período de prueba, es aplicable otra disposición, la del artículo 181 el Código de Trabajo, norma que dispone:

"…Cuando lo hiciere el empleador, sin causa legal, pagará al trabajador una indemnización equivalente a 50% de la remuneración total, por todo el tiempo que faltare para terminación del plazo pactado…"[53]

2. Más de tres años con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, o fracción de año; dentro de esta escala la norma nos da a entender que a partir del primer día del tercer año, se pagará una indemnización equivalente a una remuneración por cada año laborado, la fracción de año, es decir por días o meses posteriores al año, es considerada para efectos de este cálculo como un año completo para simplificar el cálculo y cancelar una suma igual a cada año.

[53] Ob. Cit., TRUJILLO Julio Cesar, **DERECHO DEL TRABAJO**, Pág. 319.

"La indemnización deberá computarse en base del sueldo o salario que el trabajador haya estado percibiendo al momento del despido intempestivo, y, al efecto, se tendrá, como sueldo o salario, al que el trabajador hubiere percibido por los trabajos ordinarios, extraordinarios, suplementarios, a destajo, comisión, participación en beneficios, derechos de usufructo, uso o habitación o cualquier otra retribución, en dinero o en especies, que tengan carácter de norma en la industria o negocio."[54]

Se ha de tener por "retribución de carácter normal", todo lo que perciba el trabajador en modo permanente y periódico, sea semanal, quincenal, o mensualmente, por bimestres, trimestres, etc., siempre que no esté mandado por la ley o estipulado en el contrato colectivo con la aclaración de que no ha de formar parte de la remuneración.

La indemnización, según Rafael de Pina en su diccionario derecho, es: "la cantidad de dinero o cosa que se entrega a alguien en concepto de daños o perjuicios que se le han ocasionado en su persona o en sus bienes, también dice que es "el resarcimiento de un daño o perjuicio"

Consideramos también a la indemnización, como una sanción que se impone a quien infringe alguna norma. Criterio que se encuentra en el artículo 188 nuestro Código Laboral, para quienes no respetan la estabilidad y dan por terminado el contrato de trabajo sin causa legal, norma que dice: "el empleador que despide intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala."

---

[54] Ob. Cit., Vásquez López Jorge, **DERECHO LABORAL ECUATORIANO – DERECHO INDIVIDUAL**, Pág. 233 – 234.

Para quienes laboran a destajo, por tarifas, existe una salvedad, ya que sólo para este efecto y para éste grupo de trabajadores, se establecerá un sueldo promedio del total ganado en el último año. Adicionalmente a la indemnización por despido intempestivo, la ley dispone que los trabajadores tengan derecho también a cobrar la bonificación establecida para el caso de desahucio, es decir el 25% del último sueldo multiplicado por el número de años de servicio. El despido no sólo se sanciona con la indemnización analizada en la escala anterior, sino que impone al empleador el pago de la bonificación mencionada.

Lo que se busca con esta escala, establecida en forma legal por nuestra Legislación Laboral, es que no se perjudique los derechos tanto el empleador como los del trabajador; ya que ambos sujetos son de vital importancia para los estudiosos del derecho, sobre todo en el ámbito laboral.

Así que, por el mismo hecho de tratar de encontrar un punto de equilibrio entre las partes y las indemnizaciones respectivas existe un límite en las indemnizaciones que restringirá el abuso por parte de cualquiera de las dos partes hacia la otra, por tal motivo la indemnización por despido, y por expresa limitación de la ley, no excederá de 25 meses de remuneración, siendo de esta manera que los trabajadores que laboren por más de 25 años, no tendrán opción para reclamar una cantidad mayor a éste límite y que se lo puede reclamar integralmente por quienes superan este número de años de servicio y han sido despedidos.

4.1.2.2 Procedimiento.

Cuando el trabajador haya sido despedido intempestivamente, es aconsejable, que inmediatamente acuda a un profesional del derecho expedito en materia laboral, para que le aconseje jurídicamente sobre lo que tiene que hacer para obtener su indemnización por el despido intempestivo de trabajo producido en su contra. En una breve síntesis citaremos lo que en la práctica debe realizar el trabajador bajo el patrocinio de un abogado:

1. "***Autoridad Competente.-*** *Dirigir la demanda de indemnización por el despido intempestivo al Juez Provincial del Trabajo.*

2. Actor (Trabajador).- *Se pondrá los nombres y apellidos completos, sus generales de ley y su domicilio.*

3. Empleador.- *Se indicará los nombres completos de la persona a quien va dirigida la demanda, si se trata de persona jurídica, además del nombre de ésta, se indicará los nombres y apellidos completos de la persona natural que la representa y si a ésta se la demanda también personalmente por su responsabilidad solidaria, establecida en el Art. 41 del Código del Trabajo, que dice: "Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador."*

4. Fundamentos de Hecho.- *Se indicará claramente los antecedentes de la relación laboral, es decir, si hubo o no contrato de trabajo y en caso de haberlo, que tipo de contrato, fecha de entrada al trabajo, a órdenes de quien estuvo*

laborando, que actividad desempeñaba en la Empresa o lugar de trabajo, cuál fue su horario de trabajo, la remuneración quincenal o mensual que percibía, otros beneficios contractuales, la fecha y hora aproximada en la que fue despedido en el caso materia de este trabajo investigativo, las circunstancias en las cuales se produjo el cambio de ocupación y bajo qué argumentos; el relato se lo hará con claridad y precisión.

5. Fundamentación legal.- *Indicación detallada de los rubros que se demandan, con su fundamento legal, que entre otros pueden ser los siguientes artículos del Código del Trabajo: 184, 185, 188, 614, entre otros. Además, se pedirá que se dé aviso al Inspector del Trabajo, según lo indica el Art. 589, del Código del Trabajo. En el mismo sentido esta disposición no operaría tácitamente por efecto de la resolución de la Corte Suprema de Justicia señalada anteriormente.*

6. Cuantía.- *Es la cantidad aproximada que se reclama al demandado. No obstante que se mencione la Cuantía, se expresará que se reclaman (en el caso del trabajador) los intereses y recargos previstos en la Ley.*

7. Trámite.- *En este caso el Trámite es el de Procedimiento Oral Laboral previsto en el Art. 575 y siguientes.*

8. Citaciones.- *Se indicará claramente el domicilio judicial o lugar de trabajo, en el cual se ha de citar con la demanda y providencia recaída en ella a la parte demandada. Si manifiesta desconocer el domicilio del demandado se expresará*

que el actor está dispuesto a prestar el juramento que la Ley exige para estos casos.

9. Casillero Judicial.- *Se indicará el domicilio en el que el actor recibirá sus notificaciones que le correspondan, que en este caso debe ser el número del casillero judicial, perteneciente a su Abogado patrocinador, a quien, se le autorizará para que con su sola firma presente cuanto escrito sea necesario en defensa de sus intereses.*

10. Firmas.- *Finalmente, la demanda será firmada por el actor y su Abogado defensor. En el evento de que el actor no sepa firmar, éste, imprimirá la huella digital de su dedo pulgar derecho."*[55]

4.1.2.3 Efectos del Despido Intempestivo por Cambio de Ocupación.

Según como hemos venido estudiando sobre el despido intempestivo y de manera más exacta en el "cambio de ocupación", hemos observado como esta figura puede generar y producir muchos efectos y no solo económicos, financieros, sino emocionales y familiares e incluso sociales, ya que la estabilidad laboral hace del hombre – mujer sea y se sienta vivo y parte activa de una sociedad que día a día sigue evolucionando.

Cuando un trabajador es despedido de forma imprevista o por medio de métodos que den a entender, que aquella persona ya no es deseada como: el hostigamiento y su misma esencia el cambio de ocupación, éste reacciona negativamente contra la sociedad

[55] www.centralecuatorianadeorganizacionesclasistas/asesorialegal.com

y hace o realiza actos que después desencadenan consecuencia lamentables no solo para él y su familia sino que también para la sociedad a la cual se debe.

En lo familiar, muchas de las veces la inestabilidad laboral y por ende la falta de una fuente segura de trabajo hace que familias enteras se desintegren, ya que uno de sus miembros puede caer en la desesperación y tratar de buscar mejores forma de vida a costa de lo que sea sin medir las consecuencias que estas pueden acarrear para todos los miembros de su familia. En lo social, se siente fuera de sitio, llegando al punto de marginarse individualmente y llegar a tomar represalias contra esta, alterando el orden y provocando un caos social. La doctrina está de acuerdo en la importancia que tiene la defensa del puesto de trabajo cuya pérdida tiene graves consecuencias para el trabajador, consecuencias económicas, graves consecuencias en el aspecto psicológico del trabajador, por el significado que tiene la pérdida del trabajo, en la consideración de los demás, el cambio y al diente, en el caso de encontrar otra labor.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador.

La actual Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum y publicada en el R.O. Nro. 449 del 20 de octubre del 2008, en su Art. 33 establece que *"El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y*

retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado."[56]

El derecho al trabajo es una prerrogativa de carácter fundamental para el desarrollo económico y social de la población ecuatoriana, porque la realización de una actividad laboral es fuente de ingresos económicos y de realización personal y del aparato productivo del Ecuador, es por ello que cuando se habla de trabajo, jurídicamente se lo entiende como un derecho y a la vez como un deber que se tiene con el desarrollo del país.

La Carta Magna en su Art. 325 establece que: *"El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores."*[57]

El ordenamiento jurídico, específicamente el Código del Trabajo, garantizan todas las modalidades de prestación laboral, inclusive las de autosustento y cuidado humano que pese a no ser remuneradas, constituyen trabajo, el cual según las mismas disposiciones constitucionales deben ser amparadas por el Seguro Universal, lo cual requerirá un financiamiento por parte del Presupuesto General del Estado, lo cual se regulará en lo posterior por la normatividad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El Art. 326 de la norma fundamental del Ecuador establece que: *"El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:*

---

[56] Ob. Cit., **CONSITITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Pág. 25.
[57] IBÍDEM, Pág. 147.

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo. …"[58]

Este principio rector del Derecho Laboral en el Ecuador es comúnmente denominado principio de estabilidad laboral, por el cual el Estado debe proteger los derechos del trabajador a la permanencia en su lugar de trabajo mientras se encuentre vigente el respectivo contrato de trabajo, este principio no ha sido correctamente amparado en el Código del Trabajo, pues la actual normativa de este cuerpo de leyes no ha reducido el alto índice de despidos intempestivos, por las razones que explicaré en el siguiente punto de la presente tesis.

4.3.2 Código del Trabajo.

Nuestro Código del Trabajo establece como la forma legal de terminación del contrato de trabajo a la figura del desahucio, así el Art. 184 establece: *"Desahucio es el aviso con el que una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es la de dar por terminado el contrato.*

En los contratos a plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables, su terminación deberá notificarse cuando menos con treinta días de anticipación, y de no hacerlo así, se convertirá en contrato por tiempo indefinido.

El desahucio se notificará en la forma prevista en el capítulo De la Competencia y del Procedimiento."[59]

---

[58] Ob. Cit., **CONSITITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Pág. 147.

[59] Ob. Cit., **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS Y JURISPRUDENCIA**, Pág. 49.

Como se puede determinar de la norma citada, el desahucio es la forma legal de dar por terminado el contrato de trabajo, lo cual conlleva que se liquide los haberes que se le adeuda al trabajador ante el Inspector del Trabajo.

Otra de las formas legales para terminar la relación laboral es el visto bueno, que procede por causales bien determinadas en el Código del Trabajo, como por ejemplo, por más de tres faltas injustificadas en un periodo mensual de labor, o por injurias irrogadas por el trabajador en contra de su empleador, familia o clientes.

Pero cuando la terminación de contrato carece de justa causa se configura el DESPIDO INTEMPESTIVO, el cual genera la obligación del empleador de indemnizar al trabajador despedido, así lo establece el Art. 188 del Código del Trabajo:

"El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:

Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y,

De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.

La fracción de un año se considerará como año completo. …"[60]

La indemnización por despido intempestivo es insignificante y no compensa la perdida de la plaza de trabajo al obrero despedido, y mucho más aún si tiene que solventar varias cargas familiares.

---

[60] Ob. Cit., **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS Y JURISPRUDENCIA**, Pág. 49.

Pese a que la disposición constitucional ampara el empleo y la estabilidad laboral existe una contraposición en el Código del Trabajo, ya que en su Art. 181 se establece:

"Tanto el trabajador como el empleador podrán dar por terminado el contrato antes del plazo convenido.

Cuando lo hiciere el empleador, sin causa legal, pagará al trabajador una indemnización equivalente al cincuenta por ciento de la remuneración total, por todo el tiempo que faltare para la terminación del plazo pactado.

Igualmente, cuando lo hiciere el trabajador, abonará al empleador, como indemnización, el veinticinco por ciento de la remuneración computada en igual forma."[61]

Mediante esta forma el empleador puede dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, pero para que tenga validez debe presentar esta solicitud por escrito ante el Inspector del Trabajo, y depositar el monto de la indemnización y si no compareciere se reintegrará al trabajador a su puesto de trabajo conforme la parte final del Art. 188.

Pero la mayoría de casos de despidos son realizados sin la comparecencia ante el Inspector del Trabajo, y pese a ello tienen derecho a la indemnización del 50% de la última remuneración solo si se trata de contrato a plazo fijo, pero en el despido intempestivo no hay la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo, lo cual solucionaría de raíz el mal de los despidos intempestivos en el Ecuador.

---

[61] Ob. Cit., **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS Y JURISPRUDENCIA**, Pág. 48.

También el Art. 192 establece el despido intempestivo por cambio de ocupación: "*Si por orden del empleador un trabajador fuere cambiado de ocupación actual sin su consentimiento, se tendrá esta orden como despido intempestivo, aun cuando el cambio no implique mengua de remuneración o categoría, siempre que lo reclamare el trabajador dentro de los sesenta días siguientes a la orden del empleador.*

Los obreros que presten servicios en los cuerpos de bomberos de la República, están obligados a laborar en cualquiera de sus dependencias, de acuerdo con sus profesiones específicas."[62]

El cambio de ocupación debe ser reclamado en el plazo de sesenta días, pero considero que se debería incrementar el plazo para reclamar por parte del trabajador, en cuanto al monto de indemnización.

4.3.3 Derecho Comparado.

Tratando de observar en lo que respecta a legislaciones fuera de nuestro entorno, vemos en todas ellas una evolución hacia la garantía de la estabilidad y el trabajo, la regla común fue el libre despido por parte del empleador, sin más requisito que el "preaviso", primera forma de protección frente al despido, o sea, la institución del desahucio que tuvimos entre nosotros desde la promulgación del Código del Trabajo de 1938, y que fue limitada, aunque temporalmente, por los sucesivos decretos legislativos que fijaron salarios mínimos y prohibieron el desahucio durante su vigencia hasta su supresión en 1991.

---

[62] Ob. Cit., **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS Y JURISPRUDENCIA**, Pág. 51.

En Alemania la Ley de Protección frente al Despido, parte del principio de que si aquél se produce en forma justificada, permanece la relación de trabajo se mantienen los plazos de desahucio, pero la terminación sólo tiene efecto si se fundamenta en razones objetivas. No existe requisito de forma para el despido. En determinados casos operan despidos sin preaviso por razones de especial importancia, de acuerdo al Código Civil, casos precisados por la jurisprudencia. En Francia, el principio que domina, paradójicamente nos dice Rivero y Savatier, es de la terminación unilateral del contrato. Las instituciones protectoras de la permanencia en el empleo son la simple suspensión del contrato en determinados casos; la obligación del desahucio, generando la inobservancia del plazo por parte del empleador.

En Italia, la existencia del desahucio por cualquiera de las partes, poniéndolas en una igualdad que no existe, dio lugar a una interpretación evolutiva de la ley. A partir de la ley de 1966 se conoce la figura de la terminación injustificada del contrato de trabajo y a partir de 1970 la del despido ilegítimo con especiales sanciones, permaneciendo tres regímenes en la materia: el despido libre, conforme al Código Civil; aquél que comporta indemnización y la terminación sin justo motivo y sin justa causa. La terminación por voluntad de una de las partes requiere preaviso o desahucio.[63]

El Derecho Español va más allá, defiende el carácter casual del despido, o rechazo despido libre, lo que debe entenderse a la luz de los principios de legalidad y tipicidad.

[63] GIUSEPPE Pera, **DIRITIO DEL LAVORO**, Tercera Edición, Padova, CEDAM, Italia, 1998.

Distingue el despido improcedente del despido nulo, con efectos diversos. Distingue el despido disciplinario, con carácter de sanción; el despido por causas objetivas y el despido por causas tecnológicas o económicas que requiere autorización administrativa.

En las diversas legislaciones europeas encontramos la tensión, y la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de libertad de empresa y la defensa del puesto de trabajador. Esto se muestra claramente en el despido por razones técnicas y económicas, cierre de empresas o de secciones de una empresa. En las legislaciones antes mencionadas existe también la acción de reintegro al trabajo, en caso de despido no justificado o nulo, acción sin la cual la protección del empleo deja de ser eficaz. Se regula también las indemnizaciones en los diversos casos. Se establece la diferencia entre la terminación del contrato de trabajo por voluntad del empleador o por voluntad del trabajador.

En el área andina, la Ley Venezolana de 1990, pone como principio la estabilidad del trabajador al decir en su artículo 112 que: *"los trabajadores permanentes que no sean de dirección y que tengan más de tres meses al servicio de un patrono, no podrán ser despedidos sin justa causa"*

Las causas de despido o de retiro justificado del trabajador están taxativamente determinadas en la ley. Esta prevé también el caso de despido injustificado o basado en motivos económicos o tecnológicos en el cual se requiere un preaviso por tiempo que llega hasta tres meses según la antigüedad, preaviso que debe notificarse por escrito, cuya omisión da lugar a indemnizaciones. De haber causa justificada la ley prevé

indemnización de daños y perjuicios, que obliga a la parte que hubiere dado motivo a la terminación, equiparándose en este caso al empleador y al trabajador, de manera no prevista en otras legislaciones. En los casos generales el despido no justificado da lugar a acción de reintegro al trabajo y se tramita ante el juez de Estabilidad laboral, al cual el patrono deberá también participar el despido con indicación de las causas.

El Código Sustantivo del Trabajo de Colombia enumera los casos de terminación del contrato de trabajo, entre los cuales se incluyen la suspensión de actividades por parte del patrono y la liquidación definitiva de la empresa. Termina también por decisión unilateral de las partes con justa causa. Las causas se enumeran en la ley, y deben manifestarse por la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo, por otra parte la ley colombiana establece que *"en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios"*. No hace distinción entre patrono o trabajador.

En Bolivia, se mantiene el principio de la terminación del contrato de trabajo por tiempo indefinido, mediante el preaviso, o sea, la institución que nosotros denominamos desahucio.

Cuando el trabajador fuera retirado por causa ajena a su voluntad, recibirá una indemnización por falta de preaviso y la indemnización por tiempo de servicios. La indemnización procede también en caso de liquidación de la empresa o negocio. No habrá lugar a las indemnizaciones en determinados casos en los que la relación de

trabajo concluye por culpa del trabajador, subsistiendo la indemnización por antigüedad, en el caso de inasistencia al trabajo por más de tres días continuos.

En el Perú se legisla también sobre la estabilidad en el trabajo. Para el despido de un trabajador se requiere la existencia de causa justa, y, de ser el despido injustificado, habrá lugar a reposición en el trabajo únicamente, o a esta, sustituible por indemnizaciones, según el régimen que se aplique. Indemnizaciones que van de tres a doce meses de remuneración y el pago de salarios desde la interposición de la demanda hasta la sentencia. Igualmente se indemnizará al trabajador cuando éste se retire por causa justa, lo que se denomina en la legislación peruana "actos de hostilidad", que se equiparan al despido.[64]

Como hemos visto en varios países de la región, encontramos que la terminación del contrato puede ser por causas justificadas y por causas injustificadas, tanto por parte del empleador como por parte del trabajador, teniendo por ejemplo que en Colombia, Perú, Venezuela y Ecuador, el trabajador puede dar por terminado el contrato de trabajo por causa justificada, en casos como los malos tratos, amenazas, la exigencia de prestación de servicios distintos, o el traslado a otro puesto de trabajo distinto del que fue designado previamente en el contrato sin consentimiento o como también la reducción de remuneración. Cabe mencionar que en algunas legislaciones de las que hemos tratado, cuando el trabajador es despedido en forma ilegal e injusta en su trabajo, la ley le da el alcance de que el trabajador sea reinsertado en el supuesto laboral o en su efecto

[64] Ob. Cit., ROBALINO Isabel, **MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO**, Pág.253 – 256.

que reciba las indemnizaciones correspondientes por los servicios prestados, más los beneficios que por ley le corresponden y que están legalmente reglamentados.

MATERIALES Y

MÉTODOS

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

Dentro de la presente investigación utilice los siguientes materiales:

a.- Insumos de Oficina: Dentro del material de oficina, para la redacción del informe final se empleó: papel, esferográficos, computador, memoria extraíble, etc.

b.- Fuentes de Información: Dentro de las fuentes de información empleada están libros tales como: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas; Estudio sobre el Código Civil Chileno de Luis Borja; Derecho Constitucional Ecuatoriano de Juan Larrea Holguín; Derecho del Trabajo de Julio César Trujillo; Fundamento de la Sociología Económico-Cristiana, entre otros.

Como fuentes de internet están las páginas: www.elporvenir.com, www.definicionelegal.com, entre otras.

5.2.- Métodos Utilizados.

Para el desarrollo de la presente investigación jurídica utilice los siguientes métodos:

- ***Inductivo:*** El cual me permitió establecer el nexo común de la problemática investigada, el cual es la contradicción jurídica entre las garantías constitucionales a la estabilidad laboral establecidas en el Art. 325 y 326 numeral 1 de la Carta Magna, con la actual normativa referente al despido intempestivo en el Código del Trabajo.

- ***Deductivo:*** El cual me sirvió para deducir los puntos más sobresalientes de la investigación literaria, que en forma conjunta con los resultados de la investigación de

campo me permitirá establecer las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

- *Descriptivo:* El cual me permite enfocar al lector de una manera clara y precisa los conocimientos doctrinarios, jurídicos y críticos de la presente investigación para lograr una mejor comprensión y socialización de la temática, y lo cual se ve reflejado en la investigación de campo que se presenta con los respectivos gráficos estadísticos, interpretación y cometario de la autora.

- *Analítico-Sintético:* Es el Método empleado durante la selección de la información recopilada, su estudio y redacción en el informe final de la presente tesis.

Dentro de las técnicas utilizadas para la investigación de campo se encuentran la Encuesta y Entrevista, aplicadas en un número de 30 y 5 personas respectivamente, entre los que están funcionarios judiciales, empleados públicos, abogados en libre ejercicio, docentes de Derecho y demás personas conocedoras de la problemática.

- Método Científico, el mismo que se desarrolla en las siguientes etapas:

a.- Observación: Es la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudó principalmente en lo que fue el acopio de información teórica y empírica.

b.- Análisis: Consiste en el estudio detallado e íntegro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitió desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.

c.- Síntesis: Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual se materializó en las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

RESULTADOS

6.- RESULTADOS.

6.1.- Resultados de la Encuesta.

La encuesta fue aplicada en un número de 30 a una población compuesta por Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios, obteniendo los siguientes resultados:

1.- ¿Conoce Usted en qué consiste la figura del Despido Intempestivo?

CUADRO NRO. 1		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**30**	**100%**
No	**0**	**0%**
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios.
Investigadora: Silvana Elizabeth Silva Cuenca.

INTERPRETACIÓN: La totalidad de personas encuestadas que son 30 y representan el 100%, contestaron que si conocen lo que es el despido intempestivo, manifestando que es:

- Una terminación unilateral de contrato laboral.

- Que es una forma ilegal de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador.

- Que al ser ilegal trae como consecuencia la obligación del empleador de indemnizar al trabajador de conformidad con el Código del Trabajo Ecuatoriano.

COMENTARIO: La totalidad de encuestados conocen lo que es la figura del despido intempestivo, determinando que es una forma ilegal de terminar la relación laboral y que por vulnerar los derechos del trabajador a la estabilidad laboral se ha regulado una indemnización.

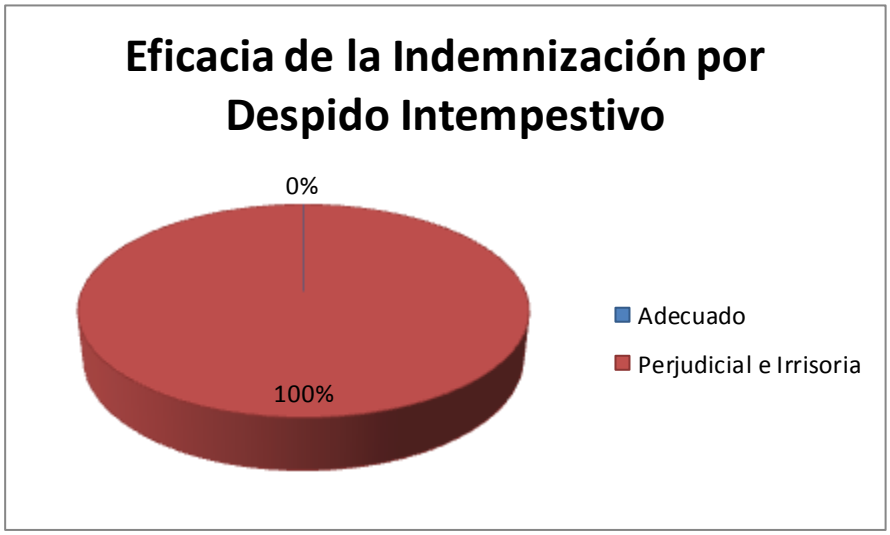
Debido a que la población encuestada la conforman profesionales del Derecho, todos ellos conocen lo que es la figura del despido intempestivo, el cual consiste en un acto del empleador que sin ninguna causa legal y debidamente justificada expulsa al trabajador de su lugar de labor.

El despido intempestivo es una forma inconstitucional de terminación del contrato, pues como bien indican los encuestados, consiste en una forma unilateral y arbitraria de terminación del contrato de trabajo, que pese a la indemnización que establece el Código del Trabajo en su Art. 188 que es de tres remuneraciones si el trabajador ha prestado sus servicios lícitos y personales durante el lapso de hasta tres años, y superado los tres años

corresponde como monto de indemnización una remuneración mensual por cada año de servicio, que en ningún caso excederá de veinticinco.

2.- ¿Cree Usted que el monto de indemnización por despido intempestivo previsto en el Art. 188 del Código del Trabajo realmente compensa la pérdida del empleo al trabajador o es una cantidad irrisoria y atentatoria a los derechos laborales?

CUADRO NRO. 2		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Adecuado	**0**	**0%**
Perjudicial e irrisoria	**30**	**100%**
TOTAL	**30**	**100%**
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios. **Investigadora:** Silvana Elizabeth Silva Cuenca.		



INTERPRETACIÓN: El total de la población encuestada que son 30 personas y representan el 100%, contestaron que el monto de indemnización por despido intempestivo previsto en el Art. 188 del Código del Trabajo es perjudicial e irrisoria, pues al ser despedido el trabajador realmente no se cuantifica correctamente el perjuicio que es quedar en la desocupación, así como el impacto en la familia del trabajador cuando esta es numerosa y pobre.

COMENTARIO: La opinión de la totalidad de encuestados concuerda con el criterio de la investigadora, pues la indemnización por despido intempestivo prevista en el Art. 188 del Código del Trabajo, la cual es de tres remuneraciones básicas unificadas si el trabajador ha trabajado hasta tres años de servicio, lo cual es una suma ínfima, perjudicial y un atentado a los derechos constitucionales de los trabajadores, especialmente a la estabilidad laboral.

Tal como determina el Código del Trabajo el despido intempestivo es una figura legal que determina un acto injustificado del empleador en perjuicio del trabajador, el cual ha sido regulado con un monto de indemnización que no compensa la pérdida de la plaza de trabajo y su impacto en la economía del trabajador y la de su familia.

Es tan insignificante el monto indemnizatorio que si se efectúa un cálculo con la remuneración básica para el trabajador en general para el año 2011, que está por los $ 264 dólares americanos, la indemnización hasta por tres años de servicio sería la cantidad de $792 dólares, que para un trabajador que queda en la desocupación, no le

alcanzan para cubrir los gastos de alimentación, vestimenta, vivienda, salud, educación y transporte que son básicos para garantizar una decorosa subsistencia familiar.

Inclusive la figura del despido intempestivo como tal es una figura legal que atenta la estabilidad laboral, por lo cual se debería derogarla y establecer que únicamente se termine la relación laboral por medios legales, tales como el Desahucio y el Visto Bueno, ya que muchos empleadores prefieren pagar la indemnización por despido intempestivo y seguir vulnerando los derechos constitucionales de los trabajadores, debido principalmente a la insignificancia de la indemnización.

3.- ¿Considera Usted que la aplicación del Despido Intempestivo en la forma prevista en el Código Laboral atenta contra los Derechos del Trabajador previstos en la Constitución?

CUADRO NRO. 3		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**29**	**96,67%**
No	**1**	**3,33%**
TOTAL	**30**	**100%**
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios. **Investigadora:** Silvana Elizabeth Silva Cuenca.		

INTERPRETACIÓN: De 30 encuestados 29 que representan el 96,67% respondieron que si vulnera los derechos de los trabajadores la aplicación del despido intempestivo de acuerdo a la normativa actual del Código del Trabajo, principalmente por la insuficiencia de la indemnización por despido intempestivo y por el abuso de los empleadores.

Solo 1 persona que representa el 3,33% contestó que la aplicación de las normas del Código del Trabajo no vulnera los derechos de los trabajadores, pues una de los principios del trabajo, es la libertad de contratación, y por ende sí tiene fundamento válido la terminación unilateral del contrato, siempre y cuando se pague la indemnización prevista en la ley.

COMENTARIO: La mayoría de encuestados concuerdan con mi opinión de investigadora, de que la actual regulación jurídica del Código del Trabajo no es la más

adecuada, pues no garantiza los derechos del trabajador, en especial la estabilidad laboral.

La figura de despido intempestivo se caracteriza por carecer de justa causa del empleador para terminar la relación laboral, y pese a que existe la indemnización la relación laboral termina inconstitucionalmente, es por ello que se debería derogar esta figura laboral, pues a pesar de la sanción indemnizatoria, se ha legalizado una forma arbitraria e inconstitucional de terminación del contrato de trabajo, que violenta la estabilidad laboral, y debería establecerse que solo termine el contrato de trabajo mediante visto bueno y desahucio, efectivizando estas formas legales para llenar la ausencia de la figura de despido intempestivo, debido a que siempre se va a producir en forma fáctica que el empleador expulse al trabajador de su empleo o que lo hostigue para que abandone el trabajo.

4.- ¿Considera Usted que el alto índice de despidos intempestivos en el Ecuador afecta la economía y armonía familiar de los trabajadores despedidos, generando pobreza y desempleo?

CUADRO NRO. 4		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**30**	**100%**
No	**0**	**0%**
TOTAL	**30**	**100%**
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios. **Investigadora:** Silvana Elizabeth Silva Cuenca.		

INTERPRETACIÓN: La totalidad de encuestados concuerdan en que el alto índice de despidos intempestivos, genera afectación económica al trabajador y su familia, debido principalmente al alto costo de la vida en el país, así como la escases de fuentes de trabajo.

COMENTARIO: Los encuestados concuerdan con mi criterio, de que el despido intempestivo como vulneración a la estabilidad laboral trae como consecuencias efectos negativos en el ámbito familiar, debido a que la pérdida de la fuente de ingreso de un miembro de la familia, afecta a toda esta célula social, ya que no pueden acceder a la canasta básica familiar, y por ende genera efectos de desnutrición, enfermedades, entre otros.

Y pese a que la actual Constitución de la República del Ecuador establece que es deber del Estado eliminar el desempleo, en la realidad no se puede eliminarlo completamente, y las medidas públicas que se adopten progresaran en forma paulatina y sus efectos frente al desempleo se verán a un largo plazo.

La realidad económica y social del país no permite el acceso inmediato a una plaza de trabajo, debido a muchas deficiencias legales de la normativa laboral, pues existe abuso por parte de la empresa privada que exige requisitos de edad para ofrecer una plaza de empleo, tanto es así que se ha vuelto conocido en nuestro medio social que las empresas privadas exigen hasta una máximo de 30 años para ofrecer empleo, lo cual es un acto de discriminación laboral por edad, de la misma forma se exige preparación o experiencia en cada rama de actividad a realizar.

Con las razones expuestas, pretendo determinar que la situación de quedar en la desocupación luego de ser despedido intempestivamente, no es un problema tan fácil de solucionar, y que requiere primeramente de medidas legales implementadas mediante reformas jurídicas a la legislación laboral con el objeto de garantizar los derechos

constitucionales del trabajador, y en un segundo lugar en políticas públicas como la creación de plazas de trabajo y fomentar la inversión extranjera.

5.- ¿Cree Usted que además de la indemnización prevista en el Art. 188 del Código del Trabajo, con el objeto de garantizar los derechos del trabajador y reducir el índice de despidos intempestivos, se debería establecer la reintegración obligatoria del trabajador a su puesto de trabajo?

CUADRO NRO. 5		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**29**	**96,67%**
No	**1**	**3,33%**
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios.
Investigadora: Silvana Elizabeth Silva Cuenca.

INTERPRETACIÓN: De 30 encuestados 29 que representan el 96,67%, respondieron que si se debería establecer la reintegración del trabajador despedido intempestivamente a su plaza de trabajo, con el objeto de garantizar los derechos del trabajador y reducir el índice de despidos intempestivos.

Solo 1 encuestado respondió que no era necesario establecer la reintegración del trabajador despedido intempestivamente, pues el Art. 188 del Código del Trabajo contempla ya este caso.

COMENTARIO: La mayoría de encuestados concuerdan con mi criterio de establecer la reintegración obligatoria del trabajador despedido intempestivamente, pues si bien es cierto como manifiesta uno de los encuestados, la reintegración está establecida cuando el empleador solicita dar terminado el contrato unilateralmente, mediante escrito y ante la autoridad competente que es el Inspector del Trabajo, pero la mayoría por no decir la totalidad de despidos son intempestivos, es decir, sin causa legal y sin acudir a la autoridad competente, y no existe la reintegración, con lo cual se causa mayor desocupación y pobreza en el país.

Este caso de presentación de despido ante el Inspector de Trabajo se basa en la disposición del Art. 181 del Código del Trabajo, que establece la facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo antes del plazo convenido, ya sea por voluntad del empleador y por voluntad del trabajador, con los respectivos montos indemnizatorios del 50% y 25% de la remuneración por todo el tiempo que falte para terminar el plazo de vigencia del contrato de trabajo.

Esta forma también se aplica cuando el contrato de trabajo se ha estipulado por plazo indefinido, o cuando el contrato a plazo fijo de 2 años se ha convertido en contrato a plazo indefinido por no haber realizado el correspondiente Desahucio.

En una propuesta de reforma que elimine el despido intempestivo necesariamente debe dar mayor amplitud al Desahucio que es solo para los contratos a plazo fijo, y hacerlo valido para los contratos a plazo indefinido pero determinando un periodo de garantía al trabajador para que encuentre una nueva plaza de trabajo.

6.- ¿Considera necesaria una propuesta de reforma jurídica al Código del Trabajo que tutele los derechos constitucionales de los trabajadores, especialmente la estabilidad laboral?

CUADRO NRO. 6		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**30**	**100%**
No	**0**	**0%**
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios.
Investigadora: Silvana Elizabeth Silva Cuenca.

INTERPRETACIÓN: La totalidad de encuestados consideran necesaria una reforma al Código del Trabajo que tutele los derechos de los trabajadores de un exagerado abuso del despido intempestivo por parte de los empleadores, aunque uno de los encuestado si bien concuerda con la reforma manifiesta que solo se debe incrementar el monto de la indemnización, mas no la reintegración obligatoria por considerar que ya está legislado el caso.

COMENTARIO: La totalidad de encuestados consideran que si se debe reformar la normativa del Código del Trabajo, en cuanto a la regulación del Despido Intempestivo y con la finalidad de garantizar los derechos del trabajador, en especial, la estabilidad laboral.

Como se puede denotar el despido intempestivo es una legalización de la terminación del contrato de trabajo en forma arbitraria y sin justa causa, por ello es necesario derogar

el Art. 188 del Código del Trabajo, lo cual conlleva a la derogación del Despido Intempestivo por Cambio de Ocupación previsto en el Art. 192 del mismo cuerpo de leyes.

Además se debe efectivizar la figura del Visto Bueno a solicitud del trabajador, porque es innegable que pese a que se derogue la figura del despido intempestivo, pues los empleadores de hecho efectuaran acciones tendientes a que el trabajador abandone el lugar de trabajo, lo cual debe ser sancionado pecuniariamente y ser causal de visto bueno, por el motivo de que si existe hostilidades en la relación laboral, ya no es adecuado que continúe, en tal caso debe terminarse por visto bueno, pero debe garantizarse una indemnización superior a la que establece actualmente el Código del Trabajo para el Despido Intempestivo.

Así mismo el despido escrito que utilizan los empleadores para terminar unilateralmente el contrato de trabajo debe desaparecer, pero para que no ocasione un vacío en la legislación debe establecerse el Desahucio para la terminación de los contratos a plazo indefinido.

6.2.- Resultados de la Entrevista.

La entrevista fue aplicada en un número de 5 personas, entre las que están: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios, quienes respondieron de conformidad al siguiente interrogatorio:

1.- En su opinión como determina los efectos socio-jurídicos de la figura legal del Despido Intempestivo con respecto de los derechos del trabajador establecidos en el

Art. 326 de la Constitución de la República del Ecuador, especialmente la estabilidad laboral.

La totalidad de 5 entrevistados manifestaron que los efectos que produce el despido intempestivo son esencialmente de carácter económico y social, pues repercute en desempleo y pobreza, y atenta contra la estabilidad laboral proclamada por la Norma Suprema de la República.

Así mismo que se debería crear mecanismos que prevengan el despido intempestivo.

COMENTARIO: Los entrevistados aportan un valioso criterio acerca de los efectos que conlleva el alto índice de despidos intempestivos, en la economía de los ecuatorianos, pues la pérdida del empleo significa obviamente la decadencia de las condiciones de vida de la familia del trabajador.

Todo ello por la vulneración del derecho a la estabilidad laboral de la propia figura de despido intempestivo, pues sus efectos son terminar la relación laboral lo cual es inconstitucional.

El mecanismo más idóneo para erradicar los despidos intempestivos, es eliminarla como figura legal y establecer como medios apropiados el Desahucio y el Visto Bueno, pero efectivizándolos con el objeto de evitar en lo posible el incumplimiento por parte de los empleadores, y en el caso de que concurrir en tal falta que se aplique una sanción severa.

2.- Mencione su criterio acerca de la indemnización por despido intempestivo establecida en el Art. 188 del Código del Trabajo, en cuanto a la vulneración de la estabilidad laboral del trabajador despedido.

Los 5 entrevistados manifiestan que la indemnización por despido intempestivo establecida en el Art. 188 del Código del Trabajo, no compensa al trabajador despedido la pérdida del puesto de trabajo ni asegura una estabilidad económica hasta que se encuentre un nuevo empleo, ya que la situación que atraviesa el Ecuador es muy grave, en lo que respecta a desempleo.

COMENTARIO: Los entrevistados concuerdan con mi opinión que el monto indemnizatorio por despido intempestivo es ínfimo y no cuantifica realmente el perjuicio económico al trabajador despedido y a su familia.

Existe una clara contradicción entre el principio de estabilidad laboral que proclama la Constitución de la República del Ecuador, con el despido intempestivo que es una forma ilegal de la terminación del contrato de trabajo, y que el Código del Trabajo pese a la indemnización prevista para este caso, le da la categoría de forma de terminación de la relación laboral, por lo cual la derogación de esta figura es una imperiosa necesidad.

3.- Indique de qué manera se podría reducir el alto índice de despidos intempestivos en el Ecuador.

Tres de los entrevistados manifestaron que la medida más efectiva para reducir el alto índice de despidos intempestivos, sería crear severas sanciones o multas, que mitiguen el incremento del mal del despido intempestivo.

Dos entrevistados expresan que se debería incrementar las garantías de los derechos del trabajador, especialmente con la supervisión de las instituciones del Ministerio de Relaciones Laborales.

COMENTARIO: Los entrevistados ofrecen dos maneras de reducir el índice de despidos intempestivos, una es una sanción administrativa, y la otra la supervisión de las autoridades de trabajo, considero que son muy factibles estas ideas y las tendré en cuenta al momento de realizar la propuesta de reforma jurídica.

Pero el eje central de la reforma sería la eliminación del despido intempestivo como figura laboral.

4.- Si por disposición del Art. 635 del Código del Trabajo las acciones del trabajador prescriben en tres años ¿Considera Usted correcto que en el caso de despido intempestivo por cambio de ocupación previsto en el Art. 192 del Código del Trabajo, la acción de reclamo del trabajador prescriba en sesenta días?

Cuatro de los entrevistados mencionan que no es correcto que el reclamo del trabajador despedido por cambio de ocupación prescriba en sesenta días pues atenta contra el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Un entrevistado manifestó que es necesaria una reforma al Código del Trabajo, pues tiene disposiciones que datan de1938.

COMENTARIO: La mayoría de entrevistados concuerdan con mi opinión de que debería dejarse subsistir la acción por despido intempestivo por cambio de ocupación, en

cuanto al monto de la indemnización, ya que por el transcurso del tiempo se entiende que ha aceptado el cambio, pero una modificación de esta clase en la relación laboral afecta los derechos de los trabajadores a la libertad de escoger la actividad que a bien tenga.

Y como ya he manifestado anteriormente el despido intempestivo debe ser derogado como figura laboral, pero es necesario prohibir y sancionar mediante Visto Bueno todo acto del cual se valga el empleador para lograr que el trabajador abandone su lugar de labor.

5.- Además de la figura de despido intempestivo por cambio de ocupación, ¿Cree Usted necesario que se debería establecer en la ley como despido intempestivo todo forma indirecta de la cual se valga el empleador para despedir al trabajador, tal como no suministrar el material necesario para la ejecución de la labor o todo acto que embarace el normal desempeño del trabajo?

Los cinco entrevistados manifiestan que si se debe establecer los casos de despido indirecto, del cual se valen algunos empleadores para conseguir que el trabajador abandone su lugar de trabajo.

COMENTARIO: En esta pregunta obtuve una respuesta completamente favorable, respecto de la necesidad de establecer en el Código del Trabajo Ecuatoriano, las forma indirectas de despido intempestivo.

Pero serían incluidas como causales de Visto Bueno, con el objeto de proteger al trabajador de todo acto arbitrario y sin justa causa de la cual se valgan los empleadores para expulsar al trabajador o lograr su deserción en el trabajo.

6.- En una propuesta de reforma jurídica al Código del Trabajo tendiente a efectivizar la regulación jurídica del Despido Intempestivo, con el objeto de reducir el índice de despidos y garantizar la estabilidad laboral, ¿Qué aspectos deberían tenerse en cuenta?

Los cinco entrevistados manifiestan que para realizar una reforma al Código del Trabajo tendiente a efectivizar la regulación del Despido Intempestivo y garantizar la estabilidad laboral se debe tener en cuenta aspectos como:

- Hacer más severas las sanciones.

- Incrementar la indemnización.

- Establecer mecanismos de supervisión del Ministerio de Relaciones Laborales.

- Difusión de los derechos y obligaciones de los trabajadores.

- Que se delimiten claramente las causales de despido intempestivo.

- Que se limite el plazo para el pago del empleador, así como la suscripción de la respectiva acta de finiquito.

COMENTARIO: Las ideas aportadas son muy valiosas para efectuar una correcta reforma a la figura del despido intempestivo en el Código del Trabajo, con el objetivo de

reducir la terminación ilegal de la relación laboral y garantizar la estabilidad laboral del trabajador.

Principalmente son de gran aporte las sanciones indemnizatorias y multas, que para una mayor efectividad deberían ser cobradas en la vía coactiva que tienen las dependencias del Ministerio de Relaciones Laborales.

DISCUSIÓN

7.- DISCUSIÓN.

7.1.- Verificación de Objetivos.

En el proyecto de tesis he planteado los siguientes objetivos, los mismos que han sido cumplidos exitosamente, lo cual detallo de la siguiente manera:

Objetivo General

Realizar un estudio analítico y jurídico de la legislación ecuatoriana, legislación comparada, respecto con el Derecho Laboral y de manera preferente con el Despido Intempestivo.

El presente objetivo fue cumplido con el desarrollo de la REVISIÓN DE LITERATURA, concretamente en los puntos: 4.2.3.8 Terminación del Contrato de Trabajo, el cual se subdivide en temas como terminación legal, ilegal, y lo referente a clases, procedimiento e indemnización por Despido Intempestivo. Así mismo en el punto 4.3 Marco Jurídico, en el cual se analizó a profundidad las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, Código del Trabajo y un análisis de Derecho Comparado.

Objetivos Específicos:

- Determinar que en el Código Laboral Ecuatoriano con indemnizaciones hasta irrisorias se puede despedir un trabajador atentando así a la estabilidad laboral.

Este objetivo específico se verifica con los resultados obtenidos en la segunda pregunta de la encuesta, en la cual la totalidad de 30 encuestados (100%) respondieron que la

indemnización por despido intempestivo es perjudicial e irrisoria, no compensa la pérdida de la plaza de trabajo, y ahonda la crisis económica de las familias ecuatorianas.

Así mismo sirvieron para verificar este objetivo la primera pregunta de la entrevista, en la cual el total de 5 entrevistados manifestaron que los efectos que produce el despido intempestivo son esencialmente de carácter económico y social, pues repercute en desempleo y pobreza, y atenta contra la estabilidad laboral proclamada por la Norma Suprema de la República y que se debería crear mecanismos que prevengan el despido intempestivo

- Presentar un proyecto de reformas que tutele la estabilidad laboral en relación con la Constitución.

El presente objetivo fue cumplido satisfactoriamente en el punto 9. Propuesta de Reforma Jurídica, en la que he realizado una reforma legal integral a las disposiciones del Código del Trabajo, con el respaldo de los criterios vertidos en las preguntas 5 y 6 de la encuesta en la que se obtuvo una respuesta favorable de la necesidad de establecer la reintegración obligatoria del trabajador despedido intempestivamente, con la finalidad de erradicar de raíz el mal social del despido intempestivo y garantizar la estabilidad laboral.

Así mismo de las preguntas 4, 5 y 6 de la entrevista se obtuvo un gran aporte para la propuesta de reforma, ya que la mayoría de entrevistados consideran que si se debe establecer con claridad y precisión los casos que constituyen despido intempestivo, así

como algunas medidas que solucionarían el problema, tales como vigilancia de las instituciones del Ministerio de Relaciones Laborales.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

La aplicación del Despido Intempestivo en la forma prevista en el Código Laboral atenta contra los Derechos del Trabajador previstos en la Constitución.

La hipótesis planteada resultó ser verdadera, lo cual se contrastó con la respuesta de la mayoría de encuestados 96,67% que lo constituyen 29 encuestados de 30, estableciendo que la actual regulación jurídica del Código del Trabajo no garantiza la estabilidad laboral proclamada por la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 326 numeral 1, ya que en la normativa se permite que se efectúe el despido intempestivo con mucha libertad para los empleadores, debido principalmente a la ínfima suma que deben pagar al trabajador por concepto de indemnización.

7.3.- Fundamento Técnico-Jurídico de la Propuesta de Reforma Jurídica.

En el Ecuador desde la aprobación de nuestra actual Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, se establecen importantes garantías para los derechos de los trabajadores especialmente en su Art. 33, el cual establece la relevancia económica y social del derecho al trabajo, en un marco de dignidad, libertad e igualdad para los trabajadores, debido a que el trabajo es fuente de realización económica y social, por su carácter inclusivo del individuo en la sociedad como un ente productivo.

Así mismo la propuesta de reforma se fundamenta en las siguientes disposiciones de la Carta Magna: Art. 325 y 326, que establecen los principios que regirán las relaciones laborales en el Ecuador, tal como la dignidad del salario, estabilidad laboral, impulso al pleno empleo, derecho a asociarse, medidas de prevención de riesgos del trabajo y derechos de seguridad social.

Pese a las garantías normativas de la Constitución aún se vulnera los derechos de los trabajadores por el alto índice de despidos intempestivos que efectúan los empleadores, debido principalmente a las deficiencias del Código del Trabajo Ecuatoriano, ya que en primer lugar se encuentra la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato prevista en el Art. 181 del indicado cuerpo legal.

El despido intempestivo es una forma ilegal de terminación del contrato laboral, porque carece de justa causa del empleador, el mismo que únicamente puede dar por terminada la relación laboral mediante las causales determinadas en el Art. 169 del Código del Trabajo, principalmente con los mecanismos jurídicos del desahucio y visto bueno ante las Inspectorías del Trabajo.

La necesidad de reformar la normativa del Código del Trabajo, radica en la gran relevancia de este problema social, ya que deja en la desocupación a muchos trabajadores, que tienen que solventar cargas familiares.

La estabilidad laboral es una garantía constitucional, por lo cual es de imperiosa necesidad que el Código del Trabajo sea reformado, en el sentido de establecer mecanismos idóneos para erradicar de raíz el mal social del despido intempestivo, como

derogar la figura del despido intempestivo, por ser una forma inconstitucional de terminación de la relación laboral, y establecer como mecanismos idóneos únicamente el Desahucio y el Visto Bueno.

La principal garantía a los derechos de los trabajadores que implementará la propuesta de reforma es además de la derogación de la figura del despido intempestivo, ampliar la efectividad del Desahucio a los contratos a plazo indefinido y crear una nueva causal de Visto Bueno que proteja al trabajador de todo acto de hostigamiento por parte del empleador con el objeto de conseguir que el trabajador abandone el lugar de trabajo, la cual debe incluir un monto indemnizatorio eficaz y una sanción pecuniaria.

CONCLUSIONES

8.- CONCLUSIONES.

Al finalizar el presente trabajo de investigación jurídica, puedo concluir lo siguiente:

1.- El derecho al trabajo es una de las principales prerrogativas de carácter económico y social que reconoce nuestro ordenamiento jurídico a las personas, constituyendo la principal fuente de desarrollo productivo, social y cultural del Ecuador.

2.- El despido intempestivo es una forma inconstitucional de terminación del contrato de trabajo porque vulnera el principio de estabilidad laboral previsto en el Art. 326 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

3.- La indemnización por despido intempestivo establecida en el Art. 188 del Código del Trabajo es insuficiente e irrisoria, y no compensa la pérdida del empleo al trabajador despedido.

4.- La normativa vigente del Código del Trabajo contradice a las disposiciones constitucionales que amparan el derecho al trabajo, principalmente por existir la facultad de dar por terminada la relación laboral unilateralmente y con un monto de indemnización ínfimo e irrisorio.

5.- No existe un mecanismo legal en el Código del Trabajo que realmente erradique y prevenga en lo posible los despidos intempestivos.

6.- No se han delimitado concretamente los casos de despido intempestivo indirecto, en los cuales puede incurrir los empleadores con el objeto de lograr que el trabajador deje el lugar de trabajo, y así poder alegar abandono injustificado.

7.- Las resoluciones de la Inspectoría del Trabajo carecen de fuerza obligatoria, ya que el mismo Código del Trabajo les da el carácter de meros informes, por lo cual los trabajadores despedidos intempestivamente debe recurrir a la instancia judicial para hacer valer sus derechos.

RECOMENDACIONES

8.1- RECOMENDACIONES.

Como alternativas de solución al problema jurídico y social del despido intempestivo y la vulneración de los derechos constitucionales del trabajador, puedo recomendar:

1.- Que mediante la expedición de leyes la Asamblea Nacional, establezca obligaciones a los empleadores y empresas privadas para que ofrezcan una mayor cantidad de plazas de trabajo.

2.- Que es necesario eliminar la figura de despido intempestivo del ordenamiento laboral ecuatoriano, debido a que es una institución inconstitucional que pese a estar prevista en el Código del Trabajo, vulnera el principio de estabilidad laboral.

3.- Que se debe incrementar los montos indemnizatorios por el incumplimiento o vulneración de derechos del trabajador, especialmente la indemnización por despido intempestivo, que no compensa la pérdida de la plaza de empleo al trabajador.

4.- Que se deben derogar todas las disposiciones jurídicas del Código del Trabajo que atenten contra los derechos laborales y garantías constitucionales reconocidas al trabajador.

5.- Que se establezcan mecanismos como la reintegración del trabajador a su plaza de empleo en todo caso de despido intempestivo, hasta que se reforme efectivamente el Código del Trabajo, eliminando la figura del despido intempestivo y efectivizando las formas legales de terminación del contrato como lo son el visto bueno y el desahucio.

6.- Que todo acto indirecto, que constituya una forma de despedir intempestivamente al trabajador o de hostigarlo para que abandone el lugar de trabajo, debe ser duramente sancionado por las Inspectorías del Trabajo.

7.- Que se reforme el Código del Trabajo estableciéndose una fuerza obligatoria y ejecutiva de las resoluciones del Inspector del Trabajo, para que asuntos de una cuantía menor se resuelvan administrativamente, sin tener que recurrir a instancia judicial.

PROPUESTA DE

REFORMA JURÍDICA

9.- PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

H. ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

El pleno

Considerando:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 33 establece que el trabajo es un derecho y un deber social y un derecho económico fuente de realización personal y base de la economía nacional, y en su Art. 326 numeral 1 establece el impulso al pleno empleo y eliminación del subempleo y del desempleo, conocido doctrinariamente como principio de estabilidad laboral.

Que, la actual normativa del Código del Trabajo reconoce como figura legal de terminación de la relación laboral al despido intempestivo, este cuerpo legal solo establece una indemnización irrisoria e insignificante prevista en su Art. 188, en relación con el hecho del despido.

Que, la relación laboral por el despido intempestivo en la forma prevista, termina dejando en la desocupación al trabajador viéndose afectado no solo en el aspecto económico sino psicológico tanto personal como familiar.

Que, a efecto de que exista armonía entre la legislación laboral y la Constitución, es necesario derogar la figura jurídica del despido intempestivo, por ser contradictoria a los principios y derechos laborales previstos en la Constitución de la República, y establecer como únicas formas de terminación de la relación laboral al Visto Bueno y al Desahucio.

Que, por la derogación del despido intempestivo es necesario dar mayor amplitud a la figura del Desahucio para que sea utilizada en los contratos a plazo indefinido, y de

igual manera establecer como causal de Visto Bueno todo acto de que se valga el trabajador para lograr que el trabajador abandone el trabajo.

Por las consideraciones expuestas y en uso de la facultad concedida a la Asamblea Nacional por el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE TRABAJO

Art. 1.- Elimínese del Capítulo X el texto: "Y DEL DESPIDO".

Art. 2.- Elimínese los Arts. 188, 189 y 192 del Código del Trabajo que tienen relación con el despido intempestivo.

Art. 3.- A continuación del inciso segundo del Art. 184 agréguese el siguiente inciso:

"En los contratos a plazo indefinido el empleador podrá solicitar el desahucio en cualquier tiempo, con lo cual se notificará al trabajador concediéndole el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de la notificación para que busque otro empleo. Durante este plazo el trabajador continuará laborando normalmente y se le cancelará la correspondiente remuneración y demás beneficios que le correspondan legalmente."

Art. 4.- Sustitúyase el Art. 185 del Código de Trabajo por el siguiente:

"Art. 185.- Bonificaciones por Desahucio.- En los casos de terminación de la relación laboral por desahucio solicitado por el empleador o por el trabajador, el empleador bonificará al trabajador con el cien por ciento del equivalente a la última remuneración

mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador.

Mientras transcurra el plazo de treinta días en ele caso de la notificación de terminación del contrato de l que se habla en el artículo anterior pedido por el empleador, y de quince días en el caso del desahucio solicitado por trabajador, el inspector de trabajo procederá a liquidar el valor que representan las bonificaciones y la notificación del empleador no tendrá efecto alguno si al término del plazo no consignaré el valor de la liquidación que se hubiere realizado.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al desahucio en los contratos a plazo indefinido únicamente para efectos de liquidación y consignación de la bonificación.

Lo dicho no obsta el derecho a percibir las indemnizaciones que por otras disposiciones correspondan al trabajador".

Art. 5.- Al Art. 173 del Código del Trabajo agréguese lo siguiente:

"4. Por incurrir el empleador en actos de hostigamiento, con el objeto de que el trabajador abandone su lugar de trabajo.

Si el Inspector del Trabajo resolviere el Visto Bueno solicitado por el trabajador por la causal cuarta de este artículo, el empleador indemnizará al trabajador con el valor correspondiente a diez remuneraciones básicas unificadas para el trabajador en general, y le impondrá una multa equivalente al triplo de la remuneración básica. Tanto

la indemnización al trabajador como la multa se cobrarán mediante procedimiento coactivo."

Art. 6.- La presente ley reformatoria entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en Quito, a los… días del mes de… del año… en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional.

……

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

……

SECREATARIO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

10.- BIBLIOGRAFÍA.

- ASPIAZU Joaquín S.J., **FUNDAMENTOS DE SOCIOLOGÍA ECONÓMICO – CRISTIANA**, Segunda Edición, Año de Publicación 1949, Madrid-España.
- BLANCAS BUSTAMANTE Carlos, **EL DESPIDO EN EL DERECHO LABORAL PERUANO**. ARA Editores, Lima, Perú 2005.
- Boletín Informativo Cámara Comercio de Lima, Estabilidad Laboral en el Perú.
- BORJA Luis Felipe, **ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL CHILENO**, Tomo I, Editor A. Roger y F. Chernoviz, Año de Publicación 1908, Santiago de Chile.
- CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**, Tomo III, Editorial HELIASTA, 1997, 25ª Edición, Buenos Aires – Argentina.
- CAPÓN FILAS Rodolfo, **DERECHO LABORAL**, Tomo 1, La Plata, 1979.
- **CODIFICACIÓN DE LA LEY DE SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO**, Art. 37.
- **CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.**
- **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Tomo I Serie Profesional, Actualizado a abril del 2010, Quito-Ecuador.
- **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA,**

CONCORDANCIAS, JURISPRUDENCIA, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a noviembre del 2010, Quito-Ecuador.

- **CÓDIGO PENAL**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a marzo del 2010, Quito-Ecuador.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS,** Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.
- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PERUANO**, Art. 23.
- DE LA CUEVA Mario, **DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO**, Quinta Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1960.
- DÍAZ AROCO Teófila, **DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO**
- **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, Vigésima Edición, 1984.
- Ediciones Legales, **RÉGIMEN LABORAL ECUATORIANO**.
- GIUSEPPE Pera, **DIRITIO DEL LAVORO**, Tercera Edición, Padova, CEDAM, Italia, 1998.
- GOMEZ PORCHINI José, Fuente: www.elporvenir.com
- NOA, organizadas por el Equipo Federal del Trabajo y la Asociación de Trabajadores Laboralistas en la ciudad de San Miguel de Tucumán en el año 2004.

- LARREA HOLGUÍN Juan, **DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO,** Volumen I, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Año de Publicación 1999, Quito-Ecuador.
- **MICROSOFT® ENCARTA® 2008 [DVD].** Microsoft Corporation, 2007. "Empleo."
- ROBALINO Isabel, **MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO**, Segunda Edición, Editorial Mendieta, Quito, 1998.
- TRUJILLO Julio Cesar, **DERECHO DEL TRABAJO**, Tomo I, 3ª Edición, s/editorial, Quito-Ecuador, 2008.
- Vásquez López Jorge, **DERECHO LABORAL ECUATORIANO – DERECHO INDIVIDUAL**, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2004.
- www.centralecuatorianadeorganizacionesclasistas/asesorialegal.com
- www.definicionelegal.com
- www.derechoenlaguía2000.com
- www.oit.org/public/spanish/region/ampro/centerfor/temas/gender/em_ca_eq/index.htm.
- www.wikipedia.com. La enciclopedia libre.

ANEXOS

Anexo Nro. 1

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1. TEMA:

"INCONGRUENCIA RESPECTO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÒN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL DESPIDO INTEMPESTIVO PREVISTO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO"

2. PROBLEMÁTICA:

El art. 325 de la Constitución Política del Ecuador: prevé que el Estado garantizará el Derecho al Trabajo, reconociéndole todas las modalidades en relación de dependencia y las autónomas, o sea, principalmente la estabilidad laboral, sin embargo, en el CAPÍTULO X del Código de Trabajo consta la figura del despido como una forma de terminar las relaciones laborales, para lo cual el Art. 192 del mismo cuerpo legal establece cuando se considera el despido de un trabajador, y por lo cual se lo indemnizará conforme lo prevé el Art. 188 del mismo cuerpo legal, es decir, con el aval del Código de Trabajo el empleador puede terminar las relaciones laborales hechos con los cuales la estabilidad laboral queda simplemente en un enunciado constitucional, por tanto, considero que se debe proponer reformas que armonicen la garantía de los derechos del trabajador previstos en la Constitución.

3. JUSTIFICACIÓN

El tema planteado para investigar es de carácter jurídico porque académicamente corresponde al Área del Derecho; se justifica además por cuanto, cumple con la exigencia del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico, que tiene aspectos inherentes a las materias de Derecho Social, que me permitirían realizar la tesis para optar el grado de Abogada.

El presente proyecto de Investigación, lo he tomado partiendo de un discernimiento de ideas inclinándome por tratar el tema "El Despido Intempestivo".

El despido intempestivo, mal que atañe a nuestra sociedad, se ha convertido en uno de los mayores problemas sociales que afecta a la clase obrera del país, consecuentemente al grupo familiar, llegando a divisar cifras indeterminadas de personas que se encuentran desempleadas sin derecho a reclamos, indemnizaciones, violentando así el principio del buen vivir plasmado en la Constitución Política de la República del Ecuador.

El objetivo del proyecto de investigación es presentar un proyecto de reformas que permita que el trabajador DESPEDIDO, sin consentimiento tenga derecho a una indemnización justa con equidad y unas sanciones contra el empleador, que puedan hacer disminuir de cierta manera el número de despidos que se evidencian a diario en nuestro país.

Es por esto, que la clase trabajadora se ve impedida de plantear demandas que puedan resarcirle sus derechos o por lo menos de alguna manera reivindicar el daño que por causa del despido intempestivo ocasiona.

Desde el punto de vista social, el despido intempestivo juega un papel protagónico en la armonía familiar, esto conlleva a distorsionar la relación intrafamiliar por ser el aporte indispensable en materia económica para el sostenimiento y la subsistencia en el hogar.

El presente PROYECTO es factible de realizar por cuanto dispongo del talento humano suficiente, recursos económicos, bibliografía, legislación comparada, así como también con la jurisprudencia pertinente de la Corte Nacional de Justicia, que afianzará el desarrollo del Proyecto de investigación, lo que me permitirá demostrar los objetivos planteados.

4. OBJETIVOS:

Objetivo General

- Realizar un estudio analítico y jurídico de la legislación ecuatoriana, legislación comparada, respecto con el Derecho Laboral y de manera preferente con el Despido Intempestivo.

Objetivos Específicos:

- Determinar que en el Código Laboral Ecuatoriano con indemnizaciones hasta irrisorias se puede despedir un trabajador atentando así a la estabilidad laboral.

- Presentar un proyecto de reformas que tutele la estabilidad laboral en relación con la Constitución.

5. HIPÓTESIS

La aplicación del Despido Intempestivo en la forma prevista en el Código Laboral atenta contra los Derechos del Trabajador previstos en la Constitución.

6. MARCO TEÓRICO

En nuestra legislación laboral, específicamente en el artículo 188, establece las indemnizaciones que debe el empleador en caso de que despidiere intempestivamente a un trabajador. Esto se da en violación de la ley, como podemos apreciar al tenor del mismo artículo: "el empleador que despidiera intempestivamente al trabajador será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio, según la escala que fija el Código Laboral".

Art. 192 del Código de Trabajo, determina que si por orden del empleador un trabajador fuere cambiado de ocupación actual sin su consentimiento, se tendrá esta orden como despido intempestivo, aun cuando el cambio no implique mengua de remuneración o categoría.[65]

En el Art. 33 de la Constitución de la República del Ecuador, en el Título II, Derechos, Capítulo Segundo, Sección Octava, Trabajo y Seguridad Social, instituye que “El

[65] CÓDIGO DEL TRABAJO, Art. 188 - Art.192.

Trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado."

De la misma manera la Constitución del Ecuador, en el Título VI, Régimen de Desarrollo, Capítulo Sexto, Sección Tercera, Formas de Trabajo y su retribución, en el Art. 325, establece que "El Estado garantizará el derecho al trabajo y se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas; con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos; a todas las trabajadoras y trabajadores.

En el Art. 326 numeral 1 de la Constitución también se manifiesta que: El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.[66]

Dentro del Plan Plurinacional e Intercultural para el buen Vivir, el Objetivo 6, es Garantizar el trabajo estable, justo, y digno, en su diversidad de formas; es decir Garantiza la estabilidad, protección, promoción y dignificación de las y los trabajadores, para consolidar sus derechos sociales y económicos como fundamento de nuestra sociedad.[67]

[66] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Octubre del 2008, Art. 33, Art. 325, Art. 326.
[67] PLAN PLURINACIONAL E INTERCULTURAL PARA EL BUEN VIVIR 2009-2013.

Los principios y características de nuestro derecho laboral, han dotado de garantías para el desarrollo armónico del trabajo, tratando siempre de impedir la terminación de la relación laboral en forma injustificada, por tanto el despido intempestivo viene a constituirse en una flagrante violación a los derechos que se establecen en nuestra Constitución, a los principios de estabilidad, continuidad, y por ello la ley sanciona.

La terminación súbita, violenta, sin previo aviso o al margen de las causas que legalmente ha previsto la ley, origina sanciones de tipo económico, quien en distintas épocas se han aplicado de diferente forma, en ciertos años para lograr que se cumplan determinadas prestaciones o mejoras, los gobernantes de turno fijaron estabilidades especiales y mayores indemnizaciones en caso de despido, se establecieron muchas escalas y montos, pero es a partir de la expedición de la ley 133 dictada en noviembre de 1991, por el presidente Rodrigo Borja, quien disminuyó las exageradas indemnizaciones y estableció el actual sistema de cálculo y pago, flexibilizando este conflictivo tema, de forma unilateral, sin la existencia de causal legal alguna, sorpresivamente le dice al trabajador que la relación laboral está terminada y que por tanto se vaya a la casa. También, se produce esta figura, cuando el empleador, sin conocimiento o consentimiento del trabajador, altera la modalidad o condiciones del trabajo, como el cambio de ocupación, etc. Podemos, agregar a este concepto, que se puede entender como despido intempestivo, cuando el empleador da por terminado el contrato de trabajo y separa al trabajador de su cargo, sin que para ello tenga causa legal en que apoyarse o cuando existiendo causa legal, no observa el procedimiento establecido en las mismas

leyes para despedir al trabajador, entonces podemos determinar a la luz de las leyes, que la terminación del contrato laboral, es ilegal y que se configura el despido intempestivo.

Muchas de las veces, no solamente el empleador al despedir intempestivamente o en forma ilegal al trabajador, está infringiendo la ley, sino que el trabajador puede también abandonar intempestivamente el trabajo, por lo que existe abandono intempestivo cuando el trabajador abandona el trabajo sin causa justificada, o cuando existiendo alguna causa justa, se separa del trabajo sin que antes haya obtenido el visto bueno, es decir son similares características en la terminación del contrato, con las especificas consecuencias para cada una de las partes. Nuestra legislación laboral estipula, en su artículo 192, que el cambio de ocupación, esto es, la orden o disposición del empleador para que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida o se le destine a labores diferentes a las que realiza, tendrán efecto de despido intempestivo si el trabajador lo reclama dentro de los 60 días siguientes a la expedición de la orden del cambio. Los Jueces de la Sala de lo Laboral y Social aportan lo siguiente: "que el cambio de ocupación es lo que en doctrina se llama el despido indirecto para designar a todas las situaciones en las cuales por un comportamiento del empleador, el trabajador se considera en situación de despido, creándose ambientes que imposibilitan la continuidad de la prestación de servicios." El empleador no declara la rescisión del contrato, pero al violar los derechos del trabajador está quebrantando el principio de impulsar el pleno empleo que está establecido en el Artículo 326, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

Además de lo expuesto, podemos determinar que se puede llamar con el nombre de despido intempestivo a la suspensión del trabajo, como en el caso de que el empleador dejare de proporcionar al trabajador materiales necesarios para la ejecución de la obra encomendada o disminuyere el número de ellos, siempre y cuando estos materiales o herramientas, estén debidamente estipulados en el contrato. El despido intempestivo, atenta furtivamente contra la integridad moral, social y familiar el trabajador y más que nada, contra la estabilidad, que es aquella que significa dignidad al trabajador y su familia. El cambio de ocupación, constituye una de las formas más utilizadas por los empleadores, para de forma indirecta terminar con una relación laboral y contractual. Pero al constituirse en una forma ilegal de terminar una relación laboral, es decir que no está prevista en la ley, trae consigo puntos de equilibrio como es "la indemnización", punto que más adelante detallaremos específicamente. Para una mejor comprensión de esta forma de dar por terminada una relación laboral, y más aún por el cambio de ocupación, a continuación pasamos a citar algunos recursos de Casación interpuestos en los cuales se analiza jurídicamente este hecho, que además la Corte Nacional de Justicia ya se ha pronunciado al respecto, y sin embargo en la vida laboral, se siguen dando y en la práctica jurídica no se lo ha tomado en cuenta o se lo confunde.

7. METODOLOGÍA

La presente investigación se enmarca en el ámbito jurídico dentro de la Ciencia del Derecho y parte de la interpretación racional, lógica y analítica del problema propuesto, proponiéndose la recopilación de información teórica y fáctica, en base a los objetivos e hipótesis planteados, buscando el alcance y contrastación de aquellos, para concluir con

una propuesta válida para la transformación de la problemática cuestionada. En sus aspectos principales, esta investigación se rige por el método científico.

En el proceso de elaboración del discurso teórico que corresponde a la presente investigación utilizaré los métodos inductivo, deductivo, descriptivo, analítico-sintético, y otros que sean necesarios según las diversas circunstancias que pudieran presentarse de acuerdo a los tópicos y análisis pertinentes.

En el proceso de recolección de datos haré uso de la técnica de la encuesta, que será aplicada en un número de treinta profesionales del derecho, entre ellos jueces, magistrados, abogados en libre ejercicio profesional, servidores públicos del Ministerio de Relaciones Laborales de la Provincia de Loja; así como también, se aplicará la técnica de la entrevista, en un número determinado de cinco personas. A los datos obtenidos se les dará un debido orden cronológico y servirán para contrastar la hipótesis y comprobar los objetivos.

Para la tabulación y presentación de resultados del trabajo de campo, será de singular utilidad el método analítico-sintético, y la utilización de tablas porcentuales comparativas, complementadas con la respectiva graficación estadística.

Otras técnicas de investigación que utilizaré serán: la observación, el fichaje, la consulta bibliográfica, entre otras.

En cuanto a la presentación del informe final de investigación, me regiré por las normas generales que dicta la metodología de la investigación científica para el efecto, así como

por las normas reglamentarias específicas que contempla el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo Actividades				
	Abril	**Mayo**	**Junio**	**Julio**
Selección y definición del problema objeto de estudio	X			
Elaboración del proyecto	X			
Presentación y aprobación del proyecto	X			
Recolección de la información bibliográfica	X			
Investigación de campo.		X		
Análisis de la información.		X		
Redacción del informe final, revisión y corrección.			X	
Presentación y socialización				X

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

9.1. Recursos Humanos

Director de Tesis: Por designarse.

Proponente del Proyecto: Silvana Elizabeth Silva Cuenca

Profesionales Investigados. 30 personas entre profesionales y jueces conocedores del problema.

9.2 Recursos Materiales.

- Materiales de Escritorio	$ 80.00
- Material Bibliográfico	$ 200.00
- Fotocopias	$ 30.00
- Levantamiento de textos	$ 100.00
- Transporte y movilización	$ 50.00
- Derechos arancelarios	$ 300.00
- Reproducción de tesis	$ 100.00
-Encuadernado de tesis	$ 100.00
- Varios.	$100.00
Total	$ **1060.00**

El total de los costos materiales asciende a la cantidad de MIL SESENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA ($1060.oo).

9.3 Presupuesto.

Los gastos económicos de la presente investigación se solventarán con recursos propios del exponente.

10. BIBLIOGRAFÍA

- *Cartilla de la Constitución de la República del Ecuador, 2008*
- *Código del Trabajo, Legislación Conexa, Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.*
- *Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Editorial Heliasta, 1997, 25 Edición, Buenos Aires – Argentina.*
- *Código Civil Ecuatoriano, Legislación Conexa, Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005.*
- *Codificación de la Ley de Seguro Social Obligatorio.*
- *Capón Filas Rodolfo, Derecho Laboral, Tomo 1, La Plata, 1979,*
- *Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, 1984.*
- *De la Cueva Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, quinta edición, Tomo I, editorial Porrúa, México, 1960.*
- *Ediciones Legales, Régimen Laboral Ecuatoriano, Tomo II, 2008*
- *Joaquín S.J. Fundamentos de Sociología económico – Cristiana, segunda Edición.*
- *José Manuel Gómez Porchini, El Porvenir.com*
- *Larrea Holguín Juan, Derecho Constitucional Ecuatoriano, Volumen I, Editorial Talleres Gráficos de la U.T.P.L., Loja, 1998.*

- *Plan Plurinacional e Intercultural para el Buen Vivir 2009 – 2013.*
- *Robalino Isabel, Manual del Derecho del Trabajo, segunda edición, Editorial Mendieta, Quito, 1998*
- *Trujillo Julio Cesar, Derecho del Trabajo, tercera edición, Tomo I, editorial Quality Cía. Ltda. Quito, 2008.*
- *"Empleo." Microsoft® Encarta® 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.*
- *Borja Luis Felipe, Estudios Sobre El código Civil Chileno, Tomo I, Chile.*
- *Giuseppe Pera, Diritto del Lavoro, Terza edizione, Padova, CEDAM, Italia, 1998*
- *Vásquez López Jorge, Derecho Laboral Ecuatoriano – Derecho Individual, editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2004.*

Anexo 2

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Señor(a)

En el desarrollo de mi tesis previa a obtener el grado de Abogada, intitulada: **"INCONGRUENCIA RESPECTO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÒN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL DESPIDO INTEMPESTIVO PREVISTO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO"**, de la manera más respetuosa le solicito se digne responder el siguiente cuestionario:

Postulante: Silvana Silva C.

ENCUESTA

1.- ¿Conoce Usted en qué consiste la figura del Despido Intempestivo?

Si……

No…..

Explique

2.- ¿Cree Usted que el monto de indemnización por despido intempestivo previsto en el Art. 188 del Código del Trabajo realmente compensa la pérdida del empleo al trabajador o es una cantidad irrisoria y atentatoria a los derechos laborales?

Adecuado……

Perjudicial e Irrisoria…..

¿Por qué?

3.- ¿Considera Usted que la aplicación del Despido Intempestivo en la forma prevista en el Código Laboral atenta contra los Derechos del Trabajador previstos en la Constitución?

Si……

No…..

¿Por qué?

4.- ¿Considera Usted que el alto índice de despidos intempestivos en el Ecuador afecta la economía y armonía familiar de los trabajadores despedidos, generando pobreza y desempleo?

Si…

No…

¿Por qué?

5.- ¿Cree Usted que además de la indemnización prevista en el Art. 188 del Código del Trabajo, con el objeto de garantizar los derechos del trabajador y reducir el índice de despidos intempestivos, se debería establecer la reintegración obligatoria del trabajador a su puesto de trabajo?

Si…

No…

¿Por qué?

6.- ¿Considera necesaria una propuesta de reforma jurídica al Código del Trabajo que tutele los derechos constitucionales de los trabajadores, especialmente la estabilidad laboral?

Si……

No……

¿Por qué?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Señor(a)

En el desarrollo de mi tesis previa a obtener el grado de Abogada, intitulada: **"INCONGRUENCIA RESPECTO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÒN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL DESPIDO INTEMPESTIVO PREVISTO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO"**, de la manera más respetuosa le solicito se digne responder la siguiente entrevista:

Postulante: Silvana Silva C.

ENTREVISTA

1.- En su opinión como determina los efectos socio-jurídicos de la figura legal del Despido Intempestivo con respecto de los derechos del trabajador establecidos en el Art. 326 de la Constitución de la República del Ecuador, especialmente la estabilidad laboral.

2.- Mencione su criterio acerca de la indemnización por despido intempestivo establecida en el Art. 188 del Código del Trabajo, en cuanto a la vulneración de la estabilidad laboral del trabajador despedido

3.- Indique de qué manera se podría reducir el alto índice de despidos intempestivos en el Ecuador.

4.- Si por disposición del Art. 635 del Código del Trabajo las acciones del trabajador prescriben en tres años ¿Considera Usted correcto que en el caso de despido intempestivo por cambio de ocupación previsto en el Art. 192 del Código del Trabajo, la acción de reclamo del trabajador prescriba en sesenta días?

5.- Además de la figura de despido intempestivo por cambio de ocupación, ¿Cree Usted necesario que se debería establecer en la ley como despido intempestivo todo forma indirecta de la cual se valga el empleador para despedir al trabajador, tal como no suministrar el material necesario para la ejecución de la labor o todo acto que embarace el normal desempeño del trabajo?

6.- En una propuesta de reforma jurídica al Código del Trabajo tendiente a efectivizar la regulación jurídica del Despido Intempestivo, con el objeto de reducir

el índice de despidos y garantizar la estabilidad laboral, ¿Qué aspectos deberían tenerse en cuenta?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

	Pág.
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
TABLA DE CONTENIDOS	VI
1. TÍTULO:	VIII
2. RESUMEN.	IX
2.1 RESUMEN.	IX
2.2 ABSTRACT.	XI
3. INTRODUCCIÓN	XIII
4. REVISIÓN DE LITERATURA	17
4.1 MARCO CONCEPTUAL.	17
4.1.1 Conceptualizaciones de Derecho Social.	17
4.1.1.1 El Empleo.	21
4.2 MARCO DOCTRINARIO.	27
4.2.1 Principios Peculiares del Derecho de Trabajo.	28
4.2.1.1 Irrenunciabilidad de derechos.	28
4.2.1.2 Transacción.	30
4.2.1.3. Principio de Favor o Pro-Operario.	33
4.2.1.4 Obligatoriedad del Trabajo.	36

4.2.1.5 La Libertad del Trabajo. 40

4.2.1.6 Derecho al Trabajo. 42

4.2.2 La Capacidad para contratar. 47

4.2.2.1 La Capacidad Civil. 52

4.2.2.2 La Capacidad Laboral. 52

4.2.3 La Relación Laboral. 52

4.2.3.1 Partes de la Relación Laboral. 57

4.2.3.1.1 El Trabajador. 58

4.2.3.1.2 El Empleador. 62

4.2.3.2 La prestación de un trabajo personal. 65

4.2.3.3 La Subordinación. 65

4.2.3.4 El pago del salario. 66

4.2.3.5 Objeto y Causa Lícita. 70

4.2.3.6 Tiempo. 71

4.2.3.7 Estabilidad Laboral. 71

4.2.3.8 Terminación del Contrato de Trabajo. 82

4.2.3.8.1 Formas de Terminación del Contrato Laboral. 83

4.2.3.8.1.1 Legalmente. 84

4.2.3.8.1.2 Ilegalmente. 88

4.1.2 El Despido Intempestivo – Cambio de Ocupación. 88

4.1.2.1 Indemnizaciones por Despido Intempestivo. 91

4.1.2.2 Procedimiento. 94

4.1.2.3 Efectos del Despido Intempestivo por Cambio de Ocupación. 97

4.3 MARCO JURÍDICO. 98

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador. 98

4.3.2 Código del Trabajo. 100

4.3.3 Derecho Comparado. 103

5.- MATERIALES Y MÉTODOS. 109

5.1.- Materiales. 109

5.2.- Métodos Utilizados. 109

6.- RESULTADOS. 114

6.1.- Resultados de la Encuesta. 114

6.2.- Resultados de la Entrevista. 127

7.- DISCUSIÓN. 135

7.1.- Verificación de Objetivos. 135

7.2 Contrastación de Hipótesis. 137

7.3.- Fundamento Técnico-Jurídico de la Propuesta de Reforma Jurídica. 137

8.- CONCLUSIONES. 141

8.1- RECOMENDACIONES. 144

9.- PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA. 147

10.- BIBLIOGRAFÍA. 151