UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"EL PRINCIPIO DEL JUS VARIANDI EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO"

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TITULO DE ABOGADA.

AUTORA:

Verónica del Rosario Paccha Soto

DIRECTOR:

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

C E R T I F I C O:

Que la presente tesis, cuya temática es **"EL PRINCIPIO DEL JUS VARIANDI EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO"** elaborado por la postulante **VERÓNICA DEL ROSARIO PACCHA SOTO** ha sido prolija y periódicamente revisada, por lo que autorizo su presentación ante la Autoridad Académica correspondiente.

Loja, Abril del 2015.

.....

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, Verónica del Rosario Paccha Soto, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

AUTOR: Verónica del Rosario Paccha Soto

FIRMA: .....

CÉDULA: 1103268742

FECHA: Loja, Abril del 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Verónica del Rosario Paccha Soto, declaro ser autor de la tesis titulada: **"EL PRINCIPIO DEL JUS VARIANDI EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO"** Como requisito para optar el Título de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repertorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 28 días del mes de abril del dos mil quince, firma el Autor:

Firma

Autor: Verónica del Rosario Paccha Soto
Cédula: 1103268742
Dirección: Loja, Barrio Clodoveo Jaramillo Alvarado, Calles: Iquitus y Bello Horizonte.
Correo Electrónico : vvtabares1@hotmail.com
Teléfono: 0991542262

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos Mg. Sc.

Tribunal de Grado

Dr. Felipe Neptalí Solano Mg. Sc.	Presidente
Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.	Vocal
Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc.	Vocal

AGRADECIMIENTO

Mi sincero agradecimiento a los maestros de la carrera de Derecho, por su tiempo dedicado a mi formación profesional y, en especial al Dr. Mg. Mario Enrique Sánchez Armijos Director de la presente tesis por su dirección en el presente trabajo.

La Autora

DEDICATORIA.

A mis padres Manuel Paccha González y Lolita Soto Rosillo, cuyo amor y apoyo han sido incondicionales a lo largo de mi vida.

A la vida.

Verónica

1. TÍTULO

“EL PRINCIPIO DEL JUS VARIANDI EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO”

2. RESUMEN.

El presente trabajo comprende un estudio a nuestra legislación laboral, especialmente en lo referente al contrato de trabajo y por ende se analiza la institución del jus variandi, como la facultad otorgada al empleador para modificar de modo no esencial las modalidades de prestación del trabajo, por razones funcionales a la organización empresarial y, proponer cambios en el mismo, facilitando a los sujetos de la relación laboral su interpretación y aplicación.

Vistos por mucho como un principio violatorio a los derechos del trabajador, se pretende más bien explicar su verdadero objetivo y como ayudaría dentro de la relación obrero – patronal, a desarrollar de mejor forma la producción nacional.

Además, siendo el jus variandi, un principio por el cual se flexibiliza las relaciones contractuales, considero que debe permitirse su aplicación, condicionada, eso sí, sólo a una necesidad de la empresa o patrono y solo por motivos especiales y racionalmente apreciados que deben tender a un desarrollo de la empresa y la producción sin alterar las condiciones de trabajo, y hacer frente a las nuevas necesidades que exige la nueva realidad.

Por tanto en este estudio se analiza como por acuerdo de las partes, por medio de la ley y excepcionalmente de forma unilateral el empleador pueda realizar cambios al contrato de trabajo, sin que ello de manera alguna signifique afectación o renuncia de derechos del trabajador reconocidos en la Constitución de la República, la ley y acuerdos internacionales.

2.1. ABSTRACT.

This work includes a study of our labor legislation, especially with regard to the employment contract and therefore the institution of the jus variandi analyzes , as the power granted to the employer to amend non- essential way delivery modalities of work, functional business organization reasons and propose changes to it , making it easier for subjects of employment their interpretation and application .

Viewed by many as a principle that violated the rights of workers, rather it is intended to explain its true goal and as assist in labor-management relations - employers, to better develop domestic production.

Besides being variandi jus , a principle by which contractual relations are flexible, consider that your application should be permitted , conditional , yes only a business necessity or employer and only for special reasons and rationally tend to be Appreciated to enterprise development and production without altering working conditions , and to address the new requirements demanded by the new reality.

Therefore in this study is analyzed as agreed by the parties, by the law and in exceptional cases the employer can unilaterally make changes to the employment contract, without affecting in any way mean or waiver of rights recognized worker the Constitution of the Republic, law and international agreements.

3. INTRODUCCIÓN.

Nuestra legislación laboral en los últimos años ha experimentado algunos cambios, sin embargo; habiéndose cambiado la matriz productiva como el mismo Estado lo declara, es necesario que las relaciones laborales entre las partes contratantes se flexibilicen, puesto que por el hecho del contrato el trabajador se encuentra a disposición del empleador en cuanto a desarrollar su labor de conformidad a lo establecido por las partes y la ley.

Por tanto y con el objeto analizar la situación contractual he propuesto como tema a investigarse "EL PRINCIPIO DEL JUS VARIANDI EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO", tendiente a justificar esta facultad reservada al empleador para que éste, en cualquier momento de la relación contractual, pueda variar la forma en cómo el obrero debe ejecutar su actividad, siempre como circunstancia excepcionalísima en nuestro ordenamiento positivo, y teniendo siempre en cuenta el Derecho del Trabajo, como norma reguladora de la relación laboral y protectora del trabajador.

Para ello se ha estructurado el tema en tres partes o marcos el primero de carácter conceptual, donde cito conceptos de términos utilizados en este trabajo y que considero debe conocerse su definición.

Luego tenemos el marco doctrinario, que lo componen el estudio del sector productivo, el equilibrio social, adentrándonos en los principios fundamentales del Trabajo, como la dignidad, la buena fe. Igualmente se hacen referencia a los principios generales como la igualdad de oportunidades, el salario, la estabilidad laboral, irrenunciabilidad de derechos, transacción y conciliación y, principio pro operario. Finalmente estudiamos el contrato de trabajo y la relación del jus variandi con el debido proceso.

Dentro del tercer marco destinado a la parte jurídica, lo compone del estudio de disposiciones constitucionales sobre el derecho al trabajo tanto en la Constitución como en el Código del Trabajo, las causas de terminación, la formas de dar por terminado el mismo como son el desahucio y el despido intempestivo.

Siendo este un marco mucho más amplio, por cuanto en el hago complementariamente un estudio de la legislación comparada, de Chile, Argentina y Colombia, países de gran aporte legal y jurisprudencial y donde la aplicación del jus variandi lejos de significarles problemas legales, más bien ha servido para beneficio de las partes laborales y con un impulso especial de la producción.

Más adelante y para un mejor procesamiento de la información se explica la aplicación de materiales y métodos, así como la tabulación y análisis de la información de campo, que han servido para la verificación de objetivos e hipótesis y que a su vez han servido para fundamentar jurídicamente la propuesta de reforma, para terminar presentando las conclusiones y recomendaciones.

El afán de este trabajo, obviamente es el cumplir con los objetivos de graduación y el de coadyuvar a mejorar las relaciones contractuales a las que rigen actualmente.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. El Trabajo.- "El trabajo es una actividad, realizada por una o varias personas, orientada hacia una finalidad, la prestación de un servicio o la producción de un bien -que tiene una realidad objetiva y exterior al sujeto que lo produjo-, con una utilidad social: la satisfacción de una necesidad personal o de otras personas. El trabajo así entendido involucra a todo el ser humano que pone en acto sus capacidades y no solamente sus dimensiones fisiológicas y biológicas, dado que al mismo tiempo que soporta una carga estática, con gestos y posturas despliega su fuerza física, moviliza las dimensiones psíquicas y mentales"[1], de lo que se desprende que la existencia de una relación de trabajo, necesariamente exige la presencia del trabajador y el empleador.

El trabajo según el colombiano Guillermo Guerrero "(…) es de nacimiento reciente; esta es, por tanto, una de las características que lo diferencian de las otras disciplinas jurídicas como el civil, el penal, comercial, etc. Como rama autónoma, el derecho laboral aparece hacia la mitad del siglo XIX, y adquiere pleno desarrollo con la terminación de la Primera Guerra Mundial (…)"[2], debe dejarse en claro, desde luego que su nacimiento antes referido es solo en el

[1] http://www.ilo.org/global/research/global-reports/world-of-work/lang--es/index.htm
[2] GUERRERO Figueroa Guillermo. (1991) Grupo Editorial LEYER. Bogotá- Colombia. Pp.9

campo jurídico, porque el trabajo en sí nació se puede decir junto con el hombre mismo.

Su fin es la producción de bienes y servicios destinados a cualquier esfera de satisfacción humana como el uso doméstico, mercantil, etc., a cambio de una remuneración, aunque también hay trabajos no remunerados, pero que más lo identificaríamos como actividades productivas domésticas, ya que todo trabajo por lo general al servicio de otra persona debe ser remunerado, de allí que se lo defina como un "derecho absoluto, esto es, que el Estado en todos los casos, está en la obligación de facilitar al individuo el ejercicio de su derecho a trabajar"[3]

"El trabajo es toda actividad humana, libre consciente y noble, necesaria para la vida y generadora de capital y de instrumentos de labores" [4] Con lo que se confirma la prohibición de la esclavitud, solo realizada por acuerdo de las partes, legal y siempre destinada a la subsistencia humana.

Jorge Guzmán, igualmente opina que el "(…) trabajo no solo es la fuente de toda riqueza; es además una de las condiciones básicas para el surgimiento y posterior desarrollo de la vida humana (…)"[5], ubicándolo en el nivel de esencial,

[3]GUZMAN López Jorge E. (2011) Estabilidad Laboral y Despido. Editorial Jurídica LYL. Guayaquil. Pp.54
[4] GUERRERO Figueroa Guillermo Ob. Cit. Pág. 108
[5]GUZMAN López Jorge E. Ob. Cit. Pp.20

opinión que comparto, pues el trabajo debe precisamente ser desarrollado por el hombre, como parte fundamental de su evolución y sostenimiento.

Federico Engels, hace una reflexión mucho más profunda de la relación hombre-trabajo, cuando manifiesta "la mano no es solamente el órgano del trabajo, sino que también es producto de éste…"[6], que coincide obviamente con lo antes manifestado es decir que el trabajo y el hombre están siempre unidos, y el uno depende del otro, por tanto no puede haber desarrollo de la sociedad, sino se ha impulsado el trabajo.

Finalmente diría que el trabajo es un derecho natural por el cual el Estado garantiza al individuo el acceso a una ocupación que le permita subsistir decorosamente y la obligación del Estado de facilitar el ejercicio de ese derecho.

4.1.2. El Contrato de Trabajo.- Son muchas las conceptualizaciones que sobre él se dan, las más comunes son "Convención, por la cual una persona calificada como trabajador, asalariado o empleado se compromete a cumplir actos materiales generalmente de naturaleza profesional, en provecho de otra

[6]ENGELS Federico. (1968) Dialéctica de la Naturaleza. Editorial Grijalbo. México. Pp. 143

persona denominada empleador o patrono, colocándose en una situación de subordinación, mediante una remuneración en dinero, llamada salario"[7]

Igualmente el argentino Ruprecht expresa que "Es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de servirse, bajo su dependencia o dirección de la actividad profesional de otra. El esfuerzo productivo debe en todos los casos, recibir una compensación equitativa de aquel que obtiene los beneficios".[8]

El ecuatoriano Julio César Trujillo, nos da una conceptualización mucho más clara y completa. "Concierto o acuerdo de voluntades de dos o más personas jurídicas, en la cual la una se obliga a prestar sus servicios y la otra a pagar una remuneración por ella…siendo los elementos fundamentales de este contrato la remuneración, dependencia y subordinación y los otros elementos dependen del tipo de contratación que se realice…"[9]

Cito igualmente, un concepto que nos da De Ferrari Francisco, para quien "El contrato de trabajo tiene que ver con una decisión del trabajador que autolimita

[7] ENSINCK Juan A. (1979). Contrato de Trabajo. Definición-Concepto. Derecho Individual del Trabajo. Buenos Aires. Ed. Heliasta. Pp. 52
[8] RUPRECHT Alfredo J. (1976) Contrato de Trabajo. Edición Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. Pp. 4,5,6.
[9] TRUJILLO Julio César. (1986) Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Tomo I. 2da. Edición. Pp. 4

su actividad profesional, mediante un salario, en el sentido de ponerla a disposición del empleador, o sea, asume la obligación de permanecer en forma continuada a órdenes del beneficiario de la labor"[10] que en conclusión viene a ser la misma conceptualización que se viene sosteniendo durante todo este ítem.

No lejos de esa conceptualización se encuentra el De la Cueva Mario, al decir que las consecuencias de las relaciones de trabajo son "(…) el contrato de trabajo proviene inmediatamente de un acto de voluntad del trabajador, pero los efectos que se producen provienen fundamentalmente, de la ley y los contratos colectivos (…)"[11] confirmándose que las obligaciones del trabajador solo están reguladas por la ley, ya sea en forma de contrato individual o colectivo.

Según el Régimen Laboral Ecuatoriano el contrato de trabajo es "(…) el convenio en virtud del cual una persona se compromete con otra persona o con una entidad de cualquier naturaleza a prestar sus servicio lícitos y personales, bajo su dependencia y por el pago de una remuneración"[12]. Es decir que, de acuerdo a las conceptualizaciones realizadas todos concuerdan con la existencia de dos elementos sustanciales patrono y empleador, y la existencia del acuerdo para la prestación de un trabajo cuyas características son la licitud la remuneración y la dependencia.

---

[10]DE FERRARI Francisco. (1969) Derecho del Trabajo. 2da. Edición. Ediciones de Palma. Buenos Aires. Pp.120

[11]DE LA CUEVA Mario. (1977) Derecho Mexicano del Trabajo. Ediciones Purrúa. 4ta. Edición. México. Pp.187

[12] REGIMEN LABORAL ECUATORIANO. (2006) Tomo II. Ediciones Legales. Quito- Ecuador. Pp. 1

4.1.3. Jus variandi.- Consiste en la posibilidad de modificar las modalidades del contrato de trabajo por decisión del empleador. “Derecho a modificar” [13] Sin embargo esta potestad patronal, debe ser razonablemente ejercida, es decir; el empleador debe poder invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio.

El doctrinólogo Máximo Monzón, clasifica al jus variandi en normal y excepcional, el primero “(…) otorga la posibilidad de introducir pequeñas modificaciones en cualquier momento de la ejecución del contrato, (…) El jus variandi excepcional se refiere a las condiciones de modificar las condiciones en que se presta el trabajo por el surgimiento de un imprevisto estado de emergencia (…)”[14], por lo que estamos frente a dos tipos de principio, es decir el uno voluntario entre las partes y el otro involuntario, solo recurrido a dicho principio por asuntos excepcionales de emergencia, y por tanto no muy tomado en cuenta en las legislaciones internacionales.

Manuel Ossorio, señala que el jus variandi es una Locución latina y que se refiere a la “(…) facultad a la alteración de las condiciones convencionales o iniciales del contrato”[15].

---

[13]http://www.gerencie.com/cuando-al-empleador-es-licito-cambiar-las-condiciones-laborales-se-su-trabajador-sin-su-consentimiento.html

[14]MONZÓN Máximo. (1956) “En torno al jus variandi” Revista Argentina del Derecho del Trabajo. Argentina. Pp. 136

[15] OSSORIO Manuel. (1994) Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. Pp. 533

Para Guillermo Cabanellas, eminente profesor argentino el Jus Variandi es el "Derecho de variar o facultad de modificar. Potestad que una u otra de las partes, el empresario o el trabajador, posee para alterar las condiciones convencionales o iniciales del contrato"[16]. Ambas conceptualizaciones coinciden en la facultad de alterar en contrato por mutuo consentimiento, es decir debe haber la voluntad para hacerlo.

El argentino Rafael Alburquerque, considera que el jus variandi puede ser factible en cuanto al modo, es decir "(…) cambios de tareas efectuados dentro de una misma ocupación o calificación profesional (…)"[17]No se trata de un acto unilateral de simple voluntad, porque se convertiría en un acto de violación de normas por parte del empleador hacia el trabajador o de reglamentos internos de trabajo.

Plá Rodríguez, es más explícito en señalar que "(…) el jus variandi, solo existe el animus variandi, es decir; el ánimo de introducir una pequeña modificación pero dentro del mismo contrato"[18], y que sería lo más factible porque de modificarse todo un contrato, equivaldría a la transformación del contrato lo que en derecho del trabajo sería una evidente violación de derechos.

---

[16] CABANELLASGuillermo (1949), Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Ediciones El Gráfico Impresiones, Buenos Aires, Argentina, 1a. edición Tomo V, Pp. 46

[17] ALBURQUERQUE Rafael. (1993) Revista de Derecho Laboral. Número 1-2 año. Buenos Aires. Pp. 3

[18] PLÁ Rodríguez Américo. (1979) Jus variandi. Estudios sobre derecho individual de trabajo. Editorial Heliasta. Buenos Aires. II Edición, Pp. 203

Es fundamental señalar que el jus variandi, no por tratarse de modificaciones no fundamentales para el contrato, pueda ser hecho en perjuicio del trabajador, al contrario siempre se mirará su beneficio o al menos que no lo perjudique. "Se conoce como jus variandi, al principio que permite al empleador modificar unilateralmente algunas condiciones del contrato de trabajo, condiciones que no pueden desmejorar la situación general del trabajador"[19].

Bien en claro lo deja la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Colombia, cuando dice que "(…) el ejercicio del jus variandi siempre está condicionado a la medida modificatoria, más allá de su razonabilidad, no cause perjuicio material ni moral al trabajador."[20]

Otra opinión sobre el tema la encontramos en otra resolución de la Sala III de Apelaciones del Chaco, al decir que "La facultad de los trabajadores de reclamar porque consideran que las modificaciones a las condiciones de trabajo, configuran una violación a sus derechos, está protegida por la Constitución Nacional y las leyes"[21]. Consecuentemente, el jus variandi, no por el hecho de facultar la modificación cl contrato puede cambiarlo

[19] http://wwwgerencie.com/facultad-del empleador-para trasladar el empleado.htm

[20] Expediente. Nro. 325/2000. SENTENCIA Nro.106. 22/12/2002. Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones del Trabajo VILLALBA Rubén Edgardo. C/Mutal Alejandro Raúl / Despido, etc. Provincia del Chaco. Colombia

[21] Expediente Nro. 798-20. 21710/99. KRAISMAN Alejandro c/ VILGUAD S.A. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

estructuralmente, solamente obedece a cambios indispensables para el mejor desempeño del trabajo, sin que ello signifique desmedro de derechos.

4.1.4. El Empleador.- Para el Dr. Víctor Samaniego, "La persona beneficiada con la prestación de un servicio se denomina EMPLEADOR" [22], término general con el que se denomina al dueño del capital o de la fábrica, pero como también lo es el Estado, se utiliza este término en general.

Para el Régimen Laboral Ecuatoriano, "el empleador puede ser una persona natural o jurídica de cualquier clase. Su capacidad, entonces, se determinará según cada caso"[23] es decir; que si se trata de persona natural contratará directamente o a través de sus representantes y si es jurídica lo deberá hacer a través de sus representante legal.

Según nos dice Cabanellas, al parecer "La palabra Empleador se la ha tomado en lo laboral del francés "employeur"…La Academia que se resistió mucho a incorporarla, señala esa preferencia americanista y la equipara sin más a patrono, como persona que emplea a obreros manuales."[24]

Empleador o patrono es la persona o entidad de cualquier clase que fuere por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio. En

[22]SAMANIEGO Víctor Hugo. (2013) Derecho Laboral. Universidad Nacional de Loja. Loja Ob. Cit. pp.49
[23]REGIMEN LABORAL ECUATORIANO. Ob. Cit. pp. 15
[24]CABANELLAS Guillermo. Ob. Cit. pp. 424

algunas legislaciones se ha eliminado el término patrono, por razones injustas que eran usadas específicamente en la época de la esclavitud, pero que en todo caso se trata de un sinónimo, que nada tiene que ver con la mayor o menor explotación del trabajador. "Las reformas que fueron introducidas al Código del Trabajo en 1964, adoptaron los términos "empleador" o "patrono", como sinónimos, el codificador de 1978 suprimió el término "patrono" (…) y define al empleador como la persona de cualquier clase que fuere por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra, o a quien se presta el servicio (…)"[25]

En el derecho laboral "Este elemento subjetivo aparece en el proceso laboral en su carácter de demandado, de sujeto pasivo, siendo el Derecho del Trabajo un derecho propio de los trabajadores es obvio que el patrono sea compelido ante la justicia laboral."[26]

En la legislación alemana e italiana, "(…) se utiliza la denominación dador de trabajo"[27], igual lo señala Juan Pozzo, cuando refiere que "(…) el empleador, o patrón, o empresario es quien puede dirigir la actividad laboral de un tercero que trabajo bajo su dependencia, en su beneficio, mediante una retribución"[28], no lejos de esta conceptualización, está la de Manuel Alfonso García, al decir

[25] TRUJILLO Julio César. (1986) Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador Pp. 147
[26]OBANDO Garrido José María. (2003) El Derecho Procesal Laboral. Tercera Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Colombia. Pp. 57
[27]GUERRERO Figueroa Guillermo. Ob. Cit. cita a legislación alemana. Pp.156
[28]POZZO D. Juan. (1989) Derecho del Trabajo. T. I. Buenos Aires – Argentina. Pp. 504

que es "Toda persona natural o jurídica que se obliga a remunerar el trabajo restado por su cuenta, haciendo suyos los frutos o productos obtenidos de la mencionada prestación"[29]

4.1.5. Obrero.- Conocido también como trabajador, es la persona que se obliga a la prestación del servicio, a la ejecución de la obra, en el predomina la fuerza antes que el intelecto, no por ello despreciable sus conocimientos académicos o profesión, sino que se caracteriza en exclusivo la forma de prestación del servicio nada más.

Trabajador, dice el ya citado doctrinólogo Guillermo Guerrero, "(…) es el nombre para denominar a la persona que trabaja, (…) es genérico que obedece a todas las formas de prestación de servicios, cualquiera que sea la naturaleza intelectual o material del trabajo realizado."[30] , por tanto no hay distinción si se trata de un trabajador privado o público, de hecho las leyes nacionales sobre el tema, no hacen ninguna diferenciación, simplemente se habla de trabajador u obrero.

"El concepto de trabajador es aquel que se aplica a todas las personas que ejercen algún tipo de trabajo o actividad remunerada. En muchos casos también puede ser usado en sentido general para designar a una persona que está

[29]GARCÍA Manuel Alfonso. (1968) Introducción al Estudio del Derecho del Trabajo. Ediciones Urgel. Editora Bosch. Barcelona. pp.323
[30]DE BUEN LOZANO Néstor. (1957) Derecho del Trabajo. Ediciones Purrúa. 2da. Edición. México. pp. 445

realizando un trabajo específico independientemente de si está oficialmente empleado o no”[31] igualmente tenemos un concepto bastante general de lo que es trabajador, no por ello distinto a los otros citados.

“Es toda actividad humana lícita, remunerada, que expresa la capacidad creativa del hombre, manifestada como esfuerzo físico, intelectual o artístico”[32]. Igualmente se refiere al trabajo del hombre, siempre que haya una remuneración que es una característica del trabajo dependiente.

Por tanto el obrero es la persona en virtud del contrato individual de trabajo, que se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, y por una remuneración convenida o fijada por la ley, el pacto colectivo o la costumbre.

[31]http://www.definicionabc.com/social/trabajador.php#ixzz2qPnOHmZi
[32]http://deconceptos.com/ciencias-naturales/trabajo#ixzz2qPocPR7E

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO DEL TRABAJO.

En 1916 se sancionó la primera "Ley Obrera del Ecuador"[33] donde se estableció ocho horas de trabajo diario y seis días a la semana declarándose domingos y días cívicos como de descanso obligatorio, se estableció el pago de horas extras.

En 1921 se emitió la segunda "Ley Obrera"[34] en esta ley se aumentó el pago de indemnizaciones a los obreros por accidentes de trabajo que les ocasione incapacidad, así como se diferenció jurídicamente el significado de obrero, patrono y jornalero, también se estableció la prescripción para las acciones provenientes del trabajo, finalmente se estableció el desahucio.

Durante el periodo presidencial del Dr. Isidro Ayora Cueva, expide algunos decretos que se los conocería como la Legislación Juliana en el año de 1925, en la cual se crea la Inspección General del Trabajo, cuyas funciones conocer sobre los problemas de los trabajadores, establecer políticas e instrumentar los mecanismos necesarios para el cumplimiento de derechos y garantías.

[33] SAMANIEGO Castro Víctor Hugo. Ob. Cit. pp. 13
[34] Ibidem.

Más tarde se crearía la Junta Consultora del Trabajo que mantenía estrecha relación con el Ministerio de Previsión Social.

En 1928, se promulga la Ley de Contrato Individual del Trabajo, en respuesta a la lucha de los, considerada como "(…) base y fundamento del Derecho Laboral Ecuatoriano (…)"[35] pues se contempla en ella algunos beneficios como las obligaciones que generan los contratos, formalidades para suscripción, definición de patrono, la relación con instituciones públicas, etc.

Un tanto novedoso resulta la exclusión del trabajo agrícola, doméstico y a domicilio por considerarse son actividades diferentes que deberían mantenerse de forma autónoma.

Finalmente se establecen las ocho horas de trabajo diario, y de cuarenta y ocho horas a la semana, siendo de descanso obligatorio los días sábado y domingo.
En este mismo año se dicta por separado la "Ley de Trabajo de Mujeres y Menores y de protección a la Maternidad"[36] y la "Ley de Desahucio del Trabajo"[37] "Ley por responsabilidad por accidentes de trabajo"[38]. Entre lo más relevante tenemos que la primera ley se prohíbe el trabajo para menores de 14

[35] SAMANIEGO Castro Víctor Hugo. Ob. Cit. Pp.17
[36] Ibídem. Pp.18
[37] Ibidem.Pp. 19
[38] Ibidem. Pp. 19

años, respecto de la mujer, se prohibió su trabajo tres semanas antes y tres posteriores al parto, así como su despido por motivos de embarazo.

Posteriormente se dictan algunos decretos y "(…) en 1936 se instituye el Visto Bueno y el Desahucio con lo cual el patrono da por terminado los contratos de trabajo con el obrero"[39], así como el derecho del pago de indemnizaciones a los trabajadores por los servicios prestados.

En 1938 se dicta la Ley de Protección de Salarios y Sueldos, estableciéndose los sueldos tanto para los contratos individuales como para los colectivos, se consagra el principio de la inembargabilidad de los salarios, excepto para el pago de alimentos forzosos y que se mantiene hasta la actualidad.

Es en el periodo de Alberto Enríquez Gallo que se expide el "Primer Código del Trabajo (…)"[40] con fecha 5 de agosto de 1938 y promulgado en el Registro Oficial Nro. 78 al 81 del 17 de noviembre de mismo año, en el que se recoge todas las leyes antes mencionadas.

La primera codificación del Código del Trabajo se realizó "el 4 de septiembre de 1961 se basa en veintisiete decretos reformatorios, y dos resoluciones interpretativas, la segunda se da el 7 de junio de 1971, se fundamenta en ocho

[39]SAMANIEGO Castro Víctor Hugo. Ob. Cit. Pp.23
[40]Ibidem. Pp .29.

decretos reformatorios, la tercera codificación que se basa en cincuenta decretos reformatorios y tres resoluciones de la Corte Suprema"[41], luego de ello habrías dos codificaciones más como son las de "(…) 1997 R.O. 162 del 29 de septiembre de 1997 y la del 2005-017 RO. S- 167 de fecha 16 de diciembre del 2005"[42], a partir de estas codificaciones, se han realizado algunos cambios en el trayecto de los años.

Así tenemos entre los cambios operados en el periodo del Arq. Sixto Duran Ballén, con la vigencia de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, que en su inciso sexto estableció que "(…) la bonificación complementaria y la compensación por el incremento del costo de vida se llamarán componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, se admitió el pago para los trabajadores con cheque o acreditación en cuenta"[43], se admitieron algunos acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo relacionado con el trabajo de menores, y sobre la contratación sindical.

Finalmente tenemos que en esta última codificación se regula el procedimiento oral en la solución de controversias individuales de trabajo, en respuesta a la disposición Constitucional de ese entonces de que todos los procesos en el

[41]REGIMEN LABORAL ECUATORIANO. Ob. Cit. pp. 129
[42] Ibídem Pp. 129
[43] Ibídem. Pp. 5

Ecuador se tramitarán bajo el procedimiento oral de concentración, contradicción y dispositivo.

Con la vigencia de la nueva Constitución del 2008, y la entrada en vigencia del Mandato 8, el Código sufre nuevas reformas, entre las más sobresalientes tenemos la eliminación de la tercerización de servicios complementarios e intermediación laboral, restaurándose con ello la relación laboral directa y bilateral entre trabajador y empleador.

Igualmente se elimina y prohíbe el sistema de contratación laboral por horas, y se garantiza la jornada parcial prevista en el Art. 82 del Código del Trabajo.

En el caso de las empresas usuarias del sector privado que tenían contratos mercantiles con intermediarias laborales se establece la obligación de asumir, a partir del "(…) 01 de mayo del 2008, de manera directa a los trabajadores que estaban intermediados, prestando servicios en dichas empresas, conforme las reglas del Art. 171 del Código del Trabajo"[44], reconociéndose el tiempo de servicio y la estabilidad laboral, que hasta entonces no se lo había hecho. Disposición que correspondió al sector privado sino público, y a todos los empleadores en general.

Con el mismo mandato se dispuso el reintegro de trabajadores que habían sido

[44]MANDATO CONSTITUCIONAL NRO. 8 (2008) Asamblea Nacional del Ecuador.

despedidos bajo el pretexto de la emisión del mandato en emisión.

De esta breve síntesis, se observa que las leyes por más que exista el desahucio y el visto bueno, siempre fue en beneficio de la clase trabajadora, en defensa de quien posee el capital.

4.2.2. EL EQUILIBRIO SOCIAL.

La justicia social exige precisamente que el Estado regule y controle que el trabajo reporte beneficios tanto para el empleador como para el trabajador, ya no se habla de esa justicia conmutativa que parte de la desigualdad económica y procura el mejoramiento del nivel de vida de los trabajadores, otorgándoles por medio de la legislación la laboral los medios eficaces para lograrlo, sino que debe haber la correspondencia de obligaciones entre quienes componen la parte productiva.

Como lo dice Néstor De Buen Lozano "La justicia social impone deberes a los particulares frente a otros particulares, solo por su pertenencia a determinada clase social y lleva al Estado a asumir responsabilidades sociales, para cuya atención, el Estado recoge las aportaciones de los particulares, patronos, trabajadores y eventualmente hace su propia aportación."[45] Es decir; que así como se protege constitucional y legalmente al obrero por ser siempre la parte

[45] DE BUEN Lozano Néstor. (1997) Derecho del Trabajo. T-1 2da. Edic. México Editorial Porrúa S.A. Pp.70

débil de la relación laboral, también debe establecérsele obligaciones frente él, para que pueda existir una relación equilibrada entre ellos, con beneficios naturalmente a favor de la sociedad.

El trabajo es un deber ineludible del hombre desde el punto de vista individual o como miembro de la sociedad, que le permite crecer, desarrollarse y mantenerse productivo dentro de la sociedad.

El jurisconsulto ecuatoriano Julio Cesar Trujillo, sostiene que "El trabajo se constituye en el medio ordinario y normal para el perfeccionamiento personal y para obtener los recursos materiales y morales que demanda la conservación y el desarrollo de su ser, como miembro de la sociedad, de la cual no puede prescindir por naturaleza, tampoco cuenta con otro medio para contribuir a su progreso económico y social que requiere de abundancia de bienes de toda orden y de su justa distribución"[46]. Entonces el trabajo es una forma de satisfacer nuestras necesidades económicas, pero también es medio de realización personal.

En las dos últimas décadas la falta de atención al sector productivo ha definido la migración, determinando un crecimiento desequilibrado de una parte de países en relación a otros.

[46] TRUJILLO Julio César. Ob. Cit. pág. 52

La pobreza y falta de políticas económicas y laborales han llevado a que la mano de obra cruce fronteras, enriqueciendo a otros a costa del trabajo de pocos. Sin embargo; la inestabilidad en las políticas laborales aun existiendo sobre oferta de mano de obra, puede acarrear profundos desequilibrios como los sucedidos en Estados Unidos, España, Francia, Italia, principales receptores de migrantes.

Según el Informe sobre "Trabajo en el Mundo 2012" de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se necesita crear 50 millones de empleos para volver a los niveles de empleo “pre-crisis”. Más la rigidez fiscal y las estrictas reformas laborales impiden la posibilidad de una verdadera recuperación del mercado laboral”[47]. Siendo las medidas de austeridad y la inversión pública reducida la causa principal del debilitado mercado laboral.

Entonces no cabe duda que el trabajo es el único medio de cambio, de progreso, a la que los gobiernos deben darle toda prioridad y no permitir la subsistencia de su población con un trabajo deficiente producto de la desatención o sujeto a inestabilidad.

El trabajo es una actividad productiva que requiere de la efectivización de los principios pro operario, de intangibilidad, irrenunciabilidad, de remuneración

[47]http://www.ilo.org/global/research/global-reports/world-of-work/lang--es/index.htm

justa, de estabilidad entre otros, pero también de normar la responsabilidad con la que debe laborar a favor de quien le permite desempeñarse, ya sea el Estado o un particular, lo realmente importante es un comprometimiento mutuo de trabajo y respeto.

4.2.3.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO.

4.2.3.1. DIGNIDAD DEL TRABAJO.

Retomando lo ya mencionado anteriormente, que el trabajo es una obligación del ser humano, se suman algunos principios universales como el de la dignidad que lo hace realmente ennoblecedor. Desde esta perspectiva la dignidad del trabajo es una actividad humana, libre, consciente y noble generadora del capital y del bienestar social. Ya no se puede referir a este como una simple mercancía por el mero hecho que quien lo produce es un ser humano, dejando atrás teorías puramente mercantilistas.

El trabajo es una actividad humana y esta opinión se ve reforzada con la del colombiano Guillermo Guerrero cuando expresa que “El nuevo concepto de la actividad laboral se aparta de la simple valoración material de ella, elevándola al rango de un derecho consustanciado con la vida y la esencia del ser humano. Por eso se llega a la incorporación del trabajo en los nuevos textos constitucionales con alta significación de los valores inmanentes que deben

conocerse y respetarse. El trabajo exige respeto para la dignidad de quien lo presta"[48] y quien lo presta es el hombre que no debe servir únicamente para fines ajenos sino para los suyos propios.

La dignidad humana es propia del hombre por el solo hecho de serlo y por tanto merece el mismo trato que el empleador, pero no únicamente se lo debe exigir sino también que lo debe propinar "Los sujetos de la relación laboral obrero-patrono tienen posiciones distintas en el proceso de la producción, su naturaleza como seres humanos es idéntica y en consecuencia sus atributos son los mismos"[49]. Debe tenerse muy en cuenta que cuando se habla de dignidad del trabajo, no solo me refiero al trabajador sino a todo ser humano involucrado en él, porque el trabajador por sí solo no puede producir si no existiera el dueño de los medios, entiéndase por tal al Estado o un una particular.

Empero la dignidad humana tiene que ver con quien trabaja, que es, quien se esfuerza todos los días y presta su mano de obra, quien desde su oficina administra y cierra negocios o de una u otra forma hace producir, es decir trabajan obreros y empleadores, por tanto la violación de la dignidad humana se da al trabajador cuando lo olvida y deja a merced de la explotación de su

[48] GUERRERO Figueroa Guillermo. Ob. Cit., Pp. 109
[49] CORREA Vas Da Silva Floreano. (1997) La Equidad y el Derecho del Trabajo. Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. México, Edit. Jus. S.A. Pp. 5

patrono, en cuyo caso estamos frente a una aprovechamiento por acción del patrono y omisión del Estado y lo es por omisión en la gran mayoría de casos respecto del patrono, cuando el Estado no lo apoya suficientemente en su manejo frente al trabajador.

Bien se dice que "…tanto la violación de los derechos fundamentales en el trabajo así como la violación de la dignidad humana, ha sido realizado no por acción, sino generalmente por omisión del accionar del Estado, acaecidos por la falta de recursos que permitan satisfacer estos principios-derechos. En el desarrollode la actividad laboral toda persona y en especial el Estado debe preservar el valor supremo del trabajo, la dignidad de la persona humana y el bienestar de los mismos y sus familias por el hecho de ser justicia social"[50], y ello solo es posible mediante políticas públicas dirigidas a la producción humana en general y, no solo vista desde el punto de vista económica.

Por tanto el Estado debe demostrar "…responsabilidad y compromiso de señalar los derroteros a seguir y sus razones, lo que se conseguiría en la medida que las normas jurídicas sean mucho más maleables a la realidad imperante, no con mayores normas, sino aplicando los principios rectores en el ámbito laboral y su efectividad buscando los resultados adecuados. Asimismo

[50] http://www. trabajos78/derechos-fundamentales-trabajo/derechos-fundamentales-trabajo2.shtml

con la continuidad de promocióny fomento de la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo."[51]

En el orden social y en su progresivo desarrollo deben en todo momento subordinarse al bien de la persona y no al contrario. El respeto de la dignidad humana no puede prescindir de la observancia al principio de considerar a las personas que nos rodean como otro yo, cuidando en primer lugar de su vida y de los medios necesarios para vivirla dignamente. Se precisa que todos los programas sociales, científicos y culturales, estén presididos por la conciencia de la prioridad que tiene cada ser humano.

A las personas compete el desarrollo de las actitudes morales, fundamentales en toda convivencia verdaderamente humana (justicia, honradez, veracidad, etc.), que de ninguna manera se puede esperar de otros o delegar en las instituciones. A todos, particularmente a quienes de diversas maneras están investidos de responsabilidad política, jurídica o profesional frente a los demás, corresponde ser conciencia vigilante de la sociedad y primeros testigos de una convivencia civil y digna del hombre.

La plena observancia a este principio prohíbe a quienes toman las decisiones, tratar a las personas como simples medios o instrumentos para el logro de fines

[51]http://www. trabajos78/derechos-fundamentales-trabajo/derechos-fundamentales-trabajo2.shtml

económicos y a los trabajadores les permite tener una estima propia y prestar su trabajo con honradez y eficiencia.

Por lo tanto, una actividad económica, nunca debería considerarse solamente en términos de limitados criterios técnicos, sino que más bien se debería evaluar siempre integralmente como acción humana, y respecto a sus efectos en las personas que son los jefes, empleados, proveedores, clientes, accionistas y otros.

4.2.3.2. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

Otro principio que considero a más de importante, oportuno traerlo a estudio, es el de buena fe del que goza todo tipo de contrato legal, que obliga no solo a lo consignado en él convenio, sino a todas las demás cosas que se desprenden de la naturaleza de la relación jurídica o que por ley pertenece a ella.

De acuerdo a lo que dice nuestra Constitución y Código del Trabajo, e innumerables jurisprudencias y que será objeto de estudio más adelante, el principio de la buena fe se la presume en las relaciones laborales como en las civiles, es fundamental la buena fe de los contratantes.

No puede aceptarse que después de hecha la manifestación de conformidad a

la ley y acuerdo de las partes, haya que estar recurriendo a la justicia para exigir su cumplimiento o dejar sin efecto la propia expresión de voluntad de la partes. Admitir lo contrario sería propiciar un sistema de inestabilidad, de inseguridad permanente en las relaciones que surgen del trabajo humano, que a la postre se reflejaría en forma inconveniente sobre los mismos intereses de la clase asalariada.

La buena fe debe existir en todo contrato, más en el que nos ocupa, "El principio de buena fe, debe presidir la ejecución de los contratos, incluidos el de trabajo. Pero tal principio no puede llevarse hasta el extremo de pretender que se omita la consideración de los términos precisos y claros de una convención para echar sobre una de las partes contratantes el peso de una obligación no contemplada en el contrato y que tampoco es una consecuencia que resulta de su naturaleza, por ser más conforme a la buena fe, al uso y a la ley"[52] la buena fe por tanto no requiere necesariamente de la ley, sino de la voluntad de las partes de hacer valer su palabra y el derecho.

Pero el principio en referencia, va mucho más allá de un derecho del trabajador. Como bien lo enfoca el profesor Eduardo Caamaño en su concepción objetiva, el principio de la buena fe "(…) conlleva un modelo de conducta social que la ley exige a las personas conforme a un imperativo ético dado, dentro del marco

[52] PEREZ Botija Eugenio. (1957) Curso del Derecho del Trabajo. 5ta. Edic. Madrid. Edit. Tecnos. S.A. Pp. 89

de la relación contractual”[53]. Dicho de otra forma, a través de este principio general se impone un modelo de conducta social basado en la rectitud y honradez. De otra parte, cabe señalar que este principio adquiere en nuestro ordenamiento jurídico un reconocimiento expreso como principio general del derecho en materia contractual.

Existe un concepto tradicional de la buena fe procesal en el asunto laboral, por el cual el empleador junto a su obligación de pagar las remuneraciones al trabajador como contraprestación al servicio prestado tiene la obligación de protegerlo en todos los sentidos sus derechos.

Pero la modernidad de los tiempos y las modalidades de producción han influido notablemente en este aspecto. “En este contexto la buena fe, como principio general del derecho supone , para el empleador intervenir con rectitud en la formación del contrato, facilitar al trabajador el cumplimiento de sus obligaciones, reconocer la importancia de su participación en la marcha de la empresa, así como asumir los deberes de información y de razonabilidad en el poder de sus poderes de dirección y de control, por otra parte el trabajador se compromete a trabajar con ahínco, responsabilidad, consideración y dentro de los horarios establecidos.”[54] Precisamente estos son los ejes sobre los que se levante la nueva estructura laboral en el país.

[53] CAAMAÑO Rojas Eduardo. El Principio de la Buena Fe en el Derecho del Trabajo.
[54] MONTOYA Alfredo. (1994) La Buena Fe en el Derecho del Trabajo. Madrid-España. Pp. 437

Entonces queda claro que se requiere de la buena fe de las dos partes empleador y trabajador, no puede solo exigirse un pago y un trato justo, cuando el trabajador no es retributivo con su esfuerzo y al contrario irrespeta el horario de trabajo y su patrono, mal utiliza el material de trabajo, no existe lealtad al patrono, etc.

4.2.4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

4.2.4.1. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.

La igualdad comprende el derecho de los trabajadores bajo dependencia a laborar en igualdad de protección y oportunidades, pero no se refiere a las diferencias de su trabajo material o intelectual, sino más bien que se enfoca a su lugar de trabajo y cargo "Con este principio desaparece la diferencia entre trabajadores del sector privado y trabajadores oficiales. Todos ante la ley son trabajadores, término éste genérico apropiado para llamar al sujeto que desempeña o ejecuta una labor personal"[55]

Como base de este principio tenemos el de a igual trabajo, igual salario, por tanto no debe establecerse diferencias en el pago al trabajador por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política, actividades sindicales, condición social.

[55] GUERRERO Figueroa Guillermo. Ob. Cit. pp.118

Por el mismo principio se establece que no hay diferencia entre trabajador extranjero ni nacional.

En conclusión la igualdad busca que esta se haga realidad entre todos los trabajadores de la misma actividad en cualquier empresa o institución en el tratamiento, a fin de desarrollar condiciones adecuadas de trabajo, porque constituye la fuerza al servicio del trabajo y por tanto los beneficios debe extenderse a todos los trabajadores que cumplan trabajo igual.

4.2.4.2. EL SALARIO.

Se prohíbe la esclavitud y por tanto todo trabajo es remunerado. Este salario debe satisfacer las necesidades vitales del dependiente, siendo necesario establecer un mínimo vital, entendiendo por vital no solo su subsistencia sino la de él y su familia (vivienda, alimentación, salud, educación, etc.).

Al respecto Julio César Trujillo dice que "Las garantías con las que la ley rodea a la remuneración persiguen dos objetos fundamentales: que el trabajador reciba una remuneración en cantidad y calidad suficientes y que esa remuneración llegue íntegramente a las manos del trabajador"[56] y las reglas del pago son las que se han establecido en la ley, y que no es otra cosa que

[56] TRUJILLO Julio César. Ob. Cit. pp. 342

pagarle al trabajador directamente, en efectivo, dentro de las horas de trabajo, que no puede ser inferior al mínimo vital general y en moneda de curso legal.

El mismo autor citado expresa que "…hacen notar otros tratadistas que este principio no significa otra cosa que quienes son iguales en la prestación deben ser iguales en la retribución"[57] lo que no impide que algunos de ellos puedan tener una mejor remuneración pero producto de otros hechos, como antigüedad, cargas familiares, por tanto el hecho de la existencia de un mínimo vital no significa que este no pueda superarse, lo que se pretende es que a nadie se le niegue lo que por derecho le corresponde y que la ley o el contrato establezca ese derecho tan solo en razón del rendimiento, capacidad, dedicación o especialidad, experiencia, eficiencia, etc., por ello es que existe incluso la libertad de estipular el pago, pero siempre teniendo en cuenta los mínimos.

Entonces el mínimo está dirigido a impedir arbitrariedades en su estipulación, que se lo fije a la libertad del patrono o del Estado, que ha sido costumbre por la urgencia o la necesidad del trabajo, sin embargo; no puede decirse que a la fecha se haya erradicado por completo estos vicios, más las sanciones establecidas para dicho efecto en la ley, están enderezando tales conductas.

[57]TRUJILLO Julio César. Ob. Cit.Pp. 342

4.2.4.3. LA ESTABILIDAD LABORAL.

Quizá es uno de los principios menos respetado dentro del ámbito laboral, violentado por las dos partes y que ha levantado tantas polémicas en este campo, por perjudicar los intereses del trabajador, como del empleador.

Este principio tiene como objetivo la existencia de una nueva forma de convivencia humana basada en la estabilidad del trabajador, que es precisamente una de las características del contrato de trabajo ser de tracto sucesivo y no como se lo ha tergiversado, haciendo contratos ilegales al interrumpirlos cuando lo han tenido a bien .

Para ello precisamente es que se han establecido modalidades a las cuales puede recurrir para la contratación de obra, y así mismo se han establecido causales por las cuales tanto trabajador como patrono, dan por terminado el mismo.

El principio de estabilidad entonces se refiere a continuidad, seguridad, conservación del trabajo, Plá Rodríguez dice que "…la estabilidad designa un instituto concreto que tiene relación con uno de los aspectos del principio la continuidad, que tiene un significado apropiado que se prolonga, y que es la idea central que se quiere evocar con el principio anunciado…"[58]Nadie quiere laborar en un lugar donde no se le garantiza estabilidad, porque ello permite a

[58] PLÁ Rodríguez Américo. Ob. Cit. Pp. 203

su vez especializarse, hacer una carrera, pero sobre todo tener la certeza de que tiene un trabajo que le permite ganarse el sustento diario que garantizará su estabilidad emocional y familiar. Es casi imposible que una persona se sienta feliz trabajando solamente para el día.

Tampoco se puede mal interpretar este principio señalando que el empleado se adueñe del trabajo, no le confiere carácter vitalicio, sino que solo otorga al trabajador la perspectiva de conservarlo con las modificaciones normales que imponga el transcurso del tiempo, opinión que coincide con la que tiene el jurisconsulto Bayón Chacón "El derecho a la continuidad tiene como objetivo satisfacer la necesidad de seguridad por parte del trabajador, pero también debe supeditarse a la función social que el trabajador cumple como miembro de una comunidad productora de bienes y servicios en favor de la comunidad global…"[59] Lo que no obvia de ninguna manera que las partes se sujeten a lo pactado en el contrato.

4.2.4.4. IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS.

La irrenunciabilidad de derechos se encuentra constitucional y legalmente establecida y forma parte de muchos acuerdos y convenios internacionales. La ley establece que los derechos del trabajador son irrenunciables.

[59] BAYÓN Chacón y PEREZ Botija. (1997) Manual del Derecho del Trabajo. Vol. 55ta. Edic. Marcial Pons-Libros Jurídicos. Madrid. 3era. Edic., Pp. 247

A tal efecto, será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en la legislación laboral, las convenciones colectivas o los contratos individuales. “La única excepción a este principio son los acuerdos transaccionales realizados frente a la autoridad judicial o administrativa, donde las partes hayan llegado a una justa composición de sus derechos y sólo se vean comprometidas expectativas y no derechos. Esto último significa que sólo se pueden renunciar a expectativas.”[60]

Este principio se traduce en una garantía mínima para el trabajador cuyo objeto es la protección de quien por su condición de debilidad en lo económico, puede ser fácil víctima al renunciar el ejercicio de un derecho ante una oferta inferior. Convirtiéndose así el principio en una limitación a la autonomía de la voluntad.

Las reglas laborales pueden ser derogadas en cualquier momento siempre y cuando sea para dar paso a otras que mejoraran los derechos laborales, sin afectar derechos colectivos. Por tanto no hay libre arbitrio en la contratación, sino que esta responde siempre a la ley y al acuerdo de las partes.

La irrenunciabilidad es un principio de naturaleza pública, porque está dirigido a la protección contra la desigualdad de las partes, por tanto, así se haya suscrito un contrato en el cual se estipula una remuneración menor a la legal, o se haya

[60] http://www.materiabiz.com/foros/derecho-del-trabajo/686-irrenunciabilidad-de-los-derechos-del-trabajador.htm

pactado trabajo en horarios ilegales o sin los recargos correspondientes, simplemente será nulo, y el trabajador podrá alegar su nulidad en cualquier momento, con las consabidas sanciones al patrono, pero; si el contrato en cambio ha sido suscrito con cláusulas perjudiciales al patrono éste no podrá reformarlas ni anular el contrato, puesto que una vez suscrito será lo más favorable al reo.

4.2.4.5. TRANSACCIÓN Y CONCILIACIÓN.

Cuando se habla de problemas laborales, estamos dentro del campo de lo social ya se trate de un conflicto individual o colectivo de trabajo, este hecho, permite que se busque por todos los medios la conciliación, el acuerdo, porque se trata de problemas precisamente susceptibles de acuerdos.

Los acuerdos deben ser bilaterales y con ello se termina judicial o extrajudicialmente un litigio, aunque el objetivo es que siempre sea antes de llegar a la justicia.

El objeto de la transacción implica recíprocas concesiones y mutuas renuncias sobre el derecho discutible, que no implique una violación directa o cause grave perjuicio al obrero, como bien lo dice el laborista Benito Pérez “La renuncia no puede ser total sino parcial, ya que de lo contrario sería desistir del derecho en disputa… En materia laboral, a pesar del principio de la irrenunciabilidad de los

derechos otorgados por ellas, se permite la transacción como uno de los medios de realizar la armonía entre los sujetos intervinientes en las relaciones obrero-patronales".[61] En todo caso la transacción cuando es dentro del proceso debe observar los principios fundamentales del derecho laboral como: la intangibilidad, irrenunciabilidad de derechos adquiridos y legales.

"Esta institución es uno de los medios de arreglar amigablemente los conflictos individuales surgidos o por nacer; las partes en forma privada pueden transigir sobre derechos pendientes, pero con la condición, para su validez, que el acuerdo se realice sobre derechos dudosos, inciertos y discutibles…"[62], lo que evidencia que no es posible transigir sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Es tal el alcance del derecho social que en caso de haberse realizado acuerdos con renuncia de derechos en contra del trabajador, pueden ser impugnados vía judicial ya sea la nulidad de los mismos o de rescisión cuando él ha caído sobre un derecho cierto e indiscutible.

Es necesario tener en cuenta que la transacción tiene como fuente exclusiva la voluntad, y en base a ella se decide y se la realiza, sin intervención de funcionario público alguno, mientras que en la conciliación interviene el Estado representado por el Inspector del Trabajo o del Juez, pero en ambos casos se

[61] PEREZ Benito. (1999) Tratado del Derecho del Trabajo. Buenos Aires. Editorial La Ley. Tomo III. Nueva edición. Pp. 598
[62]GUERRERO Figueroa Guillermo. Ob. Cit. Pp. 124

aplican las mismas reglas de inviolabilidad de derechos. Cabe rescatar que actualmente y por la aplicación del procedimiento oral, modificación en la aplicación del sistema de justicia así como, la modificación estructural del sistema administrativo del Ministerio de Relaciones Laborales, la conciliación empieza a tener más importancia, y ser utilizada como medio de poner fin a los problemas laborales.

4.2.4.6. INDUBIO PRO OPERARIO.

Es un principio del Derecho Laboralque establece que cuando existan dudas razonables en la discusión entre el obrero o empleado y su empleador, con respecto a los reclamos efectuados o las imputaciones alegadas, los jueces deberán decidir la cuestión en la forma más favorable a la parte más débil de la relación contractual: el trabajador.

El hecho de contratar mano de obra, crea vínculos jurídicos iguales a los de cualquier otra institución de prestación de servicios, que se rigen por normas legales, igualmente sucede con el trabajador, solo que con un poco más de inclinación en lo social, por ser el patrono el dueño de los medios de producción, mientras que el obrero solo de su trabajo, por tanto la ley se inclina a tratar de equilibrar fuerzas inclinando la balanza más hacia el menos protegido como es el obrero, esto es lo que se conoce en el derecho laboral

como "…igualdad de trato para desiguales"[63], es decir; que la desigualdad económica se la compensa con la protección y otorgamiento de derechos adicionales a los de un contrato común y corriente, en razón de la partes intervinientes.

Por tanto surgido el Derecho Laboral, que empieza a ser reconocido luego de la revolución francesa como un trabajo de seres humanos, implicó lograr la intervención del Estado para mitigar esa situación de subordinación del empleado.

Si bien el Derecho Laboral pertenece al Derecho Privado contiene normas y principios, que son de orden público, dado la especial naturaleza del bien jurídico protegido, que hace ni más ni menos que a la dignidad humana del trabajador.

La aplicación de este principio ha incidido para que se diga que el Estado ecuatoriano es demasiado protector de los trabajadores, pero si analizamos a fondo la situación de desigualdad existente en la relación laboral que ha pretendido ser de alguna manera superada, mediante los principios del derecho social que caracteriza el derecho del trabajo, y que han sido reconocidos en nuestra Constitución de la República y leyes ordinarias han dado lugar a configurar el Derecho del Trabajo como una institución jurídica protectora de los

[63] http://derecho.laguia2000.com/derecho-laboral/in-dubio-pro-operario#ixzz1Z9FYLvcq

trabajadores, que en algunos aspectos aún resulta insuficiente, mientras en otros es excesiva y que debe ser corregida, tema que se lo analizará a fondo más adelante.

En todo caso el indubio pro operario o la norma más favorable al trabajador no es más que la consecuencia del reconocimiento que la doctrina laboral, en forma mayoritaria, mantiene. Couture expresa sobre el tema tiene el siguiente criterio: "El procedimiento lógico de corregir las desigualdades es crear otras desigualdades". He aquí el fundamente filosófico-doctrinario que permite superar la ficción de igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo.

4.2.5. EL CONTRATO DE TRABAJO.

Como ya lo he manifestado en los ítems anteriores, toda persona para vivir necesita ser productivo, y toda nación para progresar necesita de la producción y de la fuerza de trabajo.

Esta relación medios y fuerzas productivas con el pasar del tiempo se ha ido normando al punto de establecer reglas claras sobre la cuales han de desarrollarse, pero que no por ello se ha logrado su perfección que en ciertos puntos ha hecho que las leyes se inclinen más hacia el que menos tiene, ocasionando que los favorecidos hagan muchas veces una uso errado de normas a su favor, cuando la naturaleza de ella es otra diferente.

4.2.6. El Jus Variandi.

El jus variandi es un principio por el cual se faculta al patrono a cambiar a un empleado de función de acuerdo a las necesidades operativas de la empresa y nivel de desempeño del empleado, estos cambios pueden comprender el lugar geográfico, la función, el horario, etc.; "…principio que permite al empleador modificar unilateralmente algunas condiciones del contrato de trabajo, condiciones que no pueden desmejorar la situación general del trabajador"[64].

Ello no significa que al momento de contratar a una persona, ésta, esté propensa a cualquier cambio en su contrato porque ello violaría los derechos que todo empleador y trabajador tiene, y el contrato perdería su naturaleza, por ende está eliminada toda posibilidad de cambio por el simple antojo del jefe.

Por lo que se habla del jus variandi, como un principio, que no son otra cosa que"… estándares que han de ser observados, no porque favorezcan ventajas económicas, políticas o sociales, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad"[65] y por tal de obligatoria observancia.

---

[64] http://www.gerencie.com/facultad-del empleador-para-trasladar-el-empleado.htm

[65] OBANDO Garrido José María. (2001) Derecho Procesal Laboral. Tercera Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Colombia. Pp. 45.

El principio en estudio, no es ni lejanamente aceptado dentro del campo laboral por los trabajadores, porque se siente afectados y violentados sus derechos, sin embargo, y como ya se analizó en un inicio la clase trabajadora también debe someterse a ciertas reglas de mejoramiento del trabajo.

El trabajo no solo es una fuente de riqueza sino de bienestar del ser humano, entendiéndose por ello a las dos partes que lo conforma el empleador y empleado, consecuentemente ambos deben estar protegidos de abusos del otro; si bien la clase siempre más afectada es la trabajadora, también el empleador ha sufrido hasta quiebras por el desinterés de su mano de obra.

Entonces el jus variandi no es otra cosa que un método que bien aplicado puede traer la plena satisfacción de los implicados y el crecimiento económico equilibrado.

Actualmente en Ecuador y pese a los actuales cambios laborales que se viven, aun las relaciones laborales son bastante confrontativas por estar supeditadas a un contrato bastante rígido, debiendo la aplicación del jus variandi obedecer a razones objetivas y válidas, en donde se conjugue la técnica, operatividad, organización y administración que lo haga justificable.

Es decir que el patrono solo puede trasladar al empleado cuando existan causas justificadas para ello, y siempre que ello no signifique mengua en las

condiciones de vida del trabajador.

4.2.6.1.- El Jus Variandi y el Debido Proceso. La Constitución de la República en el artículo 76 se refiere a las garantías básicas del debido proceso, que no son otras que las reglas del debido proceso, que incluye algunas garantías básicas, que traídas a nuestro estudio constituirían el fundamento para que las partes contratantes gocen de protección no solo legal sino constitucional.

Por tanto corresponde tanto a la autoridad judicial y administrativa garantizar el cumplimiento de normas y derechos como el respeto de las cláusulas del contrato firmado entre las partes, pero también el de solidaridad del trabajador para su empleador, responsabilidad y comprometimiento en su trabajo. De manera que no se pueda hablar de una modificación de cláusulas del contrato aduciendo simplemente la irresponsabilidad del trabajador, ni negativa al cambio porque simplemente no quiere.

Ecuador es un país que experimenta un cambio radical entre otras áreas en la laboral, donde existen cada vez mayores exigencias para el patrono en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, pero a la vez, también se exige mayor responsabilidad del trabajador, que conlleva necesariamente a ejercer a las autoridades un debido control constitucional de los derechos, y evitar un uso errado de normas en perjuicio de la otra parte.

Cuando se habla del derecho a la defensa, significa que no todo contrato puede ser alterado sin que se haya invocado razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio, sino que por el contrario es necesario se establezca un punto de equilibrio entre estas dos fuerzas y solo en caso justificado podría realizarse algunas modificaciones no sustanciales al contrato, no sin antes haberse notificado al trabajador, es decir darle derecho a que acepte u objete la misma y de no poder sustentar su negativa y no afectándole, sea por medio del Inspector del Trabajo que se le notifique del cambio.

La jurisprudencia y la doctrina internacional y que serán objeto de estudio más adelante, han reiterado el principio según el cual se le conceden amplias potestades a la Administración Pública para modificar algunos términos específicos de los contratos laborales, entonces lo que trata es que en nuestro país, ese derecho de variación concedido al patrono que tiene como límite básico el mejoramiento del servicio público, se lo lleve a efecto sin irrogar perjuicios graves a los trabajadores.

Por lo que la variación o modificación estaría legalmente protegida como cuando señala el Código del Trabajo que podrán trabajarse horas extras pero solo en casos extremos como una inundación, incendio, etc., por ejemplo en los demás casos deberá reconocérseles económicamente y ese trabajo solo es esporádico, pero así mismo presenta sus limitaciones en caso de abuso e incluso de decidirse arbitrariamente un cambio al contrato.

Para ello tenemos que puede impugnarse la resolución ya sea judicial o administrativa cuando se afecte al trabajador, o así no lo haga, pero si se toma una resolución sobre sus derechos, es indispensable que se lo haga saber, o estaríamos yendo contra uno de los esenciales derechos a su defensa.

Con lo cual queda claro que no es suficiente notificar a la autoridad administrativa respectiva con la modificación de algunas cláusulas contractuales, sino que debe escucharse al posible afectado y permitírsele presente sus argumentos legales sobre su negativa.

La misma Constitución garantiza que se puede presentar de forma verbal o escrita cualquier razón o argumento que se crea en este caso asistido tanto el empleador para justificar su petición como el trabajador para negarse. Entonces no podemos decir que en nuestro país no existen el marco jurídico apropiado para la aplicación del jus variandi, lo que corresponde es un cambio en lo legal a fin de tener una norma más coherente con los actuales cambios.

En base a lo expuesto, estimo que proceden algunas modificaciones en la prestación del servicio siempre que existan criterios objetivos y no se violen principios constitucionales como los enunciados. Igualmente en base al derecho

de impugnación bien se puede presentar razones o argumentos sobre decisiones que afecten al trabajador, e incluso este ser llamado y en presencia del representante del Ministerio del Trabajo escucharlo, dar opiniones, y si es posible y como considero sea lo más viable de tener pruebas de su negativa presentarlas, porque no se trata de un litigio sino de una posibilidad que debe ser conversada, y para eso está la autoridad como un mediador.

Ese diálogo permitirá a su vez a que quien deba autorizarlo o negarlo tenga los elementos suficientes para hacerlo a favor de cualquiera de las partes, considero fundamental que un diálogo abierto franco, en uso del principio constitucional de oralidad y publicidad, permitirá que las partes sea cual sea el resultado no terminen afectándose sus relaciones laborales y más bien permitiría una resolución motivada como manda la misma Constitución, precisamente en observancia al debido proceso.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. EL DERECHO AL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Como resalta de la misma Constitución de la República "El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del suma kawsay"[66], lo que significa que deben crearse los mecanismos necesarios para mantener un equilibrio de fuerzas y medios de producción y esa es una responsabilidad del Estado ecuatoriano.

Entre los objetivos del régimen de desarrollo tenemos el de "Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios de desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable"[67]. Cuando se habla de la generación de trabajo digno y estable, obviamente que cubre el ámbito de las buenas relaciones laborales, para optimizar el trabajo y ello, solo es posible dentro de un marco de respeto no solo interpersonal sino laboral.

[66] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2008) Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Art. 275
[67] Ibidem. Art. 276 Nral. 2

Nuestro “sistema económico es social y solidario, y reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir…”[68]

Además reconoce las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”[69] Por tanto al ser un deber y obligación el Estado el regular el sistema económico, es viable que también establezca normas claras sobre las cuales ha de regirse las relaciones laborales no solo públicas, sino también las privadas.

El desarrollo económico de un pueblo no está supeditado solo al sector público, sino y de una manera muy preferente también del sector privado, siendo para ello necesario relaciones laborales equilibradas, para patrono y trabajador, naturalmente que con las garantías propias del sector laboral, más no en desmedro de la parte empleadora, por tanto no hablo de igualdad, sino de equilibrio, que es lo más pertinente Solo así podría darse cumplimiento a uno de los objetivos constitucionales de la política económica “Impulsar el pleno

[68] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Art. 283.
[69] Ibidem.

empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales”[70]

Por tanto podría decir con toda seguridad que el desarrollo del trabajo, depende básicamente de las relaciones laborales y por ende es necesario reformas legales a fin de mantener coherencia entre la Constitución y la misma ley.

Entre las características de la nueva Constitución está el fortalecimiento del sector laboral público y privado, mediante la apertura a una economía social de mercado, protección de las inversiones nacionales antes que extranjeras, muy diferente a periodos anteriores donde solo se impulsa al sector privado, en lo que se denominó la Modernización del Estado.

Este fortalecimiento, viene sustentado en la garantía constitucional del buen vivir establecidos en el Título II, capítulo II de la Constitución de la República, y para ello no diferente a las Constituciones anteriores establece como principios sobre los que se sustenta el derecho al trabajo entre otros los siguientes:

“1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y el desempleo. 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se

[70]CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Art. 284. Nral. 6

aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras. 4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración..."[71] Ahora bien, muchos de los principios mencionados son invocados por los trabajadores para incumplir con sus obligaciones y perjudicar doblemente al patrono, en primer lugar por la mala calidad del trabajo y segundo por la indemnización que le corresponde en caso de suspenderlo o despedirlo.

En el Art. 66 de la misma Constitución sobre los derechos de libertad, nos garantiza "El derecho a la libertad de contratación… y El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los caso que determine la ley…"[72] Derecho no dirigido exclusivamente a trabajadores sino a también a los empleadores, es decir que en el caso de los trabajadores solo trabajaran para quienes ellos así lo decidan y por ello tienen derecho a su remuneración, puesto que no existe trabajo gratuito.

Para el caso del empleador, en cambio, está en su derecho de trabajar, con quien le es productivo, porque por ello paga una remuneración fijada legalmente, para evitar abusos o explotación, sin embargo en la realidad ocurre que no siempre la remuneración se ve reflejada en el trabajo, y; es cuando se hace necesario que el patrono pueda actuar dentro de la ley para realizar ciertos ajustes que permitan un mejor desarrollo.

[71] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. Ob. Cit. Art. 326
[72] Ibídem. Art. 66,Nrales. 16 y 17

Así con el principio de la estabilidad laboral, se impide al patrono hacer ciertos correctivos, dejándolo en la indefensión y muchas veces a tener en vez de un trabajador una carga muy difícil de hacerla producir, ya sea mental o físicamente, porque este es un problema no solo de la empresa privada sino pública.

Siendo necesario darle una oportunidad de ajustar ciertas actitudes laborales de forma que permitan un trabajo acorde a las reales posibilidades del obrero, no a despedirle intempestivamente, pero si a cambiarlo de funciones, luego de una evaluación de productividad, profesional y médica. Es entonces cuando se hace necesario la aplicación del principio del JUS VARIANDI EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO, mismo que debe ser normado para impedir arbitrariedades y, sobre todo debe ser considerado desde la Constitución de la República como Ley suprema del Estado.

Es importante rescatar que actualmente con las nuevas políticas económicas adoptadas por el Estado, el trabajo empieza a ser monitoreado en la empresa pública, a fin de garantizar el trabajo eficiente y honesto, más no en el privado.

También debe resaltarse el derecho igualitario por cualquiera que sea el patrono, es decir; ya sea público o privado, y; sobre todo el cambio se hace viable cuando la misma Constitución señala que "El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y

las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”[73]. Entonces la evolución en el campo productivo y laboral hacen necesario este cambio, porque la misma norma suprema lo garantiza, además muchos países entre ellos Colombia y Chile ya han incluido en sus normas laborales el principio del JUS VARIANDI, que permite mayor flexibilidad en el campo laboral ecuatoriano.

4.3.2. EL DERECHO AL TRABAJO EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO.

La estabilidad es quizá uno de los principios laborales, más defendidos en este ámbito, “Establécese un año como tiempo mínimo de duración, de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido, que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general, cuando la actividad o labor sea de naturaleza 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”[74], exceptuándose los contratos por obra cierta, eventuales, servicio doméstico, los de aprendizaje , los celebrados entre artesanos y operarios, los a prueba.

En los contratos a prueba igualmente de no notificarse con el cumplimiento del

[73] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ob. Cit. Art. 11 Nral. 8
[74] CODIGO DEL TRABAJO. (2008) Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Art. 14

plazo, éste se lo entenderá duradero por el tiempo que falta para completar el año "…Vencido este plazo, automáticamente se entenderá que continúa en vigencia por el tiempo que faltare para completar el año…"[75] e incluso los contratos de temporada que por más de dos periodos anuales continuos sean contratados se convierten en fijos, cuya falta de contratación para lo posterior, configura el despido intempestivo.

Ahora bien esta estabilidad fue incluida precisamente para garantizar la permanencia del trabajador que ha prestado sus servicios al mismo empleador por más de un año conforme lo que dice el art. 14 del cuerpo legal en estudio y por la seguridad económica que requiere toda persona.

Así fija como mínimo de caducidad para un contrato a plazo o indefinido un año lo garantiza en el ya citado Art. 326 de la Constitución, que hace alusión al derecho al empleo y eliminación del subempleo o desempleo. Con lo cual se elimina viejas prácticas de explotación del obrero para luego desecharlo como objeto, sin permitirle hacer una carrera o ascenso dentro de su trabajo o por lo menos que le permitan trabajar con la seguridad de poder llevar el sustento al hogar todos los días.

Ahora bien, bajo estas circunstancias, el patrono tiene que sobrellevar la situación laboral cumpla o no a satisfacción el trabajo el obrero, debido a que

[75]CODIGO DEL TRABAJO. (2008) Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Art. 15

pesa sobre éste derecho otro de los principios constitucionales como el de irrenunciabilidad de derechos, por el cual, el patrono no puede exigir a su trabajador renuncie y se retire del trabajo a fin de evitar el pago de indemnizaciones.

Con el principio en mención, es imposible, cuando quiere librarse de su trabajador y éste ya ha ganado tiempo y por ende estabilidad, solo le queda el desahucio o el despido intempestivo, el primero procedente luego de probarse alguna de las causas establecidas para declararlo y el segundo cuando en definitiva no hay causa legalmente probada para sostenerlo en el trabajo.

4.3.2.1.- EFECTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Todo lo que no se ha celebrado por escrito entre patrón y trabajador, se aplicará lo más favorable al trabajador, en cambio así no se hubiese estipulado cláusula expresa a favor del trabajador este podrá invocarla en cualquier momento e incluso así no la invoque es el juez quien deberá aplicarla, así se desprende de la siguiente norma legal "Los contratos de trabajo están regulados por las disposiciones de este Código, aun a falta de referencia expresa y a pesar de lo que se pacte en contrario"[76]; es decir; siempre primará el principio indubio pro operario.

[76] CODIGO DEL TRABAJO. Ob. Cit. Art. 37

De allí que incluso en caso de divergencias entre empleador y trabajador sobre la remuneración acordada y clase de trabajo "se determinará una y otra, por la remuneración percibida y la obra o servicios prestados durante el último mes. Si esta regla no bastare para determinar tales particularidades, se estará a la costumbre establecida en la localidad para igual clase de trabajo"[77], es decir; que por ningún concepto puede dejar de fijarse el pago.

Igualmente la regla contenida en el Art. 590 del cuerpo legal en estudio que expresa "En general, en esta clase de juicios, el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir el juramento del trabajador cuantas veces éste necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particularidades"[78]. Dicho de otra manera, todo lo que contraríe la ley pueda o no verificarse bastará el juramento del trabajador para poder establecer la realidad de los hechos, quedando el testimonio o los dichos del patrono sin valor alguno.

Tan favorable es la ley al trabajador que incluso cuando no se haya estipulado expresas reglas del contrato por escrito, éstas no podrán ser invocadas por el patrono, así les sean adversas por irresponsabilidad del mismo trabajador, es lo

[77]CODIGO DEL TRABAJO. Ob. Cit. Art. 39
[78] Ibídem. Art. 590

que se conoce como la exclusividad de derechos para el trabajador, que se traduce en que "…todo motivo de nulidad que afecte a un contrato de trabajo, solo podrá ser alegado por el trabajador"[79] es decir y que hay favorable al patrono en caso de un trabajador que no rinde.

De allí que se reafirma lo sostenido por mi persona que existe demasiada rigidez en los contratos de trabajo, al no tener en cuenta la globalización del mercado productivo, y la necesidad de cierta flexibilidad que permita al empleador unilateral pero legalmente alterar ciertas cláusulas del contrato cuando, estas le causan perjuicio en el desarrollo de sus actividades.

4.3.2.2.- DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

4.3.2.2.1.- CAUSALES

El empleador solo podrá dar por terminado el contrato de Trabajo por las causales señaladas en el Art. 172 del Código de Trabajo y son las siguientes:

1.- "…Por faltas repetidas injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un

[79]CODIGO DEL TRABAJO. Ob. Cit. Art. 40

período mensual de labor…”[80], que procede cuando dentro del mes de trabajo sin causal alguna personal, profesional, salud, catástrofe u otra, el trabajador se ausente del trabajo por tres días consecutivos, y no haya dado aviso al patrono, también procede por atrasos, o cuando simplemente han transcurrido más de tres días y no se sabe absolutamente nada del trabajador.

De ser ese el caso no es que se finaliza automáticamente la relación laboral, sino que el trabajador a de concurrir al Ministerio del Trabajo y solicitar el visto bueno, previa justificación de la causal, citando al trabajador para que conozca del hecho y asuma su defensa.

2.- “…Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados…”[81], generalmente no se lo puede cumplir, por cuanto no existen empresas grandes o industrias como para que tengan reglamentos internos, en nuestra ciudad especialmente más hablamos de microempresas, o simplemente son patronos que cuentan con una o máximo dos trabajadores.

3.- “…Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador…”[82], cuando el trabajador actúa en sus actividades sin rectitud, integridad, honestidad, etc.; y más bien presenta una actitud inescrupulosa, como por decir cobros indebidos,

[80] CODIGO DEL TRABAJO Ob. Cit. Art. 172 Nral. 1
[81] Ibídem. Nral.2
[82] Ibídem. Nral. 3

trabajos mal hechos, atención agresiva al cliente o con engaños o entregas de productos alterados por su manipulación personal, etc.

4.- “Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge, ascendientes o descendientes, o a su representante…”[83], dirigido a proteger la honra y buen nombre del patrono.

5.- “Por ineptitud manifiesta del trabajador, respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió…”[84], causal en la cual podría considerarse el principio jus variandi, es decir que la deficiencia en este caso da por terminado la relación laboral, pero el demostrarlo es realmente imposible.

No todo patrono cuenta con un sistema como el de las instituciones públicas para medir productividad por ejemplo, los comportamientos negativos en el trabajo, generalmente se lo hace entre el obrero y los clientes o entre estos, y no delante del patrono, este solo sufre las consecuencias, entonces es una causal casi imposible de invocar para terminar la relación laboral.

6.- “Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Más si fuere justificada la denuncia, quedará asegurada la

[83]CODIGO DEL TRABAJO Ob. Cit. Art. 172 Nral.4
[84]Ibidem. Nral.5

estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes…"[85], en el que realmente no se la utiliza por la severidad de la misma y sobre todo, porque con las nuevas reglas que rigen para el pago de aportes ya no es posible el incumplimiento del mismo.

7.- "Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente; o por contrariar; sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos"[86], utilizado como ya lo he mencionado en las empresas o industrias que no en todas las ciudades existen como es el caso de Loja o ciudades pequeñas.

4.3.2.2.2.- DESAHUCIO Y DESPIDO INTEMPESTIVO.

El desahucio es un aviso que se da al trabajador o al empleador, por parte de uno de ellos cuando desea dar por terminado las relaciones laborales, en el caso del trabajador lo podrá hacer hasta antes de los dos años que puede durar el contrato, si no lo hace en ese lapso, el contrato se convierte en indefinido y prácticamente la única causa sería el despido intempestivo, salvo que previa renuncia quiera voluntariamente el trabajador dejar el empleo.

Nuestro normativa legal estipula "Desahucio es el aviso con el que una de las

[85] CODIGO DEL TRABAJO Ob. Cit. Nral. 6
[86] Ibidem. Nral. 7

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 a tiempo indefinido"[87], pero este aviso del que habla el código lleva implícito una bonificación por el tiempo de la relación laboral.

El empleador tiene un plazo de treinta días de anticipación para dar por terminado el contrato, mientras que el trabajador quince días y, es obligación al momento de liquidarlo que se lo indemnice, mientras que el trabajador que muchas veces ni siquiera da el aviso que le corresponde, dejando abandonado el trabajo.

La ley, dice "…el empleador bonificará al trabajador con el veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador…"[88]. La indemnización le corresponde practicarla o revisarla al Ministerio del Trabajo, sin lo cual no puede darse legalmente por terminada la relación laboral.

Ahora en el caso de las causales antes estudiadas estás proceden para aplicar el visto bueno, que es la aceptación del Ministerio Laboral para que el patrono o

[87]CODIGO DEL TRABAJO. Ob. Cit. Art. 184
[88]Ibídem.

el trabajador pueda dar por finalizada la relación laboral o restituya al trabajador a su puesto de trabajo, una vez que se ha seguido un proceso corto de verificación de la procedencia o no de la petición del empleador.

Pero igualmente sucede que, siempre el perjudicado es el empleador, porque la ineficiencia o irregularidades las vive siempre el patrono, no la autoridad que con una sola visita y a veces entrevistas considera verificado la solicitud.

No hay demasiada objetividad en el trabajo, además de que hay que reconocer que tampoco existe mucha facilidad para verificar las denuncias presentadas.
No todo empleador tiene registro electrónico de verificación de asistencia, menos cuando se trata de un solo obrero, sistemas de producción laboral, etc. Repito no es mi intención decir que debe vedarse los derechos al trabajador, al contrario, es la clase que más debe ser protegida, pero sí y por la experiencia expreso que debe crearse mecanismos legales apropiados a fin de garantizarse trabajo sin que se le menoscabe los derechos.

Finalmente tenemos el despido intempestivo, que es una manera abrupta de terminar la relación laboral de forma unilateral, y; que generalmente es la última opción que se da al empleador, cuando ya no es posible mantener al trabajador y, por el cual obviamente debe igualmente pagarse indemnización, induciendo a que muchas veces los trabajadores obliguen con su actitud a que se los despida para poder cobrar valores adicionales.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. EL JUS VARIANDI EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.

Las leyes laborales argentinas no se encuentran contenidas en un solo cuerpo sino que se encuentran diseminadas en algunas leyes, siendo la más importante la ley en estudio 20.744, y que ha tenido algunas reformas como es la introducida al Art. 1 por la "Ley 26-088 Art. 66"[89], en general si bien se permiten la aplicación del jus variandi, también es cierto que éste se ve limitado por la protección constitucional del Art. 14 que obliga la existencia de "…condiciones dignas y equitativas de labor"[90], por lo que la contratación a la propia voluntad de la contraparte está en franca contradicción con la Constitución.

En Argentina el jus variandi es una potestad que surge de las facultades de organización del patrono, se trata de una especie de conquista patronal, por la cual puede cambiarse algunos aspectos del contrato de trabajo, en algunos aspectos y se prohíbe respecto de otros.

De conformidad a la ley 20.744 Art. 1, que introduce cambios a la Ley del Contrato de Trabajo, más tarde reformado por la Ley 26.088 que regula las

[89] LEY. Nro. 26.088 B.O. de fecha 24 /04/2006
[90] CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA. Art. 14

relaciones laborales en Argentina dispone que “El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren, modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador…”[91], es decir qué; se permite los cambios en cualquier momento, pero advierte la prohibición de usar el ejercicio irrazonable de esa facultad, es decir que no so pretexto de cambios necesarios puede violentarse derechos, y lo cual lo hemos sostenido frecuentemente.

Por tanto, la misma ley señala que “…Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar, persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas…”[92] y solicitar la indemnización correspondiente y es tan tajante este artículo, que aun así el empleador deje sin efecto los cambios introducidos al verse demandado, no tendrá ningún efecto hasta que no haya sentencia.

De conformidad a la Jurisprudencia argentina los elementos modificables del jus variandi son:

“1. Distribución del tiempo de trabajo (reestructuración no sustancial del horario

[91] http.//es.wikipedia.org/wiki/jus-variandi, ley 20.744. Art. 66
[92] LEY 26.088

2. El tipo de actividad (las tareas o funciones prestadas dentro de la misma categoría laboral).

3) Integración de equipos de trabajo.

4) Fijar las normas técnicas del trabajo”[93].

Por tanto no son modificables según la misma jurisprudencia la remuneración, la jornada de trabajo, la categoría y el lugar de trabajo, que se consideran los elementos más controvertidos, siendo la ley bastante más restrictiva en comparación a la legislación Colombiana por ejemplo y que analizaremos más adelante.

Según el argentino Capón Filas, “El cambio de lugar de trabajo no se encuentra dentro de las posibilidades del jus variandi. Si el empleador necesita por razones objetivas trasladar la planta fabril a otro lugar debe negociar con el o los trabajadores y ha de contar con su consentimiento expreso, determinando las condiciones del traslado”[94] con lo que queda claro que no es negociable el cambio de lugar.

Sin embargo, los elementos mencionados como no objeto de cambio unilateral, han sido pactados desde un inicio en el contrato de trabajo pueden ser

[93] http.//es.wikipedia/variandi. PALACIOS Ángel, c/ Vasile y Cía S.A. Despido 13/08/96. Expediente: 45056 CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO.

[94] CAPON Filas, Rodolfo (1980) Derecho Laboral. Editora Platense. Tomo 2. La Plata. Argentina.

aceptados siempre y cuando se hayan considerado algunas situaciones especiales como las que se menciona:

a) Cuando se ha pactado el cambio de lugar de trabajo, pero se reconoce adicional el pago de estadía, gastos de transporte, alimentación.

b) Cuando el cambio del lugar del trabajo no provoca ninguna alteración en el sistema de vida del trabajador, que pueda originar perjuicio de orden patrimonial.

c) Cuando el cambio no obedece a un cambio o sanción por alguna conducta ya sancionada por el empleador, es decir, no se permite la sanción doble al trabajador por alguna inconducta y que está prohibido en el art. 69 del cuerpo legal en estudio.

d) Cuando el reconocimiento económico por cambio de lugar de trabajo se lo hace de tal forma que no se afecta en absoluto al patrimonio del trabajador.

Si de los cambios referidos no se ajusta a las seguridades antes mencionada, se configuraría el despido intempestivo contenido del Art. 57 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Así tenemos “Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles”[95].

En conclusión cualquier cambio producido en el contrato debe estar condicionado a la medida modificatoria, más alta de su razonabilidad, que no cause perjuicio material ni moral al trabajadora, al tenor de lo que dispone el Art. 66 de la Ley del Contrato de Trabajo, artículo que ya se lo cito al inicio de este estudio comparado.

4.4.2. EL JUS VARIANDI EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

De acuerdo a los autores no se contempla con exactitud el jus variandi en la legislación colombiana, sin embargo; anterior a 1994, este principio era aceptado en los contratos de trabajo. Sin embargo algunos autores se considera que este principio está de regreso con la Ley Reformatoria 1010 del

[95] http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm. Ley 20. 744

año 2006, denominada “Ley de acoso laboral”[96] por el cual es objeto de indemnización el trabajador que ha sido acosado por su patrono.

Acoso que puede ser de cambio de actividad o de lugar de trabajo, siempre y cuando signifique violación de derechos del trabajador, ya que la ley colombiana es un tanto más condescendiente con el patrono en relación a nuestra legislación.

Así tenemos que el Art. 22 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que son elementos esenciales del contrato de trabajo, “…la continuada subordinación o dependencia del trabajador con respecto del empleador en las actividades contratadas y bajo una remuneración…”[97], facultad que lo autoriza para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento e imponerle reglamentos, desde luego y según la misma jurisprudencia colombiana “(…) sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador....”[98], tal cual lo manda la misma Constitución colombiana. Art. 53 que consagra el principio de la existencia del contrato-realidad, para lo cual basta la concurrencia de los tres elementos esenciales antes enunciados.

Entonces corresponde al empleador impartir las órdenes, dirigir a los empleados, imponer los reglamentos, y disponer lo relativo a las relaciones

[96] http://derechoslaborales.globered.com/categoria.asp?idcat=49
[97] Ibídem.
[98] Ibídem.

internas de la empresa, con el propósito de conseguir que la ella marche de acuerdo con los fines y objetivos para los cuales se creó.

Por su parte el trabajador debe acatar lo ordenado, y someterse a las reglas y cumplirlas, lo cual no afecta por sí solo sus derechos ni su dignidad. Sin embargo, la subordinación no se puede extender hasta el punto de afectar los derechos y prerrogativas que son esenciales a la persona humana para mantener su dignidad de tal.

Por lo que dentro de esa ley, no califica como acoso laboral entre otros "La solicitud de cumplir deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa o la institución;"[99]variación en la cual para muchos doctrinólogos colombianos se trata de la aceptación del principio en estudio y, que en cierta forma mantiene cierta relación con nuestra legislación laboral.

El Art. 52 del Código del Trabajo señala que puede un obrero trabajar en horas de descanso cuando exista "(…) Necesidad de evitar un grave daño al establecimiento o explotación amenazado por la inminencia de un accidente, y, en general por caso fortuito o fuerza mayor que demande atención

[99]http://derechoslaborales.globered.com/categoria.asp?idcat=49

impostergable (…)”[100] en este caso no se requiere autorización del Inspector del Trabajo, pero deberá hacerlo dentro de 24 horas del hecho.

En el Art. 1 de la Constitución Política Colombiana, en su preámbulo, declara que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”,[101] garantía que constituye la protección del Estado a sus trabajadores pero también al sector empresarial.

4.4.3. EL JUS VARIANDI EN LA LEGISLACIÓN LABORAL DE CHILE.

En el Código del Trabajo de Chile, el principio del jus variandi se presenta de manera más abierta y directa aunque no por ello menos restringida al igual que en las Constituciones de los países antes estudiados.

En este país las partes pueden convenir aun por sobre la ley otro tipo de cláusulas de no afectación grave al trabajador, como el domicilio o el horario de trabajo, y aun lo puede hacer unilateralmente el empleador, siempre y cuando de aviso de ello al Inspector del Trabajo, quien en este caso cumple la función

[100] CODIGO DEL TRABAJO. Ob. Cit. Art. 52
[101] http:/www.uasb.edu.ec/edu/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombiana,pdf

de protección de los derechos del obrero.

El Art. 9.- Del cuerpo legal en estudio señala que “El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante(…)”[102] Si el trabajador no lo firmare el empleador debe enviarlo a la Inspectoría del Trabajo para que sea llamada el trabajador y lo firme delante del Inspector y se ratifique si es ese o no el acuerdo de las partes.

De no cumplir el patrono con esta disposición, se entenderá en caso de cualquier inconveniente en el contrato lo más favorable al trabajador, como si el contrato no hubiese existido jamás, es decir; se aplica el principio pro operario.

Art. 11.- “Las modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo (...)”[103], excepto en remuneración que se lo tendrá por sobreentendido a si sea un alza legal o realizada por el patrono a los trabajadores.

Una aceptación más directa del jus variandi la tenemos en la declaración del

[102] CODIGO DELE TRABAJO. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile-2013 Art. 9
[103] Ibídem. Art. 11

Art. 12 que dice “El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos (...)”[104]

Ahora, si bien las partes pueden, en virtud de su autonomía de voluntad, establecer limitaciones diversas a las legales, ello en caso alguno podrá significar una reducción, restricción o privación de los derechos del trabajador, sino que sólo podrán fijar condiciones más exigentes para su aplicación.

Debe entenderse que en todos los países, siempre habrá una Constitución que de una u otra forma establezca límites al jus variandi, por manera que ciertas libertades que se encuentra en la legislación laboral por la cual pueda haber variaciones unilaterales, solo está direccionado al mejoramiento del trabajo y

[104]CODIGO DELE TRABAJO. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile-2013 Art.12

cuyos resultados ya se ha visto en los países especialmente analizados siendo de ellos Chile y Argentina los más prósperos, pues sus empresarios y trabajadores saben que su remuneración debe ir conforme al trabajo realizado.

Entonces como bien lo dice la resolución del Ministerio de Trabajo "(…) la autonomía de las partes les permite limitar o excluir o imponer mayores requisitos a los casos de Jus Variandi que la Ley establece, pero no les faculta establecer condiciones más gravosas, entonces por ejemplo, se podría establecer que el dependiente no podrá ser destinado a otro lugar de trabajo, no obstante quedar dentro de la misma ciudad, o excluir ciertas áreas a las que no podría ser destinado, aunque sean labores similares (...)"[105] o también todo lo contrario, y no por ello podría hablarse de afectación al obrero.

De acuerdo a lo analizado en los acápites anteriores la modificación unilateral del empleador no precisamente debe ser autoritario, ni ilegal, al contrario sucede dentro de un marco constitucional y legal instaurado, respetando los límites previamente establecidos y universalmente conocidos.

Por tanto Argentina, Chile y Colombia, hacen simplemente un ejercicio regular del Jus variandi, y en consecuencia, el trabajador, en virtud de su deberes de colaboración y de fidelidad, ya incluidos en todo contrato de trabajo, acatan la medida sin derecho a ulterior reclamo ya que como bien dice Cabanellas "se

[105] http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3article-88188htm. Resolución. 335-185. 9 de junio de 1997

trata de la utilización, por parte del principal, de un recurso legal que debe ser aceptado por el dependiente”[106] pero no por antojo de él, sino por necesidad, y que no precisamente significa violación de derechos.

Los principios laborales de irrenunciabilidad, e intangibilidad, así como los constitucionales de igualdad, integridad, libertad de conciencia, opinión, religión, al honor, intimidad personal, inviolabilidad de comunicaciones, que podrían verse afectadas con el jus variandi, no sería tal por el mismo hecho de ser garantías y principios fundamentales reconocidos no solo en la normativa constitucional y legal interna sino que forman parte de acuerdos y convenios internacionales y por ende de cumplimiento obligatorio.

[106] CABANELLAS, Guillermo (19499, Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Ediciones El Gráfico Impresiones, Buenos Aires, Argentina, 1a. edición, Pp. 821

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1 MÉTODOS

Los métodos que utilicé en la realización de la presente investigación son: analítico, sintético, deductivo, comparativo, histórico, y exegético.

Método Analítico.- Lo utilicé en el estudio de conceptos, doctrina y normas legales, que forman parte del trabajo investigativo.

Método Sintético.- Una vez analizados los conceptos, normas jurídicas y doctrina en general, estructure mi trabajo de forma sistematizada, a fin de lograr una mejor comprensión entre lo analizado y lo que propongo, logrando mantener una coherencia entre todo este cuerpo.

Método Deductivo.- Lo utilice en el estudio del Derecho Comparado, en este caso sobre legislación laboral de Perú, México y Colombia, que son países que permiten una aplicación razonable del principio del jus variandi, con consecuencias positivas en el campo laboral y sin afectación al trabajador.

Método Exegético.- Lo utilicé específicamente en el marco legal, buscando la interpretación lógica de la norma, y el espíritu de ella, que me sirvieron para argumentar sobre la procedencia del principio del jus variandi para la modificación de las cláusulas del contrato, porque no se viola ninguna norma legal ni constitucional.

5.2 TÉCNICAS.

Como dentro de todo trabajo investigativo, y a fin de completar la metodología aplicada, utilicé como herramientas básicas para el procesamiento de la información, fichas nemotécnicas, subrayados, lectura, y para el trabajo de campo las encuestas, aplicadas a los abogados de la ciudad de Loja, habiendo tomado como muestra un total de veinticinco profesionales del derecho.

6.- RESULTADOS

Análisis e interpretación de datos de la encuesta aplicadas a los abogados de la ciudad de Loja.

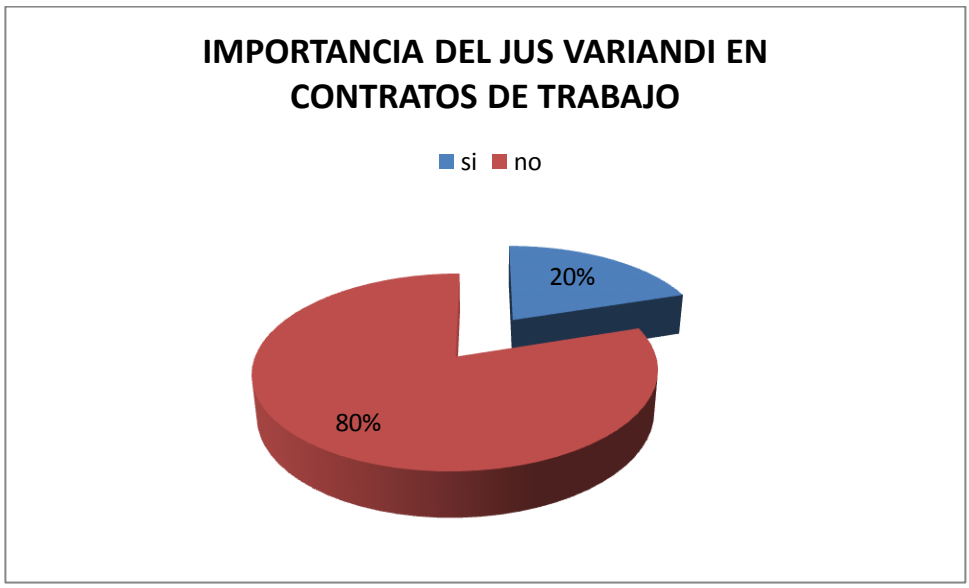
PREGUNTA: 1

¿Conoce usted la importancia de la aplicación del principio del jus variandi, en los Contratos de Trabajo?		
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	80%
NO	5	20%
TOTAL	25	100%

Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto

Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

GRAFICO. NRO. 1



Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

INTERPRETACIÓN DE DATOS.- Del grupo encuestado, tenemos que cinco representada por el 20%, expresaron no conocer sobre el principio del jus variandi, ni la incidencia de estos en los contratos de trabajo

Veinte que equivale al 80%, en cambio expresaron conocer de la importancia del jus variandi y que se refiere a cambios en los contratos de trabajo, cuando posterior a su suscripción se requiere ciertas modificaciones, ante complicaciones que se pueden presentar en el desarollo del mismo.

ANÁLISIS.-De la opinión de la mayoría encuestada, se deduce que efectivamente el jus variandi, es una modificación a los contratos de trabajo ya suscritos, solo cuando se requiere de ciertos cambios en las actividades laborales, y en razón de necesidades justificables.

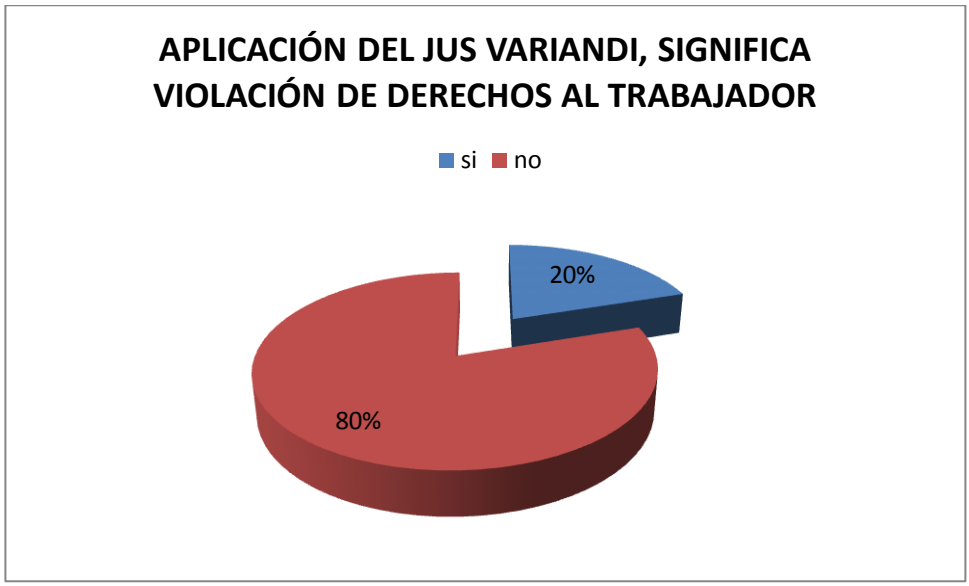
PREGUNTA: 2

¿Considera usted, que la aplicación del principio del jus variandi, significa violación de los derechos del trabajador?		
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	20%
NO	20	80%
TOTAL	25	100%

Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto

Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

GRÁFICO NRO. 2



Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

INTERPRETACIÓN DE DATOS.- Veinte personas, representados por el 80%, expresan que las modificaciones a los contratos de trabajo por el principio en mención, no son sustanciales, por tanto no hay afectación a derecho alguno, pero que es necesario se los establezca legalmente, para evitar excesos tanto del trabajador como del patrono.

Cinco que equivalen al 20%, en cambio manifestaron, que los cambios que se realicen a los contratos una vez suscrito éste, de cualquier forma son alteraciones y por tanto existe desmedro a los derechos obreros.

ANÁLISIS.- La opinión mayoritaria de los encuestados es importante, por cuanto demuestran conocer más a fondo el tema, la alteración siempre es a lo

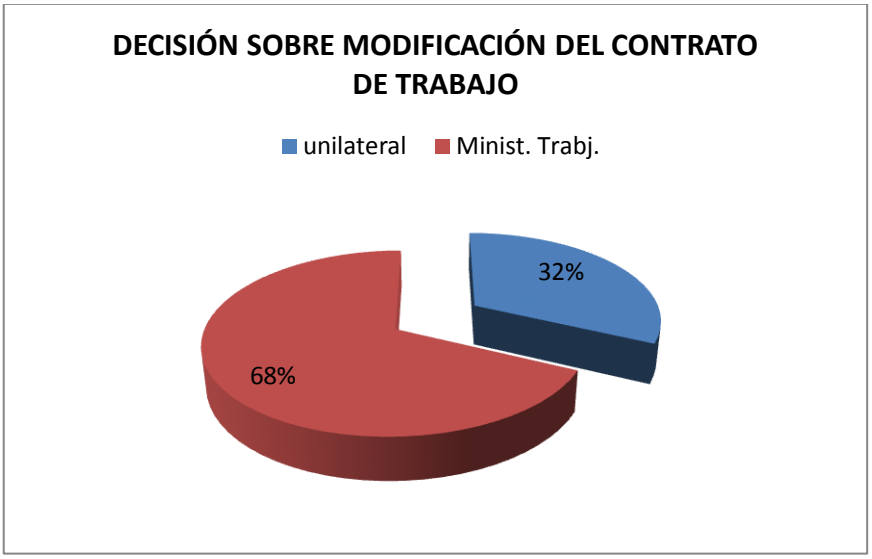
sustancial, mientras que modificación es general o superficial, por tanto la idea que se defiende es precisamente la aplicación del jus variandi en los contratos de trabajo, en aspectos que no se afecte derechos laborales sustanciales y siempre y cuando exista una necesidad de esa modificación.

PREGUNTA: 3

¿Considera pertinente que los cambios al contrato de trabajo se lo haga unilateralmente o por medio del Ministerio del Trabajo?		
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Unilateralmente	8	32%
Ministerio del Trabajo	17	68%
TOTAL	25	100%

Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja

GRAFICO NRO. 3



Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja

INTERPRETACIÓN DE DATOS.- De la información obtenida, ocho que representan el 32%, manifestaron que solo debe hacerlo el Patrono, ya que un trámite en el Ministerio sería demasiado engorroso y si el trabajador se opone no tendría sentido, que lo que corresponde simplemente es que se ponga causales para su procedencia en la ley.

Los restantes diecisiete, representados por el 68%, expresaron, debe contarse con el Inspector del Trabajo, por tratarse de la modificación del contrato, y evitar abusos o mal interpretaciones por parte del empleador.

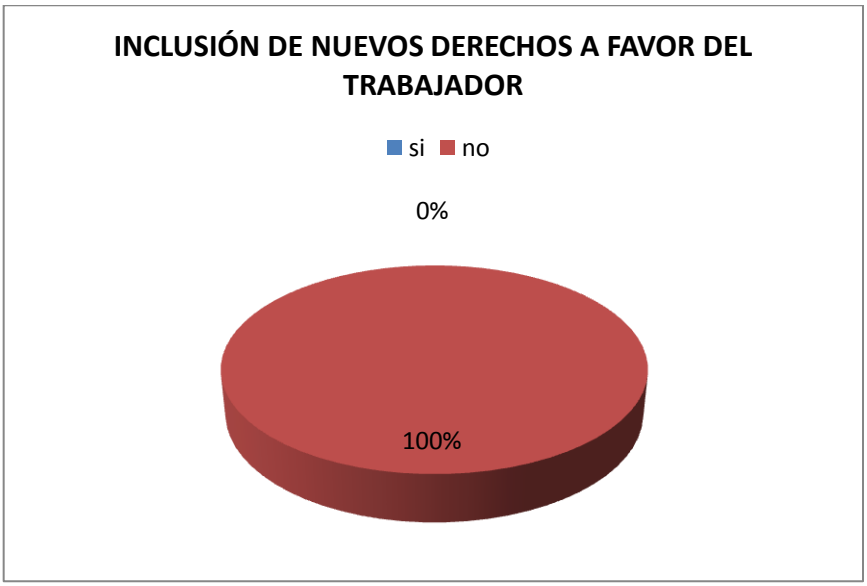
ANÁLISIS.- De la información obtenida, puedo manifestar que coincido con la opinión de las partes, en primer lugar debe regularse mediante la ley, los aspectos que puede modificarse en el contrato y segundo, es necesario intervenga el Ministerio del Trabajo, como ente neutral y conciliatorio, que sabrá informar debidamente tanto a empleador como trabajador y; sobre todo garantizar que el beneficio del empleador no sea en perjuicio del trabajador.

PREGUNTA: 4

¿Estima procedente la inclusión de algún derecho del trabajador, que al no estar considerado actualmente, pueda verse afectado con alguna posible modificación del contrato de trabajo?		
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	25	100%
TOTAL	25	100%

Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

GRÁFICO. NRO. 4



Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja

INTERPRETACIÓN DE DATOS.- El 100% opinan que todos los derechos del trabajador se encuentran debidamente garantizados en la Constitución y la ley, y que no existen otros que deban incluirse, que las modificaciones no se dan por falta de derechos, sino ante la necesidad de algún cambio.

ANÁLISIS.- La opinión emitida confirma, en primer lugar que los derechos del trabajador están debidamente garantizados y que su existencia en los contratos de trabajo no puede ser soslayado, y segundo; que cuando la naturaleza del trabajo o posibles acontecimientos posteriores, hagan necesarios cambios en su planta trabajadora, debe haber flexibilidad en los contratos para introducirlos, sin que por ello se produzca despido intempestivo, como actualmente sucede.

Por tanto, siendo el sector trabajador fundamental para el desarrollo del país, es mejor que las modificaciones que sean necesarias, estén debidamente reglados

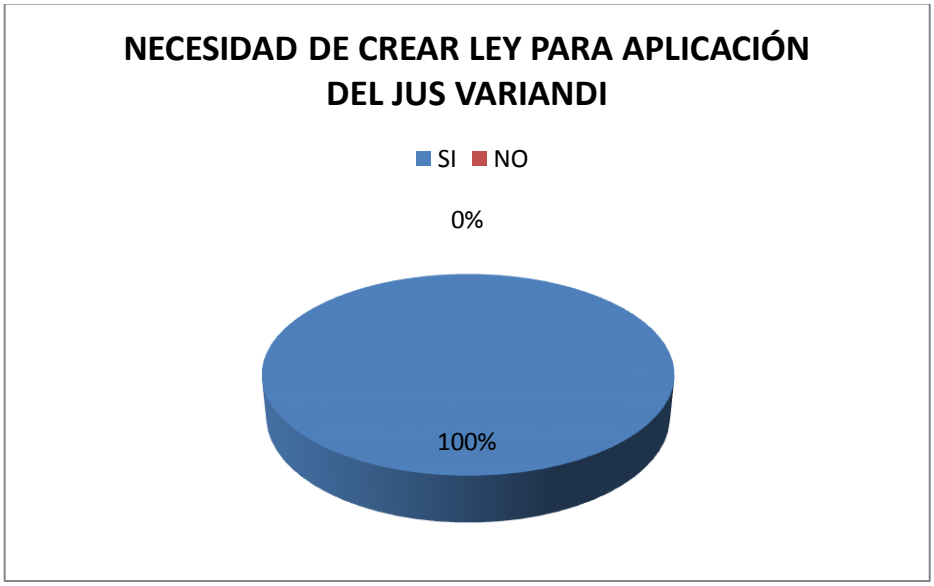
en el mismo Código del Trabajo, con los mismos límites de irrenunciabilidad, intangibilidad, libertad de expresión, opinión y, contratación, evitando demandas inútiles y perjuicio al trabajador. Dicho de otra forma lo que se pretende es la flexibilidad en algunas cláusulas del contrato.

PREGUNTA: 5

¿Considera viable que en Ecuador se aplique el principio del jus variandi, mediante una norma legal que así lo especifique, o cree deberá hacérselo de acuerdo a la necesidad de cada empleador?		
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	100%
NO	0	0%
TOTAL	25	100%

Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja

GRÁFICO NRO. 5



Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

INTERPRETACIÓN DE DATOS.- A la pregunta que antecede, la totalidad de los encuestados opinan sobre la necesidad de una norma que regule la aplicación del jus variandi en los contratos laborales. Así mismo indican que si bien es cierto existe protección constitucional y legal para los derechos del trabajador en general, es mejor procurar que todo lo relacionado con contratos esté clara y directamente reglado.

Por tanto es pertinente que se establezca un artículo que contemple los casos en que es aplicable la modificación ya que no puede dejarse al arbitrio del patrono.

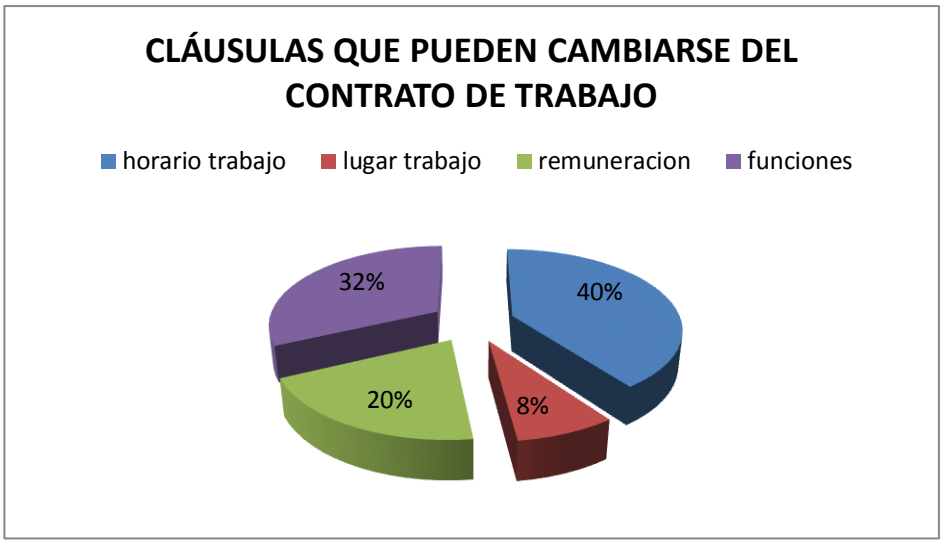
ANÁLISIS.- Efectivamente, y luego de analizar las respuestas dadas por los abogados, es obvio nuestra coincidencia, dado que no puede dejarse al patrono en libertad de introducir cambios, sino que debe hacérselo debidamente reglamentado, para que la autoridad del trabajo, pueda así mismo vigilar la legalidad del mismo.

PREGUNTA: 6

¿Qué cláusulas generales del contrato de trabajo, estima usted podría considerarse para una modificación del mismo?		
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Horario de trabajo	10	40%
Lugar de trabajo	2	8%
Remuneración	5	20%
Funciones	8	32%
TOTAL	25	100%

Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja

GRAFICO NRO. 6



Responsable: Dra. Verónica Paccha Soto
Fuente: Abogados de la ciudad de Loja

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS.- De la tabulación de datos tenemos lo siguiente: diez que representa el 40%, opinan que debería poder modificarse el horario de trabajo, ya que no siempre es necesario, a veces se requiere más del personal en determinadas horas y bien podría cambiársela con las de la mañana o tarde.

Ocho que equivale al 32%, por su parte opinan que debe hacérselo respecto de las funciones, puesto que a veces o es necesario el personal para las funciones que se lo contrató o será más eficiente en otra función.

Cinco, que corresponde al 20%, por su parte expresaron, que debía hacérselo en cuanto a la remuneración, porque el trabajo no siempre justifica lo que gana,

además que eso serviría para que trabajen con mayor responsabilidad.

Finalmente tenemos dos que representa el 8%, que manifiestan debería permitirse la modificación en cuanto al lugar de trabajo, que en ciertas ocasiones o por periodos dadas las actividades de las empresas se los requiere en otro lugar, diferente para el que fue inicialmente contratado.

ANÁLISIS.- Opino, que todos los patronos de acuerdo a su experiencia saben dónde debería aplicarse los cambios, pero no por ello debe obviarse a la autoridad de trabajo, Además como se ha venido tratando desde un principio el jus variandi aplica a modificaciones no sustanciales del contrato, y al permitir se lo haga por ejemplo sobre la remuneración se estaría afectando sustancialmente al contrato, violentando derechos de irrenunciabilidad, de libertad de pactar libremente la remuneración, etc., con lo que ya me he manifestado abiertamente no estar de acuerdo.

Por tanto los cambios deberían ser donde menos se afecte al trabajador, como son el horario y funciones, que bien puede ser aceptado por el Ministerio del Trabajo, dependiendo de la no afectación de derechos al trabajador, y teniendo siempre en cuenta lo que al respecto manifieste el mismo.

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

- ***OBJETIVO GENERAL.***

Conocer la importancia jurídica, económica y social de la introducción del principio del jus variandi, en los contratos de trabajo.

Este objetivo se lo ha comprobado por medio del análisis jurídico y doctrinario de la dinámica económica ecuatoriana y ciertos vacíos legales, que hacen necesario de una reforma, a fin que el principio del jus variandi sea introducido de forma tal que no permitan violación de derechos y no se lo mire como la puerta a la explotación laboral del siglo XXI.

Igualmente por medio del estudio de campo, se ha verificado la necesidad de introducir cambios en nuestra legislación laboral, porque no se trata de una cambio radical ni abusivo de una de las partes productivas, sino de un cambio necesarísimo y resguardado constitucionalmente y solo para ciertas excepciones.

- ***OBJETIVOS ESPECÍFICOS.***

  Realizar un estudio jurídico-diferenciado entre la aplicación del principio del jus variandi y la alteración del contrato de trabajo.

Dentro del marco doctrinario y jurídico se ha tratado el tema, propuesto como objetivo, y que permite sostener, que la aplicación del principio del jus variandi no se trata de ninguna alteración del contrato de trabajo, que significaría cambio radicales y perjudiciales para el trabajador, sino de modificaciones legales para fines determinados, con el conocimiento de las partes y lo más importante bajo la vigilancia de la autoridad del trabajo, de tal manera que no se afecte derechos sustanciales del obrero como la intangibilidad e irrenunciabilidad de derechos.

- **Establecer límites en la aplicación del jus variandi en los contratos de trabajo, para evitar violación de derechos del trabajador.**

Igualmente desde el punto de vista constitucional y legal, tratados en el marco jurídico, se ha enfocado algunas garantías y principios que se constituyen en límites naturales del jus variandi, como son intangibilidad e irrenunciabilidad de derechos, la libertad de trabajo, expresión, opinión y conciencia, el derecho la integridad física, intimidad personal, etc., entre muchos otros que de una forma u otra no permitirán la vulneración de derechos obreros.

- **Demostrar que la aplicación del principio del jus variandi en los contratos de trabajo no afecta al mismo.**

Esta explicación se la hace a través de todo el trabajo. Del análisis de los datos obtenidos y de la propuesta de reforma que se sustenta más adelante, se recoge derechos y garantías del trabajador que permiten fundamentar una propuesta coherente con nuestra realidad productiva y laboral, y sobre todo sustentada en la legislación internacional de países como Chile, Argentina y Colombia, países desarrollados industrialmente y cuyas legislaciones laborales contienen el principio del jus variandi, con bastante éxito, y; sin causar ninguna complicación en el ámbito obrero.

7.2. VERIFICACION DE HIPÓTESIS.

HIPÓTESIS.

La aplicación del principio del jus variandi en los contratos de trabajo, no afecta a éstos ni genera perjuicios de ninguna naturaleza al trabajador.

Hipótesis que ha sido verificada favorablemente, por medio del trabajo doctrinario, jurídico y de campo, marcos que han permitido analizar profundamente la institución en estudio, así como la realidad económico-social ecuatoriana respecto de la clase empleadora y trabajadora del país.

La revolución política que experimentamos actualmente se ha visto sacudida por una serie de mandatos que han eliminado ciertas prebendas al sector obrero, pero especialmente al sindical, cuyo objetivo ha sido mejorar la productividad del país.

En igual forma me propongo presentar una propuesta de reforma que sin que signifique mengua de derechos, y se permitan ciertas modificaciones a los contratos de trabajo, donde el trabajador se sienta cómodo pero responda con eficiencia a su labor, y a la vez sirva de apoyo al sector patronal, sin necesidad de recurrir a actos ilegales o tramposos para con su subordinado.

Se trata de pactar libremente, pero de acuerdo a la ley la forma como ha de desarrollarse el trabajo, y cuando poder hacer ciertas modificaciones al contrato, y que sea respetado por ambas partes y no terminar en despidos intempestivos, que solo causan perjuicio económico para ambas partes.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

Para el desarrollo de éste acápite, debe comprenderse ampliamente los derechos que les asiste a las dos partes fundamentales del desarrollo económico, esto es la parte patronal y la trabajadora.

El empleador tiene tres facultades en el ámbito de sus funciones que debe atenderse necesariamente, y que conforman el Poder de Dirección Empresarial, estos son: "Facultad Decisoria: entendida como la facultad de decidir ejecutivamente, que también se conoce como decisiones ejecutivas. La Facultad de Ordenación: consistente en la facultad de dictar órdenes e instrucciones, sean las funciones ordenadoras o instruccionales. La Facultad de Control: que ha de ser la capacidad de establecer medidas de control y vigilancia dentro del marco de la empresa"[107], facultades desde luego que se encuentran legalmente regladas y que le han sido entregadas precisamente, porque es quien crea, desarrolla y dirige su empresa o negocio o la misma empresa pública.

El empleador es el dueño de los recursos económicos y para ponerlos a producir obviamente necesita de la persona que ponga a su servicio la mano de obra, entra entonces el trabajador quien a cambio de una remuneración trabaja para su patrono, en las actividades que le han sido indicadas.

Se crea entonces dos situaciones jurídicas recíprocas, el ya mencionado por Ardón Acosta que es el Poder de Dirección Empresarial y a su vez el deber de

[107]ARDÓN Acosta Víctor Manuel. (1999) El Poder de Dirección en la Empresa. San José-Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas. S.A. Pp. 54

obediencia que por su parte tiene el trabajador respecto a su patrono, el cual valga señalar, constituye una de las características imperantes de toda relación de trabajo.

El mexicano DE LA CUEVA sobre este punto nos dice que “La obediencia del trabajador a las órdenes del patrono es la forma única de disposición de la energía de trabajo y es claro que el deber de obediencia constituye una relación personal, pues liga a la persona misma del trabajador, creando una relación de autoridad y, por ende, de subordinación de la voluntad del obrero a la del patrono”[108]. Sin obediencia sería imposible cumplir órdenes emanadas del jefe.

Más que sucede no todas las personas están dispuesta a obedecer las órdenes impartidas sino que más bien se busca hacer el trabajo como mejor considera o simplemente cumplir a medias.

Por otro lado tenemos que el patrono requiere de un servicio pero no siempre este da los resultados esperados, siendo necesario ampliarlo, disminuirlo o realizar cualquier cambio que estima procedente, más se encuentra limitado por un contrato de trabajo.

[108] DE LA CUEVA Mario (2000) Derecho Mexicano del Trabajo. México. Editorial Porrúa. Tomo 1. 3era. Edic. Pp. 513-514

En otras ocasiones y por las necesidades del trabajo se requieren cambios como el de lugar, el horario o bien podría ser el cambio de funciones como por ejemplo cuando se contrata un auxiliar de contabilidad, pero posteriormente sus servicios se requiere para secretaria o administración, entonces debería poder modificarse las cláusulas contractuales.

Es decir; lo que se debería es buscar la forma como sin necesidad de despedir a un trabajador y sin que se cause perjuicio económico de ninguna naturaleza al trabajador o al patrono se modifique, no altere el contrato de trabajo.

Ahora bien, no se trata de dar al empleador una facultad abusiva sino más bien congruente con el ordenamiento jurídico, que nace del contrato de trabajo, y que se encuentra limitada por la misma Constitución y las leyes, limitaciones que las encontramos en la Constitución de la República Art. 11 "Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes…" "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades…"[109] es decir, cualquier abuso puede ser objeto de reclamo.

De allí el control constitucional a todo ejercicio abusivo del derecho cuando dice "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación

[109] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. Ob. Cit. Art. 11 Nral. 1 y 2

por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte"[110] por ende no puede hablarse de cambios sustanciales en el contrato que afecte intereses contractuales, cuando el límite constitucional y legal está encima de cualquier cambio que pueda operarse.

Cuando se garantiza el trabajo como "…un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía…"[111], estamos frente a una norma general de beneficio colectivo, que cubre tanto al obrero como al patrono y por ende corresponde al Estado la garantía del respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas así como el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Garantía que da pie a sostener que así como se garantiza la libertad de trabajo a seleccionarlo, pactarlo, no hay razón por la cual las partes no puedan posteriormente revisarlo y hacerse algunos cambios, cuando realmente es necesario hacerlo.

Cuando nuestra Constitución habla de los principios de producción señala que "En las diversas formas de organización de los procesos de producción se

[110] Ibídem. Art. 11 Nral. 3
[111] Ibídem. Art. 33

estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente”[112] principios que no pueden aplicarse sino es en un desempeño transparente del trabajador que goza de una remuneración a cambio.

El gobierno actualmente se ha preocupado de dar mayor impulso al sector productivo, procurar mayor eficiencia, por las exigencias del mercado nacional que busca entrar por completo en el mundo globalizado. Se está atravesando de una etapa de producir materia prima a procesarla y disminuir las importaciones, a fin de que el país procese sus propios recursos y aumente el mercado exportador, con una balanza comercial inclinada hacia los ecuatorianos.

Lo que obliga a que la fuerza de trabajo se agilite y se ponga acorde a los nuevos cambios productivos. Actualmente el gobierno ha mejorado su remuneración, aunque claro nunca será suficiente, a lo que se suma los cambios en seguridad social, económica; entonces ¿porqué no revisar la oportunidad o no de la aplicación del principio del jus variandi?

Muy por el contrario de la opinión generalizada de los ecuatorianos, la aplicación del principio en estudio se encuentra condicionada por los límites de

[112] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. Ob. Cit. Art. 320

éste, de suerte que su ejercicio no pueda abarcar o contemplar aspectos que no guarden relación directa con el trabajo, lo cual constituye el presupuesto jurídico indispensable para su ejercicio o cumplimiento; caso contrario, significaría un ejercicio ilegítimo de dicha potestad.

Si bien resulta claro que el trabajador debe sujetarse a las disposiciones del patrono, ello no faculta un uso irracional y menos aún arbitrario de dicha prerrogativa. Su adopción y aplicación debe de adecuarse a límites establecidos por el Ordenamiento Jurídico que en definitiva señala que su utilización debe ser considerada estrictamente en apego al resultado de deba tener la prestación contratada.

El aceptar en el contrato cambios a futuro, respecto al lugar de trabajo o de funciones, por ejemplo; no significa que el obrero haya prestado su consentimiento para cualquier cambio futuro y en diversas cláusulas pre impresas, como si se tratara de una aceptación anticipada de cambio, sino que estas solo podrán ser ejecutadas en caso indispensable debidamente justificada y sin que signifique disminución en su remuneración, como tantas veces ya lo he mencionado, sino que incluso pueda hasta reconocérsele las diferencias económicas ocasionadas, si ese es el caso y sobre todo, debidamente homologada por autoridad competente.

Considero oportuno citar como parte del fundamento a mi propuesta la siguiente doctrina argentina "El ejercicio unilateral del jus variandi solo es posible cuando se refiere a elementos accidentales de la relación, siempre que la modificación sea funcional y no dañe al trabajador. Si el cambio refiere a cambios estructurales es imposible que el empleador proceda unilateralmente sobre ellos, aunque el cambio sea funcional y aunque no sea dañoso (por elementos estructurales se entiende el horario, la calificación profesional, el lugar de trabajo, la remuneración)"[113] es decir; que el cambio está aceptado si solo es funcional y previa autorización del Ministerio de Relaciones Laborales.

En conclusión el jus variandi no es absoluto, está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (Art. 33 Constitución de la República del Ecuador), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el título preliminar del Código del Trabajo, y, por el ejercicio concreto de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado.

El empleador deberá por sobretodo apreciar el conjunto de los elementos antes mencionados y adoptar una solución que la consulte de manera adecuada y

[113] VAZQUEZ Vlalard Antonio. (1996) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo 1-7. Edic. Actualizada y ampliada. Ediciones ASTREA Buenos Aires Pp.355

coherente a la autoridad del trabajo respectiva y al mismo trabajador de ser el caso. Con lo cual se reafirma que el empleador no está ni se pretende revestirlo de atribuciones omnímodas respecto del trabajador y por tanto debe tratarlo a la altura que todo ser humano merece en quien debe materializarse la administración de justicia distributiva y equitativa a cargo del patrono.

8. CONCLUSIONES.

- De la información doctrinaria y de campo, se puede concluir en los siguientes términos:

- Que existe el convencimiento pleno respecto de los beneficios del jus variandi en los contratos de trabajo, como un principio congruente con el ordenamiento jurídico, que nace del contrato de trabajo, y que se encuentra limitada por la misma Constitución y las leyes.

- Se ha confirmado que el principio del jus variandi, no significa una alteración a las cláusulas principales del contrato de trabajo, sino de modificaciones superficiales pero necesarias para mejorar la producción.

- Las modificaciones al contrato de trabajo, deben realizarse bajo la supervisión y autorización del Ministerio de Relaciones Laborales, como ente garantizador de los derechos de la clase obrera.

- Los derechos del trabajador se encuentran garantizados y protegidos por la Constitución de la República y el Código del Trabajo, por tanto al aplicarse el jus variandi, no existe ningún peligro de afectación de éstos.

- La aplicación del principio del jus variandi, no puede ser de libre decisión del empleador, sino que debe responder a una necesidad justificada de ese cambio y atenerse a las reglas que sobre ellas señale la ley

- Mayoritariamente, se considera que los cambios al contrato de trabajo podrían ser aplicables a las cláusulas que regulan el horario, lugar y funciones de trabajo.

9. RECOMENDACIONES

- Introducción de reformas al Código del Trabajo, estableciéndose las causas por las cuales procede la modificación del contrato de trabajo, y sobre qué aspectos exclusivamente.

- Universalización del principio jus variandi en los contratos de trabajo, priorizándose en que solo podrán modificarse aspectos no esenciales (accidentales o secundarios), justificados en las necesidades funcionales de la empresa y siempre que no causen perjuicio material o moral al trabajador.

- La intervención del Ministerio del Trabajo, es fundamental por tratarse de derechos discrecionales en manos de los empleadores, pero no absolutos. Razón que implicará la justificación ante dicha dependencia de las necesidades funcionales de la empresa y el cambio razonable de algunas cláusulas.
- Las reformas a introducirse para la aplicación del jus variandi, estarán dirigidas exclusivamente al Código del Trabajo y no la Constitución, por cuanto las garantías en ella contenidos son favorables al tema que no ocupa.

- La aplicación del jus variandi, deberá facultar al empleador para introducir únicamente aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

- Se recomienda que la aplicación al jus variandi, solo debería ser para elementos modificables del contrato, como la distribución del tiempo de trabajo, que abarque una reestructuración no sustancial de horario; lugar de trabajo; tipo de actividad, que se refiere a las tareas o funciones prestadas dentro de la misma categoría laboral y, determinación de las normas técnicas de trabajo.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

LA ASAMBLEA NACIONAL.

CONSIDERANDO:

Que la insuficiencia de la normativa laboral impide que el sector productivo del país avance acorde a la realidad nacional e internacional, tornándola ineficiente.

Que el Art. 33 del Código del Trabajo garantiza el trabajo como un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.

Que la Constitución ecuatoriana garantiza 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 y aceptado.

Que el Art. 320, garantiza las diversas formas de organización de los procesos de producción, estimulando una gestión participativa, transparente y eficiente y;

Que igualmente garantiza la producción, sujeta a los principios y normas de calidad, sostenibilidad, productividad sistemática, valoración del trabajo y eficiencia económica y social.

Que es imperativo realizar reformas al Código del Trabajo, con el propósito de contar con una legislación que mantenga la proporcionalidad entre los derechos del trabajador y del empleador.

En conformidad a lo estipulado en el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en su calidad de máximo órgano de decisión, de la Comisión; y, en ejercicio de sus atribuciones resuelve expedir:

LA SIGUIENTE LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO.

Art. 1. Refórmase el Art. 37 por el siguiente texto:

Regulación de los contratos.- Los contratos de trabajo están regulados por las disposiciones de éste Código, aun a falta de referencia expresa y por el acuerdo de las partes, siempre y cuando no se afecte derechos debidamente garantizados en la Constitución y este Código.

Excepcionalmente el empleador está facultado a introducir todos aquellos cambios relativos al horario y funciones del trabajador, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren, modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

Cuando el cambio deba ser sustancial al contrato, deberá solicitárselo a la Autoridad del Ministerio del Trabajo respectiva, quien previo una trámite administrativo similar al señalado en el Art. 184.

Este cambio solo procederá en tanto y cuanto no signifique disminución de remuneración, sino que en razón de su oficio o profesión pueda las funciones originalmente contratadas cambiárselas por otras similares y en el mismo nivel, que no afecte al honor, la dignidad, interés, derechos mínimos y seguridad del trabajador.

Ningún cambio será posible, si el trabajador demostrare que de producirse el mismo afecta a su situación económica, social, psicológica, física o cualquier otra afectación de su salud o familiar.

Art. 2 Derógase el Art. 192 del Código del Trabajo.

Artículo final.- Esta ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

10. BIBLIOGRAFÍA

NETGRAFÍA

- http://www.ilo.org/global/research/global-reports/world-of-work/lang--s/index.htm

- http://www.gerencie.com/cuando-al-empleador-es-licito-cambiar-las-cndiciones-laborales-se-su-trabajador-sin-su-consentimiento.html

- http://wwwgerencie.com/facultad-del empleador-para trasladar el empleado.htm

- http://www.definicionabc.com/social/trabajador.php#ixzz2qPnOHmZi

- http://deconceptos.com/ciencias-naturales/trabajo#ixzz2qPocPR7E

- http://www.ilo.org/global/research/global-reports/world-of-work/lang--/index.htm

- http://www. trabajos78/derechos-fundamentales-trabajo/derechos-fundamentales-trabajo2.shtml

- http://www.materiabiz.com/foros/derecho-del-trabajo/686-irrenunciabilidad-de-los-derechos-del-trabajador.htm

- http://derecho.laguia2000.com/derecho-laboral/in-dubio-pro-operario#ixzz1Z9FYLvcq

- http://www, gerencie.com/facultad-del empleador-para-trasladar-el-empleado.htm

- http.//es.wikipedia.org/wiki/jus-variandi,ley 20.744. Art. 66

- http.//es.wikipedia/variandi. PALACIOS Ángel, c/ Vasile y Cía. S.A. Despido 13/08/96. Expediente:45056 CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO.

- http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm. Ley 20. 744

- http://derechoslaborales.globered.com/categoria.asp?idcat=49

- http:/www.uasb.edu.ec/edu/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombiana,pdf

- http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3article-88188htm. Resolución. 335-185. 9 de junio de 1997

DOCTRINA.

- ALBURQUERQUE Rafael. (1993) Revista de Derecho Laboral. Número 1-2 año. Buenos Aires.

- ARDÓN Acosta Víctor Manuel. (1999) El Poder de Dirección en la Empresa. San José-Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas. S.A.

- BAYÓN Chacón y Pérez Botija. (1997) Manual del Derecho del Trabajo. Vol. 55ta. Edic. Marcial Pons-Libros Jurídicos. Madrid. 3era. Edic.

- CAAMAÑO Rojas Eduardo. El Principio de la Buena Fe en el Derecho del Trabajo.

- CABANELLAS, Guillermo (1949), Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Ediciones El Gráfico Impresiones, Buenos Aires, Argentina, 1a. edición.

- CAPON Filas, Rodolfo (1980) Derecho Laboral. Editora Platense. Tomo 2. La Plata. Argentina.

- CORREA Vas Da Silva Floreano. (1997) La Equidad y el Derecho del Trabajo. Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. México, Edit. Jus. S.A.

- DE LA CUEVA Mario. (1977) Derecho Mexicano del Trabajo. Ediciones Purrúa. 4ta. Edición. México.

- DE FERRARI Francisco. (1969) Derecho del Trabajo. 2da. Edición. Ediciones de Palma. Buenos Aires.

- DE BUEN LOZANO Néstor. (1957) Derecho del Trabajo. Ediciones Purrúa. 2da. Edición. México.

- ENGELS Federico. (1968) Dialéctica de la Naturaleza. Editorial Grijalbo. México.

- ENSINCK Juan A. (1979). Contrato de Trabajo. Definición-Concepto. Derecho Individual del Trabajo. Buenos Aires. Ed. Heliasta.

- Expediente. Nro. 325/2000. SENTENCIA Nro.106. 22/12/2002. Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones del Trabajo VILLALBA Rubén Edgardo. C/Mutal Alejandro Raúl / Despido, etc. Provincia del Chaco. Colombia.

- Expediente Nro. 798-20. 21710/99. KRAISMAN Alejandro c/ VILGUAD S.A. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Colombia.

- GARCÍA Manuel Alfonso. (1968) Introducción al Estudio del Derecho del Trabajo. Ediciones Urgel. Editora Bosch. Barcelona.

- GUERRERO FIGUEROA Guillermo. (1991) Grupo Editorial LEYER. Bogotá- Colombia.

- GUZMAN López Jorge E. (2011) Estabilidad Laboral y Despido. Editorial Jurídica LYL. Guayaquil

- MONZÓN Máximo. (1956) “En torno al jus variandi” Revista Argentina del Derecho del Trabajo. Argentina.

- MONTOYA Alfredo. (1994) La Buena Fe en el Derecho del Trabajo. Madrid-España.

- OSSORIO Manuel. (1994) Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina.

- OBANDO Garrido José María. (2001) Derecho Procesal Laboral. Tercera Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Colombia.

- PLÁ Rodríguez Américo. (1979) Jus variandi. Estudios sobre derecho individual de trabajo. Editorial Heliasta. Buenos Aires. II Edición.

- PEREZ Botija Eugenio. (1957) Curso del Derecho del Trabajo. 5ta. Edic. Madrid. Edit. Tecnos. S.A.

- PEREZ Benito. (1999) Tratado del Derecho del Trabajo. Buenos Aires. Editorial La Ley. Tomo III. Nueva edición.

- POZZO D. Juan. (1989) Derecho del Trabajo. T. I. Buenos Aires – Argentina

- REGIMEN LABORAL ECUATORIANO. (2006) Tomo II. Ediciones Legales. Quito- Ecuador.

- RUPRECHT Alfredo J. (1976) Contrato de Trabajo. Edición Bibliográfica Omeba. Buenos Aires.

- TRUJILLO Julio César. (1986) Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Tomo I.2da. Edición.

- VAZQUEZ Vlalard Antonio. (1996) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo 1-7. Edic. Actualizada y ampliada. Ediciones ASTREA Buenos Aires

LEGAL

- CODIGO DEL TRABAJO. (2008) Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador

- CODIGO DELE TRABAJO. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile-2013.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2008) Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador

- CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA. REPÚBLICA DE ARGENTINA

- LEY. NRO. 26.088 B.O. DE FECHA 24 /04/2006. Argentina (Ley Laboral).

- MANDATO CONSTITUCIONAL NRO. 8 (2008) Asamblea Nacional del Ecuador

11. ANEXOS

ANEXO 1 Formato de Encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Estimado señor Abogado:

Me encuentro desarrollando mi tesis de grado intitulada “EL PRINCIPIO DEL JUS VARIANDI EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO” que se refiere al cambio de cláusulas del contrato posterior a su suscripción y conforme las necesidades de la empresa o institución. Información que la requiero para elaborar mi trabajo de tesis, previo a la obtención del título de Abogada de la República del Ecuador y para lo cual requiero de su colaboración, contestando el siguiente cuestionario.

CUESTIONARIO

1.- ¿Conoce usted la importancia de la aplicación del principio del jus variandi, en los Contratos de Trabajo?

SI ( )

NO ( )

……
……
……
……

2.-¿Considera usted, que la aplicación del principio del jus variandi, significa violación de los derechos del trabajador?

SI ( )

NO ( )

……
……
……
……

3.- ¿Considera pertinente que los cambios al contrato de trabajo se lo haga unilateralmente o por medio del Ministerio del Trabajo?

SI ( )

NO ( )

……
……
……
……

4.- ¿Estima procedente la inclusión de algún derecho del trabajador, que al no estar considerado actualmente, pueda verse afectado con alguna posible modificación del contrato de trabajo?

SI ( )

NO ( )

……
……
……
……

5.- ¿Considera viable que en Ecuador se aplique el principio del jus variandi, mediante una norma legal que así lo especifique, o cree deberá hacérselo de acuerdo a la necesidad de cada empleador?

SI ( )

NO ( )

……
……
……
……

6.- ¿Qué cláusulas generales del contrato de trabajo, estima usted podría considerarse para una modificación del mismo?

SI ( )

NO ( )

……
……
……
……

GRACIAS

ÍNDICE

PORTADA..... i

CERTIFICACIÓN ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN iv

AGRADECIMIENTO v

DEDICATORIA vi

TABLA DE CONTENIDOS.....vii

1. TÍTULO 1

2. RESUMEN 2

2.1. Abstract..... 4

3. INTRODUCCIÓN 6

4. REVISIÓN DE LITERATURA..... 9

5. MATERIALES Y MÉTODOS 80

6. RESULTADOS..... 82

7. DISCUSIÓN 92

8. CONCLUSIONES 104

9. RECOMENDACIONES 106

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica 108

10. BIBLIOGRAFÍA 111

11. ANEXOS 117

ÍNDICE..... 120