



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

**Trabajo de titulación previo a la obtención del Título de Abogado de los
Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

TEMA

**“LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE IMPREVISIÓN EN EL RÉGIMEN
LABORAL ECUATORIANO POR CAUSA DEL COVID 19.”**

AUTOR:

EDGAR HERNÁN HERRERA AVILÉS

TUTOR:


DR. WILLIAMS BUENAÑO

Riobamba – Ecuador

2020

CALIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Dr. Williams Buenaño	<u>10</u>	
TUTOR	CALIFICACIÓN	FIRMA

Dr. Alex Lluquin	<u>9</u>	
MIEMBRO TRIBUNAL	CALIFICACIÓN	FIRMA

Dr. Hugo Hidalgo	<u>10</u>	
MIEMBRO TRIBUNAL	CALIFICACIÓN	FIRMA

NOTA FINAL 9.6 (SOBRE 10 PUNTOS)

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Dr. Williams Buenaño, docente de la facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la carrera de Derecho, de la Universidad Nacional de Chimborazo.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado minuciosamente durante todo su desarrollo, el proyecto de investigación previa la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, titulado: **“LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE IMPREVISIÓN EN EL RÉGIMEN LABORAL ECUATORIANO POR CAUSA DEL COVID 19.”** Realizado por Edgar Hernán Herrera Avilés, por lo tanto, autorizo ejecutar los trámites legales para su presentación

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Williams Buenaño', is centered on the page.

Dr. Williams Buenaño
060205205-2
TUTOR

AUTORÍA

Edgar Hernán Herrera Avilés, autor de la presente investigación, con cédula 0604187880, libre y voluntariamente tengo a bien manifestar que el trabajo que lleva como título “LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE IMPREVISIÓN EN EL RÉGIMEN LABORAL ECUATORIANO POR CAUSA DEL COVID 19.” , es de mi exclusiva autoría, y no es producto de ningún tipo de fraude como plagio o copia, constituyéndose un documento único, como así lo establecen los principios de la investigación científica y el patrimonio intelectual del trabajo indagatorio pertenece a la Universidad Nacional de Chimborazo.



Edgar Hernán Herrera Avilés

0604187880

AUTOR

DEDICATORIA

Dicen que la mejor herencia que pueden dejar los padres son los estudios, sin embargo, no creo que sea el único legado del cual yo particularmente me siento muy agradecida, mis padres me han permitido trazar mi camino y caminar con mis propios pies. Ellos son mis pilares de vida, a quienes dedico mi trabajo de titulación. A mis hermanos por creer en mí y estar conmigo en todo momento, a mi familia porque con sus consejos y palabras de aliento hicieron de mí una mejor persona y me acompañan en todos mis sueños y metas.

Edgar Hernán Herrera Avilés

AGRADECIMIENTOS

A Dios por bendecirnos la vida, por guiarnos a lo largo de nuestra existencia, ser la fortaleza en aquellos momentos de dificultad y debilidad.

A mis padres por todo su amor, comprensión y sobre todo gracias por la paciencia infinita que me han tenido. No tengo palabras para agradecerles, las incontables veces que me brindaron su apoyo, en todas las decisiones que he tomado a lo largo de mi vida; unas buenas, otras malas, otras locas. Gracias por darme la libertad de desenvolverme como ser humano.

De manera especial al Dr. Fernando Peñafiel por haberme guiado, no solo en la elaboración de este trabajo de titulación, sino a lo largo de mi carrera universitaria, con su visión crítica de muchos aspectos cotidianos de la vida, por su rectitud en su profesión como docente, por sus consejos que ayudan a formarte como persona.

Edgar Hernán Herrera Avilés

Índice

Introducción.....	1
Capítulo I.....	4
Planteamiento del problema	4
1.1. Problema.....	4
1.2. Justificación.....	7
1.3. Objetivos general y específicos	8
Capítulo II.....	9
Marco teórico.....	9
2.1. Estado del arte relacionado con la temática.....	9
2.2. Aspectos teóricos.....	11
2.2.1 La teoría de la imprevisión	11
2.2.2 Orígenes y antecedentes.	14
2.2.3. Fundamentos teóricos relacionados con la teoría contractual y de la imprevisión.	20
2.2.3.1. Pacta sunt servanda.....	20
2.2.3.2. Rebus sic stantibus.....	22
2.2.4. Casos imprevisibles: Caso fortuito y fuerza mayor.....	24
2.2.5. Teoría de la imprevisión en la legislación laboral ecuatoriana	27
2.2.6. Régimen laboral ecuatoriano: derechos y obligaciones.	31
2.2.6.1 Derechos y obligaciones del trabajador.....	31
2.2.6.2 Obligaciones del empleador	36
2.2.7. Teoría de la imprevisión en la legislación internacional y su relación con el régimen laboral ecuatoriano.	37
3.1. Estado de excepción dictado por Covid-19 en Ecuador.....	43
3.2. Análisis de las relaciones laborales en el Ecuador frente al Covid 19.	47
3.3. Covid 19 y su imprevisión en el Código de Trabajo	49

3.4. ¿Se aplica la teoría de la imprevisión en los trámites laborales en el cantón Riobamba a causa del Covid 19? Investigación de casos.....	51
3.5.- Estudio legal, jurisprudencial y doctrinario de la factibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión en el derecho laboral ecuatoriano a partir del Covid 19.	52
4.1.- Relación entre el Covid 19 con la teoría de la imprevisión y los casos de fuerza mayor respecto a los contratos laborales.	64
4.2.- Diferencias entre la teoría de la imprevisión y la inejecución de obligaciones por caso fortuito y/o fuerza mayor.....	67
4.3.- Efectos de la teoría de la imprevisión en el ámbito laboral.	70
4.3.1.- Terminación del contrato laboral.	70
4.3.2.- Resolución del contrato.....	71
4.3.3.- La revisión de las estipulaciones contractuales.....	73
4.4. Soluciones distintas.	74
Capítulo III.	77
Metodología.....	77
3.1 Unidad de análisis.....	77
3.2. Métodos	77
3.3. Enfoque de la investigación.....	78
3.4. Tipo de investigación.....	78
3.5. Diseño de investigación.....	78
3.6. Población de estudio.....	79
3.7. Tamaño de la muestra.....	79
3.8. Técnicas de recolección de datos.....	79
3.9. Técnicas de análisis e interpretación de la información	79
3.10. Comprobación de hipótesis	79
Capítulo IV.	81
Resultados y discusión.....	81
4.1 Resultados y discusión del estudio doctrinal y legislativo	81
Conclusiones.....	85
Recomendaciones	87
Referencias bibliográficas	88

Lista de cuadros

Cuadro 1: Legislación comparada acerca de la teoría de la imprevisión.....81

Resumen

En el presente trabajo indagatorio se realiza un minucioso estudio acerca de la teoría de la imprevisión, como son sus orígenes, antecedentes, las bases teóricas que han servido para el desarrollo de la misma, explicando las cláusulas jurídicas que son la *pacta sunt servanda*; *rebus sic stantibus*; instituciones del derecho como el caso fortuito y la fuerza mayor, como han sido tratadas en la legislación nacional, internacional, en la doctrina, en la jurisprudencia y todo esto relacionado con el régimen laboral ecuatoriano, los derechos y obligaciones que existen en una relación de trabajo, es decir, frente al empleador y trabajador. Por supuesto se hace un estudio acerca de la factibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión en nuestro país en el ámbito laboral, se estudian las causas por las cuales el gobierno nacional declaró el estado de excepción que tiene como causa al Covid-19, a partir de esta pandemia se basa el estudio efectuado como causa de imprevisión en nuestra realidad contractual para dar respuesta a algunas interrogantes que nacieron a lo largo de esta investigación como es dar respuesta si la teoría de la imprevisión se aplica en el país, si existen casos con aplicabilidad de esta teoría y establecer las diferencias entre el caso fortuito y fuerza mayor frente a la imprevisión. De tal modo resultando en nuestra indagación que es necesario incluir esta figura legal dentro del ordenamiento jurídico en vista de la realidad pandémica que estamos atravesando hoy en día. La hipótesis planteada radica en la incógnita: ¿La teoría de la imprevisión incide en el régimen laboral ecuatoriano por causa del estado de excepción decretado a causa del Covid 19? De conformidad con la cual podemos decir que la imprevisión no está establecida en el Ecuador como una figura jurídica aplicable por lo tanto no incidiría en el régimen laboral

de nuestro país. El estudio de este tema se centra en uno de análisis legislativo, de doctrina, de jurisprudencia tanto a nivel nacional como internacional es por eso que netamente se ha estudiado a los ordenamientos jurídicos, centrándose en una investigación dogmático-jurídica, que tiene por objeto el estudio de la norma jurídica, desde el ordenamiento jurídico, realizando la técnica de derecho comparado, es por eso que esta investigación carece de entrevistas, cuestionarios o demás técnicas de investigación ya que solamente nos basamos en análisis normativo esencialmente de las fuentes formales del derecho. De esta manera hemos podido llegar a una conclusión general de que la teoría de la imprevisión no se encuentra establecida en nuestro ordenamiento jurídico por lo tanto sería factible una modificación a través de reforma al Código de Trabajo para que se pueda cumplir con esta teoría y revisión de las estipulaciones de la relación laboral.

Palabras clave: Causas imprevisibles, Covid 19, empleador, fuerza mayor, relación contractual, trabajador.

Abstract

In this investigative work, a meticulous study is carried out about the theory of unpredictability, such as its origins, antecedents, the theoretical bases that have served as the basis for it, explaining the legal clauses that are the *pacta sunt servanda*; *rebus sic stantibus*; Institutions of law such as fortuitous events and *force majeure*, as they have been treated in national and international legislation, in doctrine, in jurisprudence and all this related to the Ecuadorian labor regime, the rights and obligations that exist in a relationship of work, that is, in front of the employer and worker. Of course, a study is made about the feasibility of applying the theory of unpredictability in our country in the workplace, the causes for which the national government declared a state of exception that is caused by Covid-19, are studied. From this pandemic, the study carried out as a cause of unforeseenness in our contractual reality is based to answer some questions that arose throughout this investigation, such as answering whether the theory of unforeseenness is applied in the country, if there are cases with applicability of this theory and to establish the differences between the fortuitous event and *force majeure* against the unforeseen. Thus resulting in our inquiry that it is necessary to include this legal figure within the legal system in view of the pandemic reality that we are going through today. The hypothesis raised lies in the unknown: Does the theory of unpredictability affect the Ecuadorian labor regime because of the state of exception decreed because of Covid 19? In accordance with which we can say that the lack of foresight is not established in Ecuador as an applicable legal figure, therefore it would not affect the labor regime of our country. The study of this topic focuses on one of legislative analysis, doctrine, jurisprudence both at the national and international level, that is why the legal systems have been clearly studied, focusing on a dogmatic-legal investigation, which aims to Study of the legal norm, from the legal system, performing the comparative law

technique, that is why this research lacks interviews, questionnaires or other research techniques since we only rely on normative analysis essentially of the formal sources of law. In this way we have been able to reach a general conclusion that the theory of unpredictability is not established in our legal system, therefore it would be feasible to modify the Labor Code so that this theory and revision can be complied with. of the stipulations of the employment relationship.

Keywords: Covid 19, employer, force majeure, contractual relationship, worker, Unpredictable causes.

Reviewed by:

Lic. Yesenia Merino Uquillas

ENGLISH PROFESSOR

c.c. 0603819871

Introducción

El 16 de marzo de 2020, el Presidente de la República, Lic. Lenin Moreno Garcés, emite el Decreto Ejecutivo Nro. 1017, de esta forma declarando el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional a causa del virus Covid 19, determinado por la Organización Mundial de la Salud, como uno de alto riesgo y contagio masivo con afectación a la salud y convivencia pacífica del Estado, en tal virtud el presidente dentro de sus atribuciones constitucionales establece emergencia nacional para salvaguardar la salud de todos los habitantes del territorio nacional.

El riesgo global que deriva del coronavirus es elevado, la OMS advierte actualmente una segunda ola de contagios masivos y con mayor peligrosidad que la primera (Minutos, 20, 2020), este virus es nuevo en nuestro planeta y la relajación de las medidas y restricciones por parte de los gobiernos de turno han desembocado en un contagio masivo y la falta de espacios para atender a pacientes infectados. Este virus representa un peligro inminente sobre todo hacia las personas adultas mayores.

Para entender de qué se trata este virus, perteneciente a la familia de virus notables por causar enfermedades que van desde el común de los resfríos hasta el síndrome respiratorio meridional y del síndrome respiratorio agudo grave, a este se lo conoce como SARS-Cov-2, es una nueva cepa que jamás se ha identificado precedentemente en el humano. El apareamiento del mismo es un fenómeno ampliamente conocido como salto de especie, de animal al humano. (Ordóñez, 2020). Al momento la comunidad científica busca identificar la fuente de infección pero existen algunas teorías concordantes y discrepantes al respecto.

Este Covid-19 puede ser transmitido de persona a persona, casi siempre después de un contacto físico por ejemplo entre familiares, compañeros de trabajo, etc., pero este no es el único modo de transmisión sino también de modo indirecto a través de objetos o superficies

contaminadas, por contacto con personas infectadas y la mayoría de las veces personas infectadas pero asintomáticas que transmiten plenamente el virus (BBC, 2020).

Es aquí donde se origina el problema en el ambiente laboral tanto a nivel axiológico como a nivel legislativo, axiológico porque no lo conocíamos, recién estamos intentando comprenderlo y sobrellevar su presencia en nuestra vida cotidiana, las empresas, instituciones y demás plazas de trabajo no estuvieron preparadas como es lógico y entendible en el caso concreto existen muchos factores de riesgo; y, a nivel legislativo nuestro ordenamiento jurídico tampoco prevé un desarrollo normativo para estas avenencias la imprevisión en el ámbito laboral tampoco se encuentra perfeccionada en leyes orgánicas, ordinarias, acuerdos, decretos, es decir, no existe asidero legal para el tratamiento de estos problemas jurídicos en el ámbito laboral a causa de la pandemia provocada por el Covid-19.

Lo que únicamente se ha hecho es en este periodo de tiempo normar estas circunstancias a través de teletrabajo como se plasma en el Acuerdo Ministerial MDT-2020-076, directrices para la modificación de la jornada laboral mediante el Acuerdo Ministerial MDT-2020-077 y se reformó por el Acuerdo Ministerial MDT-2020-080; se aprobó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y en consecuencia de esta norma se emitió el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-132, en el cual se expiden ciertas directrices para el registro de modalidades y acuerdos laborales contenidas en la referida ley recién creada. Pero más allá de todo esto no se regula en el régimen laboral ecuatoriano la teoría de la imprevisión a causa del Covid.

Entendiendo a la teoría de la imprevisión como una institución del derecho civil, que es una rama que regula las relaciones entre particulares, como el caso laboral, entre empleador y trabajador, en el Ecuador no es una teoría que ha sido legalizada ni plasmada en nuestra legislación, y se la comprende como el acercamiento que realiza el empleador en la mayoría de las veces ante un tercero imparcial que es el juez competente, laboral, civil o quien haga sus veces, a fin de que modifique o extinga la obligación laboral frente a su o sus

trabajadores, es una institución que se recoge a nivel internacional con fuerte presencia en Sudamérica, y tiene su fundamento cuando por motivos de fuerza mayor han cambiado las condiciones o al momento de existir no hubieran permitido celebrar el contrato laboral por encontrarse en condiciones radicales a las del momento de perfeccionarlo como fue el avenimiento de la emergencia sanitaria.

En este sentido esta imprevisión faculta la extinción o modificación de su prestación o forma de cumplir con el contrato, por causas imprevistas e imprevisibles como es el caso de Covid-19, nuestra legislación al respecto es escasa frente a esta teoría refiriéndonos a todo el ordenamiento jurídico vigente en el país, frente a este vacío normativo nos debemos dirigir a aplicar directamente la Constitución, los Tratados y Convenios internacionales referentes a proteger el derecho al trabajo y siempre aplicando el principio de progresividad de derechos.

Para cumplir con el objetivo general y específico, la investigación se centrará en determinar si la aplicación de la teoría de la imprevisión es factible o no en el régimen laboral ecuatoriano, a consecuencia del Covid-19. Para lo cual se aplicarán las diversas técnicas y métodos de investigación científica que más se relacionan con la problemática propuesta.

Para alcanzar los objetivos y comprobar la hipótesis, la investigación está estructurada conforme lo indica el artículo 173.3 3 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Chimborazo reformado, esto es: Introducción, planteamiento del problema, objetivos: general y específico, marco teórico en el cual incluye el estado del arte y aspectos teóricos, metodología, cronograma del trabajo, referencias bibliográficas, anexos, visto bueno del tutor.

Capítulo I.

Planteamiento del problema

1.1. Problema

La necesidad de impedir la difusión de la pandemia de Covid-19 ha inducido la difusión de una amplia normativa caracterizada sobre todo de la limitación del movimiento individual bajo el principio del distanciamiento social. Es indiscutible que tal normativa emergente encuentre su propia justificación en la Constitución de la República del Ecuador, referente al derecho a la salud que es expresamente definida como un derecho fundamental elevado a rango constitucional para proteger a la colectividad. La exigencia primaria de garantizar tal derecho ha traído grandes repercusiones económicas.

Por cuanto a la gravedad de la situación era y sigue siendo una duda, es cuestionable la forma o modalidad mediante la cual han sido adoptadas estas medidas restrictivas y sobre todo a las formas con las cuales han sido aplicadas en concreto. Por otra parte, la solidez del Estado democrático se verifica en los momentos de crisis, cuando el curso ordinario de la vida es trastornado por eventos imprevistos, imprevisibles y peligrosos para la comunidad.

Es notable que a partir de la declaración del estado de emergencia, por parte del Presidente de la República, se ha desarrollado un marco regulatorio ambiguo para gestionar la crisis pandémica, la mayoría mediante decretos ejecutivos, acuerdos ministeriales, ordenanzas; cada una de estas presentan aspectos interesantes en el plano de su legislación, cuestiones críticas relativas a las técnicas de ponderación utilizadas para salvaguardar el derecho a la salud y/o relativamente para limitar otros derechos.

El problema a investigarse respecto a la legislación laboral en el Ecuador a causa de la pandemia, es evidente que son necesarias respuestas tempestivas y coordinadas por las autoridades con la implementación de reformas institucionales y políticas públicas más profundas tendientes a implementar sistemas de protección social que puedan actuar como estabilizadores económicos y sociales frente a la crisis, ya que se está creando o se ha creado una suerte de inseguridad jurídica tanto para el trabajador y para el empleador, por no tener o no contemplar esta imprevisión en el régimen laboral ecuatoriano, entonces no tenemos lineamientos claros y procedimentales a cuales regirnos, como tampoco a quien dirigirnos. (Pedro, 2018).

Actualmente tanto el trabajador como el empleador están viviendo en una zozobra al no saber cómo resolver los conflictos laborales y sobretodo que norma aplicar, debido a las nuevas modalidades laborales como es el teletrabajo, según Valeria Barbosa en su libro relacionado al teletrabajo, lo define como “El trabajo a distancia” y esto permite que los teletrabajadores puedan realizar sus actividades y colaborar con otras personas desde sus hogares o desde cualquier sitio sin necesidad de concurrir diariamente al tradicional lugar de trabajo. (Barbosa, 2013, pág. 13).

Pero existen algunas áreas que no se han adecuado o por su naturaleza resulta imposible ajustarse a esta nueva normalidad. Inevitablemente las grandes problemáticas higiénico sanitarias causadas son reproducidas en los ambientes de trabajo, por la exigencia de evitar o al menos reducir al mínimo el riesgo de contagio en aquellos lugares. Considerando las principales disposiciones que se refieren a todo el territorio nacional, recogidas en decretos, acuerdos ministeriales, etc., se siguieron unos a otros en los últimos meses con especial referencia al lugar de trabajo, estas disposiciones luego fueron implementadas y tienen que seguir implementándose por parte de los empleadores en los puestos de trabajo, reglas para limitar la presencia de

trabajadores. Protocolos que se ocupen principalmente de las medidas de higiene y organización para garantizar niveles adecuados de protección en las empresas que se puedan adaptar, hay sectores más golpeados como el de la construcción por ejemplo en el cual el trabajo es en cadena y siempre entre dos o más personas.

Estos protocolos de seguridad sanitaria conllevan a algunos aspectos como es la reducción al mínimo posible en el periodo de pandemia de los trabajadores en la empresa, informar a los trabajadores sobre los riesgos provenientes del Covid 19 y las medidas higiénico-sanitarias aconsejadas para aplicarse en la empresa, adopción de modalidades específicas del ingreso y salida, sea para los trabajadores de la empresa, los usuarios, los proveedores, etc., tomar la temperatura cada momento adecuado, limpieza y desinfección periódica de los ambientes, higiene obligatoria personal con el proveimiento de los medios adecuados, tener un mínimo de distanciamiento, acceso restringido a ciertas áreas que antes eran comunes.

Esto en cuanto a los protocolos y disposiciones que se han adoptado a nivel mundial para prevenir el coronavirus, por otra parte la teoría de la imprevisión reviste una suerte de incumplimiento contractual (Piraino, 2020); debido a esta pandemia y subyace la interrogante de que si a causa de fuerza mayor como el Covid-19, ¿Puede llevar a la resolución de los contratos laborales?, esta cuestión es de extrema actualidad sea entre personas particulares o entre empresas, son muchas personas que quieren encontrar respuesta pero nuestro ordenamiento jurídico no lo da.

Para entender que es una causa de fuerza mayor, la misma es representada como un evento, natural o no, de tal fuerza que no se puede resistir y por lo tanto se convierte en causa de exención de responsabilidad o de rescisión del contrato con derecho a la devolución de cualquier anticipo sin aplicar sanciones (Ediciones Fiscales ISEF, 2019), o que de esta provenga la reclamación de daños y perjuicios. Hay varias reglas

del Código Civil Ecuatoriano, que se refieren al término fuerza mayor, como las disposiciones contenidas en su libro IV que establecen ciertas y particulares lineamientos respecto a las obligaciones y contratos.

1.2. Justificación

Sin lugar a duda la pandemia o emergencia sanitaria desembocada por el coronavirus es una causa de fuerza mayor que ha influenciado negativamente en las relaciones contractuales y precontractuales, debido a que generado un impacto significativo en todas las personas sean naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, devastando los escenarios económicos, geopolíticos y del entero sistema económico mundial. (Trías de Bes, 2020)

Esta circunstancia excepcional nos obliga a investigar los recursos contractuales previstos por nuestro sistema para hacer frente a las consecuencias económicas relacionadas con la imposibilidad de cumplir los contratos en todas las materias, centrándonos en nuestra investigación a los contratos laborales. Dado que no existe una definición precisa e inequívoca de fuerza mayor dentro del ordenamiento jurídico debemos trasladarnos a la lectura y análisis de las fuentes del derecho.

Lo que se va a investigar es una forma de solucionar el problema a lo mejor aplicar el bloque de constitucionalidad permitiría que las autoridades judiciales y publicas apliquen directamente los tratados y convenios internacionales reconocidos por nuestro país, en vista de que en nuestra legislación laboral vigente no existe una regulación concreta de la teoría de la imprevisión, examinaremos legislación internacional de países vecinos y el tratamiento que dan los Estados a esta realidad que se conjuga día tras día en relación a la relación laboral.

1.3. Objetivos general y específicos

Objetivo general

Determinar si la teoría de la imprevisión incide en los procesos del régimen laboral ecuatoriano por causa de Covid-19 durante el estado de excepción.

Objetivos específicos

- Analizar la teoría de la imprevisión en la legislación de nuestro país.
- Analizar la factibilidad de la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho laboral ecuatoriano.
- Estudiar la teoría de la imprevisión aplicada en el régimen laboral internacional y su relación con en el régimen laboral ecuatoriano.

Capítulo II

Marco teórico

2.1. Estado del arte relacionado con la temática

El estado del arte permite verificar si ya se han realizado investigaciones anteriores sobre el mismo tema, objeto y resultados; para ello es preciso analizar algunos estudios académicos realizados en los últimos años en el Ecuador y sus objetivos, lo que permitirá acreditar la actualidad y novedad del tema que se propone.

Entre las investigaciones más importantes identificadas en los últimos 5 años se encuentran las siguientes:

Ramón Paz y Miño Ayala, en su artículo investigativo denominado “Imprevisión contractual derivada de la pandemia” (Paz y Miño & Zavala, 2020, pág. 48), Señala que “A falta de acuerdos, se activarán las cláusulas de solución de controversias incorporadas en los contratos y se recurrirá a la justicia ordinaria o al arbitraje, según corresponda. Será muy común alegar la presencia de cambios extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, lo que se conoce como la teoría de la imprevisión. El presente artículo busca despertar en los abogados y en los órganos de la administración de justicia el interés por analizar la aplicación de la teoría de la imprevisión contractual en la legislación ecuatoriana, tomando como referencia ordenamientos jurídicos similares.”

En donde su conclusión radica en que la legislación ecuatoriana:

“(…) no incluye normas expresas sobre la teoría de la imprevisión, sino más bien consagra el principio pacta sunt servanda; no se descarta la posibilidad de que se pueda aplicar la imprevisión a fin de mantener la relación jurídica entre las partes para beneficio de ambas, en nuevas condiciones que restablezcan el equilibrio económico del contrato”. (Paz y Miño, y Zavala, 2020, pág. 50).

Josué Emilio Macías Solórzano. “aplicación de la teoría de la imprevisión del derecho civil ecuatoriano” (Macías , 2018)

Como objetivo se propuso esclarecer dentro del sistema procesal ecuatoriano, cual es la vía más idónea que nos permita hacer uso de la teoría de la imprevisión. (Macías, 2018, pág. 10), arribando a la conclusión general de que:

“La teoría de la imprevisión no se contrapone al principio pacta sunt servanda, principio rector de la legislación civil ecuatoriana, ya que lo que busca es dar mayor flexibilidad para que las partes contratantes puedan hacer prevalecer la intención inicial que los llevó a contratar y así respetar la naturaleza de las obligaciones asumidas, pero que no representa un arbitrario descuido o ruptura del pacto.” (Macías, 2018, pág. 18).

En el año 2017, Carmen Elena Cepeda Pazmiño, presentó una tesis sobre la “La teoría de la imprevisión en los contratos de mutuo en la legislación ecuatoriana” (Cepeda, 2017) donde se considera como:

“(…) necesario aportar con un análisis sobre la problemática y posibles consecuencias para la gran cantidad de usuarios del contrato de mutuo, en caso de sobre venir circunstancias no previsibles que podría acarrear enormes pérdidas patrimoniales y una total desconfianza del ordenamiento jurídico existente”. (Cepeda, 2017, pág. 8).

Su principal conclusión es:

“La seguridad jurídica no implica tener una legislación inmóvil en el tiempo, convertida en una camisa de fuerza para los contratantes, va más bien por el hecho de tener normas claras para las situaciones que se pudieran presentar, y saber que es previsible que se presenten situaciones imprevisibles, y en consecuencia debe legislarse en ese sentido.” (Cepeda, 2017, pág. 87).

Como puede apreciarse, en todos los trabajos referenciados aparece un denominador común el cual es la falta de legislación en el país acerca de la teoría de la imprevisión, normas claras que permitan dirigirse a ellas con total seguridad, lo que causa una suerte de inseguridad jurídica.

Sin embargo, todas ellas fueron realizadas en un contexto legal en el ámbito civil y comercial, mientras que nuestra investigación será realizada netamente en un ámbito laboral sin descuidarnos del constitucional por la constitucionalización de todas las materias, es decir, que todas las materias deben guardar armonía con la norma suprema nacional y se realizará un análisis de derecho comparado.

Esa diferencia es lo que otorga a nuestra propuesta de investigación las características de novedad y actualidad, porque nunca se había producido un hecho como la posibilidad de la aplicación de la teoría de la imprevisión en el régimen laboral ecuatoriano por causa del Covid 19.

2.2. Aspectos teóricos

2.2.1 La teoría de la imprevisión

La noción de la imprevisión, cuyo estudio constituye el objeto de este trabajo ha venido encontrando acogida, poco a poco, tanto en el derecho público como en el privado, en algunos Estados, mediante consagración expresa en sus ordenamientos jurídicos, en otros por la obra paciente de la doctrina y su jurisprudencia. Cuando se trata de obligaciones de ejecución sucesiva o diferida, surgidas de negocios jurídicos unilaterales o bilaterales y en las que, por lo tanto, va a tener grande importancia en el transcurso del tiempo, puede ocurrir que con posterioridad a su nacimiento sobrevengan fenómenos extraordinarios, imprevisibles, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren fundamentalmente la economía

del negocio jurídico y hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones. (De Buen Lozano, 2001).

Si bien en todas las épocas ha existido la posibilidad de que acontecimientos nuevos tienden a modificar las circunstancias que prevalecían al momento de perfeccionarse el negocio jurídico obligatorio, es lo cierto que la complejidad de la vida moderna ha aumentado ese riesgo en forma tal que con frecuencia, por la ocurrencia de tales eventos, en las obligaciones de ejecución no inmediata se ve alterado el equilibrio de las prestaciones. Se plantea, entonces el problema de la revisión de aquel.

Tal problema se hizo latente en la actualidad por varios factores especialmente por el coronavirus, apto para alterar el equilibrio de las relaciones laborales y jurídicas en ejecución, han venido a plantear la necesidad de su revisión. Así, la interdependencia económica de los países, que hace que las crisis financieras de los unos influyan en las economías de los otros, es un factor importante que modifica frecuentemente los términos que sirven de base al perfeccionamiento de los contratos.

Tales circunstancias como la actual han puesto de relieve, por otra ocasión la necesidad de que el derecho evolucione, se transforme y trascienda regulando instituciones jurídicas para que puedan realizar el ideal de justicia, se adapten a las nuevas urgencias de los tiempos. A la medida de esta problemática de la revisión de la contratación por alteración de las circunstancias necesarias por razones de equidad y de justicia social no responden cabalmente figuras jurídicas de mayor elaboración como la de la causa aun en su concepción moderna, la de la lesión enorme o la del caso fortuito o fuerza mayor, etc.

La noción de la imprevisión en cambio, si atiende a su apropiada solución. Conocida también por otras denominaciones como la cláusula *rebus sic stantibus*, teoría del riesgo imprevisible, doctrina del cambio de circunstancias, teoría de la excesiva onerosidad, de la sobrevenida contractual, teoría de la lesión sobreviniente, entre otras, su origen es

antiguo, como que obedece a claros postulados de justicia, pero su acabada elaboración y su carácter definido de figura jurídica autónoma proceden, en gran parte, de fines del siglo pasado y de lo que va del presente. (Magoja, 2012).

El primer efecto producido por las circunstancias que se dan en la celebración de un contrato que examinamos es la imposibilidad sobreviniente de la ejecución. Como punto preliminar, es importante subrayar la diferencia que existe entre la imposibilidad original y la imposibilidad sobreviniente de la ejecución: la primera impide el nacimiento de la propia obligación, ya que no tendría sentido una obligación sin una razón objetable. (Cepeda, 2017).

La imposibilidad de poder ejecutando un contrato puede ser provocada por una multitud de situaciones como, por ejemplo, la actividad desarrollada por una de las partes (típico, en el contrato de arrendamiento, es el caso de la perecimiento de la cosa provocada por fuerza mayor (*vis maior*) o caso fortuito (*casus o casus fortuitus*). Los juristas romanos opinaron que, si las partes contratantes no preveían *vis maior* o *il casus fortuitus*, se seguía la regla formulada por los juristas Sabino y Ulpiano que marca el límite del principio *pacta sunt servanda*, por el cual el deudor queda liberado de cumplimiento de la obligación. (Franco, 2009).

Es innegable que la teoría de la imprevisión, en cuanto conduce a una revisión del negocio jurídico obligatorio, representa una nueva limitación al principio de la autonomía de la voluntad, que en nuestra legislación tiene su expresa consagración como fiel trasunto de una concepción jurídica individualista como lo establece el Art. 1454 del Código Civil que manifiesta “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.” (Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005).

Este individualismo jurídico, producto de una ideología legislativa ha tenido que dar paso, ante el empuje de las nuevas realidades fácticas como son las económicas y sociales, a

principios que respondan mejor a las ideas de solidaridad y de cooperación social. En base a esta concepción, si bien tienen los derechos subjetivos una función privada no son facultades individuales absolutas para que su titular haga de ellas a su arbitrio, sino que deben realizar la función social y económica que les asigna el ordenamiento jurídico.

En estos últimos tiempos, se ha acentuado de manera general el intervencionismo del Estado a través de sus agencias ejecutivas como Ministerios, a fin de normar o regular la organización social y económica, cuyos desequilibrios han aumentado en una gran cantidad debido a diversos factores como ahora el covid-19 y sus graves repercusiones que ha trascendido en muchos ámbitos, a esa intervención, que apunta como objetivo de una sociedad más justa e igualitaria, no podía escapar la libertad contractual y sus efectos.

Ajustándonos a la realidad al amparo de esa libertad se cometen muchos abusos y se originan grandes desequilibrios, con base en la supuesta igualdad de condiciones de las partes intervinientes en el contrato; es un error el afirmar que todo contrato se forma bajo el signo de la libertad. Por regla general el contrato es una lucha de intereses en que sucumbe el más débil, para Rengifo es un medio de explotación. La igualdad contractual no pasa de ser una bella utopía. El contrato en si crea una situación jurídica que debe ir adaptando al contexto económico. (Rengifo, 2004).

2.2.2 Orígenes y antecedentes.

En el derecho romano tuvo pleno vigor el respeto al principio de la autonomía de la voluntad a la fuerza obligatoria del contrato, en forma similar a como aparece formulado en nuestro ordenamiento jurídico (Moisá, 2005). No obstante se encuentran en él algunos antecedentes sobre el cambio de circunstancias que no implican, desde luego, la elaboración de una teoría general sobre el mismo.

Los autores que se han ocupado del estudio de la doctrina traen al respecto diversas citas de juristas romanos como Sexto Cecilio Africano, quien expresa “Tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat” (Coch, 2005, pág. 349), lo que se traduce que existe una cláusula tácita de acuerdo con la cual la obligación se ejecutó si subsiste la situación que existía al momento de concluir el contrato.

El derecho romano aceptaba la aplicación por el fallador, en los negocios de buena fe, de los principios de la imprevisión. Así lo expresa Lenel citado por Lopera:

“En los negocios de buena fe, el juez goza de libertad para decidir sencillamente con arreglo a los dictados de la buena fe, sin más que preguntarse qué dificultades de ejecución eran las que, según la buena fe, debían liberar al deudor de sus obligaciones”. (Lopera, 1967, pág. 304).

El aporte de los canonistas fue relevante para el desarrollo de esta teoría de la imprevisión, hasta el punto de que se les ha llegado a atribuir su autoría. Estos sancionaron la usura y el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas de otro, como contrarios a la moral cristiana, y obtuvieron de los Tribunales Eclesiásticos la aplicación en los contratos sucesivos de la doctrina del cambio de condiciones. No solamente tenían en cuenta la lesión contemporánea con el contrato, sino también la que resultaba de variaciones posteriores de las condiciones; en ambos casos existía usura. Para remediarla, estimaron implícita en los contratos la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual las partes se reputaban haber subordinado tácitamente la subsistencia de sus concernientes obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la permanencia de las situaciones de hecho existentes a la fecha del contrato.

Los canonistas se apoyaban en textos de San Agustín, de Graciano, de Bartolomeo de Brescia y de Santo Tomás de Aquino. Este último, en la *Summa Theológica*, expresa que aquel que incumpla puede ser excusa si han cambiado las condiciones de las personas y de los negocios. (Moisá, 2005).

Los glosadores no se ocuparon no se ocuparon de la teoría de la imprevisión, pero si los postglosadores, quienes retomando las ideas de los canonistas, las desarrollaron y aplicaron durante los siglos XIV a XVI. A ellos se debe, como formulación clara del principio, la expresión “Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futurum, rebus sic stantibus intelliguntur” (Benítez, 2010, pág. 372), lo que en forma abreviada llegó a ser la conocida cláusula rebus sic stantibus.

La doctrina y jurisprudencia italiana, jugaron un papel relevante en la aplicación y desarrollo de la teoría de la imprevisión en el siglo XVII. Entre los autores más destacados de esta época estuvo De Luca y Mantica, quienes insisten en dos aspectos básicos de la imprevisión, primero que la teoría se debe aplicar a los contratos a término o de prestaciones sucesivas; y, segundo, que la modificación que el juez hace del convenio para adaptarlo a las nuevas circunstancias sólo debe tener lugar cuando la ejecución plena de aquel implique una grande injusticia.

En Holanda y en Alemania, Grocio y Pudffendor, respectivamente, se ocuparon también del estudio de esta teoría. Admiten la conexión que existe entre la formación del consentimiento que da vida al contrato y las circunstancias que lo rodean. Pero la admiten con muchas restricciones, y en todo caso no aceptan que la cláusula *Rebus sic stantibus*, esté subentendida en los contratos, por considerar que ello acarrearía una peligrosa destrucción y falta de cumplimiento de las obligaciones. (Pérez F. , 2013).

En los siglos XVIII y XIX, a nivel legislativo se introduce en el ordenamiento jurídico esta teoría trascendiendo de tal suerte que algunos códigos sujetaban preceptos que involucran el acogimiento de la imprevisión. El Código Maximiliano Bavárico de 1756 expresa:

“Puesto que todos los vínculos encierran implícitamente la cláusula rebus sic stantibus, se anulan también por la variación de la cosa deducida en convenio, si concurren en las siguientes exigencias:

- a) Que sea de tal naturaleza que si el deudor lo hubiere conocido antes, según la opinión desprendida y honesta de un individuo sabio, no hubiera convenido.
- b) Cambio que no provenga de deuda, ni de acción imputada al deudor;
- c) Que su previsión no hubiera sido fácil o anticipada.” (Dorr, 1985, pág. 260).

En 1794 el Código Prusiano, aunque entorpece en principio la posibilidad de incumplimiento del contrato por cambio imprevisible de las situaciones, establece en su artículo 378, lo siguiente:

“Sin embargo, si por tal imprevisto se hace imposible el logro del propósito final de ambas partes, expresamente revelada o resultante de la naturaleza del negocio, cada una puede rescindir el negocio, si no ha iniciado todavía” (Piraino, 2020).

Entre los siglos XVII y XIX se marca una reacción contra la teoría de la imprevisión de parte de los ordenamientos jurídicos, de la jurisprudencia y de los abogados, tal es así que Pothier y Domat, en la redacción del Código Civil Francés, no sugieren la imprevisión. No es difícil, por lo demás, la explicación de este desvío hacia la teoría en el Código Francés y en los ordenamientos jurídicos que en él se iluminaron. La limitación de la libertad contractual que ella comporta y la idea de solidaridad social que la informa, riñen abiertamente con el liberalismo económico de la Revolución Francesa, con el individualismo jurídico y el dogma de la autonomía de la voluntad, principios estos que presidieron la elaboración de estas normas jurídicas. (Ruiz, 2005).

Durante la historia jurídica tenemos un caso emblemático del canal Caprone, en el cual se aplicó la teoría de la imprevisión, el mismo que engendró un hito histórico para el desarrollo del derecho en este ámbito de la imprevisión. El caso trata de que en Paris un dueño de un canal en el siglo XVII, había celebrado con los dueños de los inmuebles adyacentes un contrato con una estabilidad de 160 años, de acuerdo con el cual estos últimos a cambio del agua que utilizaban para el regadío de sus tierras, pagarían un valor mensual. Por el espacio del tiempo y por los hechos descomunales acaecidos durante la vigencia del

tiempo y por los sucesos extraordinarios acaecidos durante la vigencia del contrato, entre ellos la guerra franco-alemana en 1870, el precio pactado llegó a ser prácticamente risible. Los dueños del canal reclamaron, en resultado el canon de arrendamiento subió. (Lopera, 1967).

El Tribunal de Aix, en 1874, supuso procedente la petición y sentó el precedente de que en los contratos sucesivos no es ajustable el Art. 1134 del Código Civil Francés de aquella vigencia en el que se situaba “las convenciones legalmente formadas reemplazan a la ley para quienes las hicieron” (Código Civil francés, 1874) y admitió la revisión judicial de los mismos cuando se ha roto el primitivo equilibrio de las prestaciones. Después la Corte de Casación salió en defensa de la intangibilidad de los acuerdos y anuló la sentencia del Tribunal. La decisión de éste, no obstante, marca un avance significativo de la teoría de la imprevisión.

El desplazamiento de esta teoría dura todo el siglo XIX y va hasta principios del siglo XX, en el que acontece algo importante y fue la primera guerra mundial lo que dejó graves secuelas en la economía, esto exhorta la presencia de la imprevisión por verificarse contextos que han producido el desequilibrio de las prestaciones, se hizo más latente en los contratos de derecho administrativo, en los que los concesionarios de los servicios públicos como transporte, a causa de los trastornos propios del conflicto armado, fueron aumentando en gran cantidad el costo de las materias primas y por ende de la producción y la prestación del servicio. (Alterini, 1998).

Tuvieron por resultado en numerosos casos tan profundas alteraciones de las relaciones económicas, que el obligar al deudor a atenerse al contrato hubiera estado en absoluta disconformidad con la justicia y la equidad. Por ejemplo, el que se hubiese comprometido a suministrar fuerza motriz durante muchos años a un precio calculado entonces, no podía ser constreñido a cumplir el contrato, a todo evento, cuando el precio de los combustibles y los

trabajadores o jornaleros habían subido diez veces más su valor del precio inicial, etc. (Amadeo, 1981).

Es evidente que, como se verá la teoría de la imprevisión tuviera una mayor aceptación originaria en el campo de lo administrativo, por ser contratos de interés colectivo, el fin es la continuidad en la prestación del respectivo servicio. De un lado está, pues, el interés legítimo del concesionario en evitar que la ejecución del contrato cuyas prestaciones han acontecido de manera excesivamente onerosas a causa de acaecimientos extraordinarios, lo arruine; y de otro, el de la comunidad beneficiaria del servicio, cuya interrupción le causaría graves detrimentos.

Los Tribunales Italianos, como la Corte de Casación de Turín, al respecto del fallo de 16 de agosto de 1916, expresó: “Los contratos bilaterales que tienen tracto sucesivo y sometimiento del futuro, se entienden concluidos con la cláusula *rebus sic stantibus*”. La imposibilidad de la ejecución sobrevenida por el cambio de las circunstancias de hecho puede inducir la resolución del contrato, o por lo menos su modificación y la reducción de sus consecuencias. (Amadeo, 1981, pág. 158).

Por otra parte la Corte de Casación de Florencia, sostuvo en 1924 que cuando en los contratos de tracto sucesivo se verifiquen hechos nuevos a cargo de uno de los contratantes, puede éste demandar la resolución o modificación sosteniendo que la obligación estaba sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*, que si no está sancionada por la ley, deriva de los principios generales del derecho y la equidad. (Amadeo, 1981).

La ley Failliot, es otro hito importante en el desarrollo de la teoría de la imprevisión. Expedida en el país galo, el 21 de enero de 1918, tiene a conjurar situación de inestabilidad contractual desembocadas por hechos de guerra. Sus disposiciones se debían aplicar a los negocios y contratos de carácter comercial, celebrados antes de agosto de 1914, que exijan

a la entrega de mercancías, o géneros, o a prestaciones sucesivas, o a plazo, y tienen vigencia durante la guerra y 3 meses después de cesar las contrariedades. (Jimenez, 2009).

En el progreso de la teoría y concretamente en su introducción al ordenamiento jurídico, es reglamentario que primero se aplique legislación de emergencia, es decir, por darle aplicación en forma circunstancial, para atender a contextos concretos de trastornos de la economía de un Estado. Así ocurrió por ejemplo en Colombia con la ley moratoria o ley 37 de 1932, que tuvo como objetivo disminuir los efectos de la crisis económica de 1930, mediante la rebaja de los intereses pendientes no pagados y futuros para las obligaciones contraídas desde el año de 1925 y la suspensión por un periodo de 3 años de los remates de los juicios ejecutivos. (Ruiz, 2005).

2.2.3. Fundamentos teóricos relacionados con la teoría contractual y de la imprevisión.

2.2.3.1. Pacta sunt servanda.

En español significa lo pactado obliga. La conocida máxima del derecho atribuida al jurista Ulpiano, muestra cómo un individuo no puede liberarse unilateralmente de los compromisos asumidos mediante un convenio. Actualmente, la ley se aplica en particular en el derecho internacional, para indicar la obligatoriedad de los tratados. En derecho romano, el edicto emitido por los pretores contenía la cláusula específica *pacta conventa servato*, su traducción que quiere decir lo pactado se respeta. (Cardona, 2018).

Comprendida como una norma formal de carácter consuetudinario que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional. Establece la obligación principal de los Estados contratantes de un acuerdo para cumplir con los compromisos asumidos por ellos con la estipulación del mismo.

Las normas jurídicas procedentes de la codificación de Justiniano y reinterpretadas por los juristas de épocas ulteriores, han sido el móvil para el progreso del derecho y la ciencia jurídica. No pocas veces este desarrollo estuvo explícito por la interpretación creativa de dichas reglas que en casos extremos podría incluso llevar a la revocación de su significado original. (Ruiz, 2005).

En algunos casos, sin embargo, las normas nacidas en el derecho romano y transmitido en el Corpus de Justiniano resultaron ser una especie de obstáculo, creando dificultades para la jurisprudencia ligada a la tradición romanista para reconocer nuevas ideas, contrastando con esta tradición. (Amadeo, 1981).

El principio de libertad contractual, que sería reconocido en la ciencia jurídica del siglo XVII, encuentra su locución más concisa en la expresión *pacta sunt servanda*, nacido en el contexto del derecho canónico. (Ochoa, 2006).

Esta se convierte para él en uno de los cinco principios fundamentales de la ley natural junto con los de no interferir en la propiedad ajena, devolver a otro lo que le pertenece, indemnizar daños y perjuicios e imponer sanciones a los demás que perturban el orden social. El mismo concepto de ley natural también está secularizado y su propósito ya no consiste en llevar a las personas a la salvación, sino más bien para asegurar el mejor funcionamiento posible de las sociedades humanas, precisamente porque el derecho natural en esa visión es el conjunto de las reglas más racionales para la vida social, incluida la del respeto de los acuerdos, cualquiera que sea su forma, estos también deben ser incorporados por los sistemas del derecho positivo. Parece que la contribución más importante de Grocio a la afirmación del principio de libertad contractual en el pensamiento jurídico moderno radica precisamente en esta secularización del discurso que lo hizo más adecuado al nuevo contexto histórico, social y cultural que ha surgido en Europa a partir de la segunda mitad del siglo XVII, es decir, la de la Ilustración. (Sociedad Española de Estudios sobre Hegel, 2013).

Esta regla tiene una doble función: por una parte, la de afirmar la obligatoriedad de los convenios, y por otra, la más amplia, de actuar como regla primaria sobre la producción jurídica internacional, ya que considera el acuerdo como fuente de reglas y efectos legales que producen efectos entre las partes.

A manera de conclusión la libertad contractual expresada en la cláusula *pacta sunt servanda*, se había convertido en un principio casi indiscutible en las teorías del derecho natural de la Ilustración, es de conocimiento común. Sin embargo, sus raíces son mucho más profundas, ya que se remontan al pensamiento de los iuscanonistas medievales, los primeros defensores de la fuerza obligatoria de las promesas informales. Lo que llevó al reconocimiento definitivo del principio en cuestión fue un proceso largo y complejo.

Las presentes consideraciones se centran en el desarrollo de conceptos, como la noción general de contrato, su relación con el concepto de promesa, la voluntad humana como fuente de la obligatoriedad del contrato, así como la justificación moral de esta obligatoriedad.

2.2.3.2. Rebus sic stantibus.

Es una cláusula legal, que en el lenguaje común significa “estando así las cosas” (Orduña & Martínez, 2017, pág. 14). En derecho privado es una cláusula de rescisión de un contrato por cambios ocurridos desde que se estipuló el mismo; en el derecho internacional, la cláusula tiene el mismo significado en el caso de los acuerdos internacionales. Según algunos autores esta cláusula sería tácita, pero implícita en el acuerdo; para otros, en cambio, la costumbre establecida de entender la norma general *pacta sunt servanda* con cierta elasticidad actuaría en este caso, por lo que no se podría negar el valor resolutorio de la cláusula *rebus sic stantibus*; sin embargo, en todo caso la cláusula no opera automáticamente, sino que tiene valor sólo si es aceptado por la otra parte contratante y no excluye la posibilidad de arbitraje o arreglo judicial.

El concepto de regla *rebus sic stantibus*, asimilado por la doctrina clásica, implica que los contratos de ejecución continua producen su eficacia mientras las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato se mantengan estables. Esta cláusula está implícita en todos los contratos posteriores o contratos de ejecución continua y periódica, según los cuales las partes quieren vincularse a una estructura específica de intereses negociados solo en el caso de que las situaciones de partida estén destinadas a no cambiar.

En caso de que se alteren, como afirma el célebre jurista Díez-Picazo, por circunstancia fáctica o jurídica, el vínculo contractual se resuelve o se revisa mediante procedimiento judicial. (Díez-Picazo, 2018). Ahora bien, está claro que la alteración debe ser tan significativa que pueda sostenerse racionalmente que ha destruido el equilibrio entre desempeño. Además, la ocurrencia debe ser completamente impredecible y causar una dificultad extraordinaria en la ejecución del servicio, absolutamente ajena a la voluntad de las partes.

La jurisprudencia ha preferido no trazar pautas claras, sino mantener una definición de la cláusula *rebus sic stantibus* ambigua, acompañada de una pluralidad de requisitos para su concretización, con el fin de rechazar, en la mayoría de los casos, las solicitudes de revisión del contrato.

El jurista Amadeo, manifiesta que el Tribunal Supremo Español no siempre distingue la cláusula de otras teorías utilizadas por ordenamientos jurídicos extranjeros para resolver el problema jurídico de la superveniencia contractual. De hecho, en algunas ocasiones, a pesar de que tienen características distintas según la diferente cultura jurídica en la que nacieron, el Tribunal Supremo los ha utilizado dentro de un mismo razonamiento y los ha utilizado de manera indiscriminada, equiparando la doctrina de la base del comercio, cargas excesivas performance, teoría de la imprevisión, frustración de fin del contrato, como expresión de una sola regla de *ius comune* manifestada con el máximo *rebus sic stantibus*. Otras veces, sin

embargo, los separa claramente, refiriéndose, por ejemplo, a la carga excesiva que ha surgido como una formulación más avanzada de la teoría general del contrato. (Amadeo, 1981). Es indudable que las diferencias entre las teorías citadas no se refieren tanto a los propósitos, que siempre se encuentran en el reequilibrio general de los servicios entre los contratistas, como a la forma de abordar el fenómeno jurídico del desequilibrio sobreviniente.

En los contratos que tengan ejecución continua o periódica o diferida, cláusula por la cual se rescinde el contrato en el caso de que por un cambio en la situación de hecho existente al momento de la estipulación, la ejecución de una de las partes se torne excesivamente onerosa.

En derecho internacional, la facultad jurídica de un Estado de dar por extinguido un acuerdo internacional del que es parte contratante, tras el cambio sobreviniente de las circunstancias en virtud de las cuales las partes habían querido celebrar el propio acuerdo y cuya persistencia consideraban justificada el acuerdo en sí. La expresión también se utiliza para indicar la cláusula de un pacto o tratado que se encuentre en vigor en el momento actual, siempre que la situación de hecho no se modifique. (Benítez, 2010).

2.2.4. Casos imprevisibles: Caso fortuito y fuerza mayor.

Esta figura de la fuerza mayor o caso fortuito, se establece en el artículo 30 del Código Civil ecuatoriano manifestando lo siguiente: “(...) el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005).

Por lo general, no hay distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, ya que ambos hechos dan lugar a la exclusión de la responsabilidad de una de las partes. Sin embargo, podemos distinguirlos conceptualmente porque, si las consecuencias son idénticas, las situaciones que

las producen son diferentes: caso fortuito indica un evento absolutamente impredecible, fuerza mayor indica un evento de tal fuerza que no puede ser resistido objetivamente.

En todo caso, los hechos fortuitos o fuerza mayor excluyen la culpa de una de las partes, debe recordarse, sin embargo, que otras tesis enmarcan estas hipótesis como una interrupción del vínculo causal más que como una hipótesis de exculpación.

Para enmarcar correctamente las hipótesis de hechos fortuitos y de fuerza mayor necesitamos distinguir varios casos. Si el hecho fortuito o de fuerza mayor fue el único causante del suceso, es evidente que ni siquiera se trata de hablar de culpa del agente, sino de una serie causal completamente autónoma donde el agente ni siquiera ha establecido una condición. (Piraino, 2020).

Si, por el contrario, el agente ha puesto en marcha alguna de las causas que luego abrieron el camino a hechos fortuitos o fuerza mayor, bien puede considerarse la falta de culpa, dado que no hay interrupción del vínculo causal; Cabe señalar, sin embargo, que si aceptamos la teoría de la causalidad adecuada también podemos entender estos eventos como interrupciones reales de la relación causal, hechos excepcionales e impredecibles que hacen desaparecer la relación causal jurídica. (Macías , 2018).

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, ha manifestado mediante jurisprudencia vinculante acerca de la causa fortuita y fuerza mayor lo siguiente:

Los casos fortuitos que se enumeran en el Art. 30 del Código Civil no son más que ejemplos, como lo indica claramente la expresión de la ley, y sobre todo la partícula, etc. La definición de la fuerza mayor que se halla en el artículo 221 del Código de Comercio es más práctica, más cercana a la realidad de la vida, y por lo mismo más exacta que la del Código Civil que es abstracta. Se destaca en el Código de Comercio el aspecto relativo de la fuerza mayor; ésta consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión: lo que es imprevisible para unos no lo es para otros que tienen mayores conocimientos

de alguna ciencia o arte; y lo mismo se podría decir respecto de la posibilidad de evitar un daño ya previsto, usando de medidas oportunas que no están al alcance de cualquier persona, pero sí de técnicos o entendidos. La mencionada definición dice así: Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva. Tanto en el concepto del Código Civil como en el del Código de Comercio, dos son los factores que conforman la fuerza mayor o caso fortuito: la imprevisibilidad (no la imprevisión) y la irresistibilidad del acontecimiento y, juntándose estos dos factores en el ámbito contractual producen el efecto de que el contrato sea imposible de cumplir. El caso fortuito significa la imposibilidad jurídica (v. gr., se prohíbe realizar la ejecución de la proyectada obra por sobrevenir una expropiación parcial o total del fundo respectivo) o física (v. gr., una inundación imprevisible y extraordinaria impidió cumplir con la venta de la cosecha enajenada sin importar un contrato aleatorio) de ejecutar la prestación debida. (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2273).

De lo citado y sustentado por el ex máximo órgano de administración de justicia ordinaria del país se puede evidenciar que estas situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, se entienden como situaciones imprevisibles como el tratamiento que da la teoría de la imprevisión, es decir algo superviniente ajeno e insuperable, que afecta a la relación contractual e impide su normal desarrollo y cumplimiento.

Entonces podemos decir que el evento fortuito es el evento impredecible y excepcional que de repente se convierte en parte de la acción del sujeto. El ejemplo típico es el de un automovilista que viaja a velocidad moderada mientras un transeúnte, con ganas de suicidarse, de repente se arroja bajo sus ruedas. Otros ejemplos son los del señalero que, durante un ejercicio de tiro, abandona temprano su puesto y es alcanzado por una bala;

Algunos autores han descrito significativamente el evento fortuito como la intersección entre una conducta humana y un hecho natural, de donde se deriva una consecuencia impredecible; de hecho, sólo entra en juego si es parte de una acción humana ya en curso, es decir, si existe una relación causal entre la conducta del hombre y el evento.

La fuerza mayor es la llamada *vis maior cui resisti non potest*, es decir, esa fuerza externa que determina a la persona a realizar una acción a la que no puede oponerse. (Fayos, 2018). Ejemplos típicos son los del pintor de casas que mientras trabaja en un andamio es arrojado por una ráfaga de viento y acaba golpeando fatalmente a un transeúnte; el cierre de las oficinas de correos por huelga, en este caso el coronavirus.

No es casualidad que el tratamiento de estas dos instituciones lo realicen algunos autores dentro del vínculo causal (como serían causas de exclusión del vínculo causal), por otros en el contexto de las causas de exclusión de la culpa. (Fayos, 2018).

Finalmente, no faltaron quienes sostuvieron que los hechos fortuitos o fuerza mayor excluyen el hecho típico en su raíz, y por tanto trascienden tanto el problema de la causalidad como el de la culpa. Lo cierto es que ambas figuras pueden, según los casos, excluir uno u otro de los dos elementos del delito, o incluso ambos; son pues institutos polivalentes.

2.2.5. Teoría de la imprevisión en la legislación laboral ecuatoriana

El Art. 169 del Código de Trabajo, supone nueve casusas para la terminación de un contrato individual de trabajo, no olvidemos que existen también contratos de carácter colectivo que se sujetan a otras causales para su terminación, dentro de nuestro estudio está el examinar si la teoría de esta imprevisión se encuentra en la legislación laboral ecuatoriana.

Dentro del citado artículo se establece en el numeral 6to, al caso fortuito o fuerza mayor “(...) que imposibiliten el trabajo como, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los

contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar”. (Código del Trabajo, Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005).

Dentro de la legislación como tal no tenemos una teoría de imprevisión concreta como tal, solamente se hace mención a situaciones de casos fortuitos o fuerza mayor, como desastres naturales o conflictos armados, pero en si el numeral antes citado en su parte final deja a la libre interpretación cuando establece otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o no pudieron evitar; en este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, sosteniendo lo siguiente:

“Cuando el equilibrio económico o financiero es alterado por motivos extremos, ajenos a la voluntad de las partes, se toman aplicables principios administrativos como el de la imprevisión o el acto Príncipe, como medios para restablecer el equilibrio financiero previsto por las partes. La teoría de la imprevisión, se basa en el principio rebus sic stantibus que prevé que la fuerza obligatoria del contrato opera siempre y cuando subsisten, en el momento de la ejecución de aquél, las mismas circunstancias que prevalecían cuando este se celebró. Nuestra jurisprudencia también se ha referido al tema, al decir que "Ello no ocurre en la imprevisión contractual: La prestación puede cumplirse, pero a costa de alterar extraordinaria e imprevisiblemente el equilibrio contractual, ocasionando una excesiva onerosidad, que ofende la buena fe contractual y que significa en quien invoca la fuerza obligatoria del contrato, un abuso del derecho” (Sentencia de 13 de diciembre del 2001, publicada en la Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, No. 8, p. 2273).

En este mismo sentido, se ha sostenido que "El contrato no es absoluto e inmutable sino una institución esencialmente relativa que puede cambiar cuando las circunstancias que tuvieran en cuenta los contratantes, han variado” (Sentencia de 11 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial, Año LXXXII, Serie XIII; No. 13, p. 3077).

En el ámbito laboral el ejecutivo a través de Ministerio del Trabajo, ha emitido una Resolución Ministerial No. 22 de fecha 16 de septiembre de 2020 (Registro Oficial No. 289 de 15 de septiembre de 2020); en la cual se pone de manifiesto que el “Covid 19 no constituye accidente de trabajo ni enfermedad profesional”. Posterior a aquello se expide el Acuerdo Ministerial No. 171 (Registro Oficial 317 de 26 de octubre de 2020); por parte del Ministerio del Trabajo en el cual se plasman las excepciones de aplicación del Capítulo III de la Ley de Apoyo Humanitario, en su parte pertinente se establece que dichas excepciones se aplicará a fin de apoyar la sostenibilidad del empleo, dentro de las medidas adoptadas por esta Cartera de Estado se sostiene la imposibilidad del empleador de suscribir acuerdos que disminuyan la remuneración que se recibe por la jornada laboral total o parcial al trabajador que tenga condición de discapacidad debidamente demostrada por el CONADIS o Ministerio de Salud; o a personas que sean calificadas como sustituto laboral de persona con discapacidad; y a la vez se permite al empleador aplicar la reducción emergente de la jornada de trabajo siempre y cuando no se reduzca la remuneración que percibe por jornada laboral ordinaria o parcial al trabajador que tenga condición de discapacidad o sea sustituto laboral de persona con discapacidad, estos trabajadores deberán notificar al empleador para su excepción.

En la Ley de Apoyo Humanitario (Registro Oficial 229 de 22 de junio de 2020); se prevé la posibilidad de que haya un mutuo acuerdo entre trabajador y empleador en el cual se modifique las condiciones económicas de la relación laboral con la finalidad de preservar las fuentes de trabajo y garantizar la estabilidad. De ninguna manera este acuerdo afectará el salario básico o salarios sectoriales. También se prevé en el Art. 19 de esta ley, el contrato especial emergente el mismo que puede tener un mínimo de veinte horas a un máximo de cuarte a la semana y se lo justifica bajo la ocasión de la sostenibilidad de la producción en situaciones emergentes, modificación del giro del negocio, etc. Este contrato puede ser

celebrado por un año y renovado por uno más si subsisten por el tiempo indicado y lo supera se reputara como contrato indefinido.

En el Art. 20 existe la posibilidad de reducción emergente de la jornada de trabajo, en los casos de caso fortuito o fuerza mayor, los mismos que deberán estar justificados, al respecto se señala lo siguiente:

“Por eventos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente justificados, el empleador podrá reducir la jornada laboral, hasta un máximo del 50%. El sueldo o salario del trabajador corresponderá, en proporción, a las horas efectivamente trabajadas, y no será menor al 55% de la fijada previo a la reducción; y el aporte a la seguridad social pagarse con base en la jornada reducida. El empleador deberá notificar a la autoridad de trabajo, indicando el período de aplicación de la jornada reducida y la nómina del personal a quienes aplicará la medida.” (Ley de Apoyo Humanitario, 2020).

En el segundo inciso manifiesta que esta reducción podrá realizarse por un año y renovarse por otro. Como se puede observar de lo transcrito el Covid expresamente no se encuentra considerado como una causa de fuerza mayo o caso fortuito pero tampoco la ley prevé su negativa en el sentido de que permite interpretarlo extensivamente y no regirnos al tenor literal de la norma porque se entienden que se expide la Ley de Apoyo Humanitario por causa del Covid, entonces esta pandemia ha permitido o ha obligado regular situaciones emergentes para las relaciones laborales, bajo esta línea de pensamiento se podría interpretar y permitir que el coronavirus sea una causa de estas y que consienta la reducción o modificación de las situaciones laborales en perjuicio para el trabajador.

Esto es lo que se ha regulado en el ámbito laboral en Ecuador por motivo de la pandemia evidenciándose que la teoría de la imprevisión no está arraigada en nuestro sistema jurídico como tampoco están delimitados los parámetros por los cuales deberíamos regirnos en las relaciones contractuales por causa de Covid al dejarnos carta abierta a la interpretación extensiva de la norma, refiriéndonos exactamente a la causa de fuerza mayor o casos

fortuitos solamente se exceptúa a las personas con discapacidad y sustitutos de personas con discapacidad.

2.2.6. Régimen laboral ecuatoriano: derechos y obligaciones.

2.2.6.1 Derechos y obligaciones del trabajador

La relación de trabajo es una correspondencia compleja, porque conjuntamente a las obligaciones principales como son la obligación del trabajador de prestar sus servicios lícitos y personales, es decir, su actividad y la obligación del empleador de corresponderle con las retribuciones, explícitamente hay una multiplicidad de situaciones subjetivas, activas y pasivas, refiriéndose a las dos partes de esta correlación. Se observa que en el caso de la relación laboral la complejidad adquiere especial importancia debido a la intensidad del vínculo de trabajo y al hecho de que el uso de las mismas se produce dentro de la organización de otro sujeto, el empleador; El mismo que también se exige a un conjunto de obligaciones en relación con el trabajador, que varían según la diferente intensidad del vínculo personal que conlleva la obligación laboral. (Abarca, 2018).

La relación laboral es, por tanto, una relación jurídica que surge de un contrato de trabajo. Los sujetos de esta relación, que son también destinatarios de las obligaciones que de ella se derivan, son el empleador y el trabajador.

Dentro de los derechos más importantes del trabajador se encuentran los siguientes:

En cuanto a las horas de trabajo están establecidas por el Código De Trabajo en un máximo de 8 horas diarias y que no supere las 40 semanales según el Art. 47 ibídem. Sin embargo, existen casos excepcionales como horas suplementarias y horas extraordinarias.

Las horas extraordinarias son el trabajo que se realiza más allá de las horas contractuales; debe tener un carácter excepcional y ocasional; en este caso la retribución pagada por las horas extraordinarias se incrementa, de forma variable, según los diferentes contratos. De la misma forma las horas suplementarias se pagan con recargo adicional.

Hay que tener en cuenta que en los últimos años han surgido dos tendencias fundamentales con respecto a la jornada laboral: el de una reducción del tiempo total de trabajo; el de aumentar la flexibilidad. (Herrera & Camacho, 2019).

Acerca de la remuneración: La Constitución de la República del Ecuador (Art. 33. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008); establece que debe ser proporcionada a la cantidad y calidad del trabajo: varía no solo según el tipo de trabajo y calificación, sino también según los diferentes sectores de actividad y las diferentes empresas. De hecho, el monto del salario se establece en los distintos lugares de negociación colectiva, las empresas realizan un pago mensual adicional. Se habla de la decimotercera y decimocuarta remuneración la misma que por ley debe ser pagadera en tiempos establecidos por nuestra legislación. (Código de Trabajo, Art. 85).

De los días de descanso obligatorios se refiere el Art. 65 del Código del Trabajo en el sentido de que las vacaciones son un período de descanso necesario para la recuperación de la fuerza intelectual y física. Son indispensables y se pagan como si fueran jornadas laborales. El Ministerio del Trabajo establece el número de días de vacaciones anuales y los métodos de uso. En cualquier caso, las vacaciones anuales no pueden ser inferiores a 15 días según el Art. 69 *ibídem*. Si la relación laboral se termina antes de que hayan transcurrido todas las vacaciones, el trabajador tiene derecho a percibir un subsidio por ello. El trabajador también recibe una remuneración, aunque no esté trabajando, incluso en el caso de días festivos entre semana, es decir, eventos religiosos y civiles como el feriado la batalla de Pichincha, o fiesta religiosa como la navidad o viernes santo.

Refiriéndonos al derecho al estudio, el mismo se refiere sobre todo a la posibilidad de beneficiarse de las facilidades que tienen los estudiantes-trabajadores. Esto significa, en el caso de asistencia a cursos escolares de todo tipo y nivel, la posibilidad de realizar turnos y horarios especiales de trabajo y de recibir permisos que faciliten la asistencia escolar.

Además, en el caso de que deban realizarse exámenes, existe la posibilidad de beneficiarse de una licencia. (Pérez & Fol, 2018).

En caso de enfermedad: En caso de enfermedad o accidente de trabajo, los trabajadores tienen la garantía de mantener su puesto de trabajo durante el tiempo establecido en los convenios sean individuales o colectivos.

La seguridad en el trabajo, todas las medidas necesarias para proteger la salud y la integridad física del trabajador deben ser implementadas por el empleador. Esto significa, por ejemplo, prevenir posibles accidentes causados por el uso de plantas o por métodos de trabajo peligrosos; o tomar medidas de higiene laboral, manteniendo bajo control los factores físicos y químicos que pueden ser nocivos para la salud de los trabajadores. (Pérez & Fol, 2018).

Maternidad y paternidad: ausencia obligatoria del trabajo por concepto de maternidad, existe prohibición expresa de que a la mujer que esté embarazada o haya dado a luz recientemente se la despida eso significa despido ineficaz (Art. 195 del Código de Trabajo); la paternidad significa también la ausencia que puede solicitar el padre para atender a su hijo recién nacido. En ambos casos será remunerada su ausencia mientras dure el permiso correspondiente.

El trabajador tiene derecho a afiliarse a asociaciones sindicales, expresar su opinión y realizar actividades sindicales, dentro y fuera del lugar de trabajo como lo establece el derecho a la asociación. El derecho a la huelga es un derecho y por tanto no puede ser pretexto para el despido. Sin embargo, implica la imposición de normas al respecto según lo determino en el Art. 330 *ibídem*.

En resumen los derechos de los trabajadores se clasifican en tres:

Derechos de propiedad o patrimoniales: son los que atañen a los aspectos económicos de la retribución y la indemnización. La remuneración es un derecho inseparable del trabajo

realizado. Debe realizarse de acuerdo con plazos predeterminados y sin falta. El salario debe ser proporcional al trabajo realizado, suficiente para garantizar la subsistencia del trabajador y su familia, e igual entre hombres y mujeres. (Carrasco, 1995).

Derechos personales: Se refieren a la integridad física y la salud. De hecho, el empleador debe garantizar un entorno seguro y controlado periódicamente. El trabajador tiene derecho a periodos de descanso, diarios, semanales y festivos. Es fundamental que al trabajador se le asignen tareas para las que tenga las habilidades suficientes, para que no corra riesgos por inexperiencia. El trabajador también tiene derecho a mantener su puesto de trabajo en caso de enfermedad, accidente, servicio militar, embarazo y período posparto. Se garantiza al trabajador la absoluta libertad de opinión, la capacidad para el desempeño de funciones públicas, actividades recreativas y asistenciales. (Abarca, 2018).

Derechos sindicales o de asociación: Todo trabajador puede, si lo estima conveniente, ejercer la actividad sindical y participar en ella en el lugar de trabajo. Puede hacer huelga y publicar cualquier manifiesto por el desempeño de actividades sindicales en los locales de la empresa.

En cambio las obligaciones que tienen los trabajadores son las estipuladas en el Art. 45 del Código de Trabajo, entre las mismas se puede hacer una clasificación de las mismas a continuación:

Llegamos ahora a las obligaciones de los trabajadores que, en este caso, se pueden clasificar en cinco grupos diferenciados:

Obligación de prestación de servicio: El trabajador solo está obligado a cumplir con lo previsto en su contrato individual, no se aceptan tareas extra que no tengan relación con su objeto de contrato. Si se llevan a cabo, quedarán a criterio y elección del trabajador. Si se rechaza, no se pueden tolerar las reclamaciones del empleador. Si ocurrieran, el empleado puede comunicarse por seguridad con las autoridades competentes. Cabe señalar también

que el trabajo solo puede ser realizado por el titular del contrato, no es posible delegar a otras personas para que cumplan con sus funciones. El contrato de trabajo puede tener como único objeto el de ser susceptible de valoración económica, es decir, que tenga una cantidad justa de dinero a raíz de la actividad. (Herrera & Camacho, 2019). La actividad sólo podrá realizarse en el lugar que establezca el contrato, en el lugar donde se deba realizar la actividad por su naturaleza.

Deber de debida diligencia: Consiste en todas las debidas precauciones que toda persona correcta debe tomar por su cuenta. La ejecución del trabajo debe cumplirse por contrato con la atención y precisión necesarias. Cuanto mayor sea la responsabilidad de la actividad requerida por la empresa, mayor será la carga de diligencia, por ejemplo, en un médico, una falta de atención por parte de él causaría graves daños al paciente. En este caso, es evidente la importancia de esta obligación contractual. (Mangarelli, 2018).

Obligación de obediencia: Consiste en tener que hacer lo que ordene el empleador o quien tome su lugar. Es importante observar las directrices dadas y explicarlas de la mejor manera posible siempre y cuando se relación con el objeto del trabajo. (Mangarelli, 2018).

Lealtad: Es un deber que se perpetúa durante un tiempo razonable incluso después del final de la dependencia para el trabajo incluso cuando existe reserva de confidencialidad o cláusula que lo estipula. Básicamente consiste en tener que comportarse con lealtad hacia el empresario y proteger sus intereses. En este caso hablamos de prohibición de competencia y obligación de confidencialidad. Esto en relación al Art. 45 literal h) del Código del Trabajo.

Obligaciones de seguridad: Cada trabajador debe cuidar su propia salud y seguridad y la de las demás personas presentes en el lugar de trabajo, sobre las que recaigan los efectos de sus acciones u omisiones, de acuerdo con su formación, instrucciones y medios facilitados por el empleador. Además, los trabajadores están expresamente obligados a utilizar correctamente, de acuerdo con las instrucciones y formación recibidas, los dispositivos de

seguridad, tanto colectivos como individuales, y otros medios de protección, señalización y control. Esta obligación se extiende también al uso de maquinaria, equipos, herramientas, sustancias y preparados peligrosos con el fin de evitar que su uso inadecuado pueda causar daños a la salud y seguridad de otros empleados y de las personas que puedan estar presentes en el lugar de trabajo. (Abarca, 2018).

2.2.6.2 Obligaciones del empleador

Dentro de las obligaciones propias del empleador que constan en el Art. 42 del Código de Trabajo, se destacan algunas correspondientes a la seguridad que debe brindar y proporcionar él a sus trabajadores, dentro de las cuales se desprende el siguiente razonamiento:

Las disposiciones laborales referentes al tema, han aceptado muchos conceptos ya especificados en el ordenamiento jurídico. Son todos aquellos artículos que se basan en la prevención de riesgos en la empresa o lugar de trabajo y que en consecuencia implican la participación del empresario y de los trabajadores en la adopción de las obligaciones y medidas de prevención y protección para la protección de la salud y seguridad en estas plazas laborales. (Infantes, 2012).

Dentro de una empresa, por tanto, el primer responsable de garantizar la seguridad en el trabajo y sobre el que recae la obligación de mantener los niveles de la misma es el empleador. Este sujeto debe cumplir con las obligaciones exigidas, por lo que tiene la obligación de evitar que los probables y posibles peligros por el ejercicio de su actividad, puedan traducirse en riesgos para los trabajadores que son contratados para realizar esta actividad, quienes sin embargo no deciden los criterios para llevarlo a cabo, ya que el poder organizativo recae únicamente en el empleador y/o su directiva. (Mangarelli, 2018).

El empleador, es decir, organiza la actividad empresarial para completar el trabajo que deberán realizar los empleados, quienes deben cumplir con lo que se les exige, pero al hacerlo el empleador tiene la obligación de salvaguardar la integridad de los trabajadores eliminando o tratando de minimizar los riesgos que pueden causar daño a estos sujetos.

El empleador es igual a los gerentes y supervisores que organizan todas las actividades que realizan los trabajadores, para lo cual la legislación en materia de trabajo establece que éstos, además de tomar todas las medidas de seguridad necesarias para los empleados, también deben informarles sobre los riesgos específicos a los que están expuestos, deben enseñar las reglas básicas de prevención y deben capacitar a los trabajadores en el uso correcto de los medios y herramientas de protección. (Beltrán, 2011).

El empleador, en virtud de estas responsabilidades, también debe cumplir con las obligaciones que le exigen para capacitar al trabajador en el uso de maquinaria, herramientas e instrumentos que no presenten ningún riesgo para la salud e integridad. Esto va acompañado de la obligación de informar y formar a los empleados sobre los peligros que pueden derivarse del uso inadecuado de maquinaria y herramientas. Además del deber de informar, al empleador también se le asigna la tarea de supervisar y verificar el cumplimiento por los trabajadores de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Todo trabajador debe cuidar su propia salud y seguridad y la de las demás personas presentes en el lugar de trabajo, que se vean afectadas por sus acciones u omisiones, de acuerdo con su formación, instrucciones y medios proporcionados por el empleador.

2.2.7. Teoría de la imprevisión en la legislación internacional y su relación con el régimen laboral ecuatoriano.

En Alemania es quizás el país en donde se han elaborado las más interesantes construcciones doctrinales para fundamentar esta teoría, entre ellas se destacan la doctrina

de la presuposición de Windscheid y la de la base del negocio jurídico de Oertman. (Jimenez, 2009). Los tribunales alemanes, dado que no hay precepto en el Código Civil que consagre expresamente la imprevisión, basan su aplicación principalmente en las teorías aludidas y en los principios de buena fe.

Los Tribunales Suizos, en cambio le han dado aplicación a la teoría de la imprevisión apoyados fundamentalmente en el principio de buena fe y en la posibilidad constante el Código Civil suizo en su Art. 383 inciso segundo, en el cual manifiesta si en la ejecución de obras materiales advienen circunstancias extraordinarias, imposibles de prever, que han excesivamente difícil la ejecución de la obligación, el juez puede optar por un aumento del precio o por la resolución del contrato. (Ramos, 1998).

En Inglaterra la revisión de los contratos por alteración de las circunstancias ha encontrado cabida a través de dos construcciones jurisprudenciales como la “frustration of adventure”, en el derecho marítimo, que tiene operancia cuando sucesos sobrevinientes impiden la obtención del fin perseguido con el contrato, y la “commercial impossibility”, de acuerdo con esta última, se considera imposible el cumplimiento de una obligación cuando sin serlo físicamente, si lo es en el sentido comercial de la palabra por la excesiva onerosidad que acarrearía su ejecución. (Amadeo, 1981).

Tal es así que sin que existan normas de carácter general que impliquen una incorporación de la teoría de los respectivos ordenamientos jurídicos, los tribunales de diversos países le han ido dando acogida a la imprevisión, aunque con diferentes fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales en donde se denota la facultad judicial de modificar el contrato a causa del cambio de circunstancias imprevisibles, con base en general en la buena fe que debe presidir el convenio y en la exigencia de causa en los contratos, referida esta última en los onerosos, a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones.

El Código Civil Italiano, recoge el proceso evolutivo de esta teoría, y también el Código Polaco de las Obligaciones el mismo que en su Art. 269 establece:

“Cuando a causa de eventos excepcionales, como guerra, epidemia, pérdida total de cosechas u otras catástrofes naturales, la ejecución de la prestación tropiece con dificultades excesivas implique para una de las partes una pérdida exorbitante que los contratantes no pudieron prever en el momento de perfeccionar el contrato, el Tribunal puede, si lo juzga necesario, de acuerdo con los principios de la buena fe y teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, fijar la forma de ejecución, el monto de la prestación y aun dicta la resolución misma del contrato” (De Buen Lozano, 2001, pág. 158).

Como se puede observar, los términos de la norma son bastante amplios y reflejan una concepción moderna de los efectos de la imprevisión, que son la resolución o terminación del contrato, y en general la extinción del negocio jurídico, suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, revisión de las prestaciones. Es también avanzada la norma en cuanto que señala inequívocamente el poder de intervención judicial en el contrato, discutido en cuanto a su grado aún por partidarios de la teoría.

Las disposiciones que constan en el Código Civil Italiano relativas a la imprevisión en su legislación la denominan como la excesiva onerosidad, son las constantes en los artículos 1467, 1468, 1469, de la misma norma, estas disposiciones sobre la onerosidad excesiva solo rigen para contratos conmutativos o unilaterales, pero no se limitan a los de ejecución continuada o periódica, sino que también se extienden a los de ejecución diferida; en cuanto a los primeros no se da al juez poder de revisión. (Magoja, 2012). El único efecto, en tal caso, es la resolución del contrato, que podrá ser evitada por la contraparte si ofrece modificar equitativamente las condiciones del mismo.

Establecer en la norma estas consideraciones de la excesiva onerosidad y sus efectos denota un avance legislativo y evolución de la teoría de la imprevisión. No obstante aún tiene

en ese ordenamiento jurídico un carácter restrictivo considerando que los principios de la imprevisión deben aplicarse en general a todos los negocios jurídicos, tanto de formación unilateral como bilateral, que generen obligaciones de ejecución sucesiva, diferida o periódica, y en el caso de los contratos se considera que tales principios se deben hacer extensivos a los aleatorios y a los de especulación en ciertas condiciones.

A nivel de Latinoamérica tenemos el caso de Argentina, en su Código Civil y Comercial en el cual se inserta la teoría de la imprevisión como un desequilibrio prestacional, que el hecho generador haya sobrevenido y sea imprevisible y cualquiera de las partes cargue con una prestación excesivamente onerosa. Tendiendo como consecuencia la modificación del contrato o su resolución. En la Ley 25.561 y en decretos de emergencia 320/02 y 214/02 estipulan la acción directa por reajuste. (Ruiz, 2005). De la misma manera lo hizo Paraguay, adoptando la teoría pero con la exclusividad de revisar el contrato por onerosidad excesiva a consecuencia de circunstancias imprevisibles.

El principio de buena fe está presente en esta teoría en Perú, el mismo que en su Código Civil establece esta institución jurídica, en los Arts. 1441 y siguientes; en donde se pone de manifiesto la exclusión para su configuración el dolo y la culpa. También estipula una caducidad de 3 meses para aplicarla desde que sobrevino el hecho imprevisible, debiendo destacarse la crítica de que el país en mención es una de las más progresistas en esta índole. (Ruiz, 2005).

En Colombia al igual que en otros países destaca el principio de buena fe, afianzándose como una regla general jurídica que necesita ser interpretada en base a la equidad de la prestación de las obligaciones naturales. Determinada en el Art. 1603 del Código Civil de aquel Estado, estableciendo que solo será aplicable para los contratos conmutativos, trascendiendo al derecho administrativo según la Ley 80 de 1993 en la cual se establece que si la igualdad o equivalencia del contrato llega a romperse por causas no imputables al

afectado, las partes tomaran en el menor tiempo las medidas necesarias para su restablecimiento. (Ruiz, 2005).

Con relación al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Código Civil, indica que la fuerza mayor o caso fortuito, es el imprevisto que no es posible resistir; es una norma que es general y aplicable a todas las materias como una supletoria, es decir, que en el evento que una ley específica por ejemplo en este caso el Código de Trabajo, no prevé situaciones imprevistas se está al tenor de lo dispuesto en la legislación civil, en este caso a lo determinado en el artículo 30 que prevé el caso fortuito o la fuerza mayor. En si nuestra legislación no determina para los contratos individuales una revisión por causas ajenas a la voluntad de las partes, pero no es menos cierto que el Art. 248 del Código de Trabajo, prevé la alternativa de revisabilidad de los contratos pero únicamente para los colectivos, en el sentido de que todo contrato colectivo es revisable en su parcialidad o en su totalidad según el caso amerite, la principal diferencia es que otras legislaciones como las antes mencionadas a nivel europeo o de sudamérica han sido claras en el poder revisar contratos individuales a diferencia de Ecuador que solo lo regula para los contratos colectivos.

3.1.- Factibilidad de la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho laboral ecuatoriano.

En la legislación ecuatoriana la teoría de la imprevisión sería la causante de un progreso significativo en nuestro país, considerando que la misma no se encuentra desarrollada en ninguna parte del ordenamiento jurídico vigente. En el ámbito laboral esta teoría en el Ecuador como en otros no ha sido perfeccionada como en el campo civil o administrativo; es fundamental que se incorpore o aplique esta teoría para casos inadvertidos como es la causa de Covid 19, la misma de imprevisto ha obligado a muchos sectores a cambiar su

dinámica en el mejor de los casos y en otros escenarios ha forzado la terminación laboral de muchas personas así como también el cierre definitivo de actividades comerciales.

Pero esto deja como saldo o consecuencia que los trabajadores reclamen haberes laborales pendientes los mismos que no pueden ser satisfechos por los empleadores que actualmente se han visto perjudicados por la pandemia.

El hecho de que la teoría de la imprevisión se aplique en el Ecuador resulta factible porque nuestra legislación laboral no prevé específicamente eventos supervinientes como una pandemia, el tratamiento es diferente porque es todo el país el que debe actuar bajo lineamientos específicos y concordantes que se apiaden de la realidad tanto de los empleadores y trabajadores. (Moisá, 2005).

El Código de Trabajo no regula la revisión del contrato individual de trabajo solamente lo hace para el contrato colectivo (Art. 248); la teoría de la imprevisión como se ha indicado en los epígrafes anteriores ha tenido mayor desarrollo en el ámbito civil y administrativo, pero en el derecho laboral no, porque se trata de una rama del derecho que está en constante desarrollo, mayor receptividad por lo tanto para las modernas teorías.

Es importante comparar la legislación nuestra con la colombiana debido a que en el vecino país si se puede revisar todo contrato de trabajo según lo establece su Art. 50 del Código Laboral en el que instituye lo siguiente:

“Todo contrato de trabajo es revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la existencia de tales alteraciones, corresponde la justicia del trabajo decidir sobre ella y, mientras tanto, el contrato sigue en todo su vigor” (Colombia. Código Laboral).

De lo citado se colige que se pueden revisar todo tipo de contratos, si bien es cierto en el Ecuador tenemos a la mediación, a la conciliación, negociación y el arbitraje como métodos alternativos a los conflictos, estos no están familiarizados para las controversias que se

puedan suscitar en la relación laboral. Lo que busca la teoría de la imprevisión es efectivamente dar una solución por la avenencia de una alteración a la normalidad económica, en el tema en estudio por el coronavirus, y que sea un juez, un tercero imparcial a través de un procedimiento especial para lo cual la Asamblea Nacional deberá implementarlo para que se materialice en la práctica esta teoría.

Para que de esta manera la imprevisión en materia laboral, la revisión del contrato sea individual o colectivo pueda verificarse a fin de adaptar sus prestaciones a la nueva realidad económica impuesta por acontecimientos sobrevinientes. Lo que se busca es preservar la continuidad de la relación laboral, teniendo en cuenta las graves repercusiones de índole social y económica que traería como consecuencia la terminación laboral.

Esta acción de revisión comprendería, saber de qué manera tales eventos sobrevinientes han afectado a la economía de un contrato; evidenciar la existencia de qué tipo son estas alteraciones de la normalidad económica que sean graves e inadvertidas; y por último determinar el reajuste en base a la realidad del caso en concreto de tales obligaciones para volver al contrato el equilibrio original pactado por las partes y destruido por las inadvertidas alteraciones de la economía a nivel micro, meso y macro.

3.1. Estado de excepción dictado por Covid-19 en Ecuador.

A través del Decreto No. 1017, Lenin Moreno en su calidad de Presidente de la República del Ecuador decretó el estado de excepción por motivo de la pandemia originada por el coronavirus o Covid 19; los efectos de este estado de excepción claramente han sido la suspensión de las jornadas de trabajo en la índole de lo presencial en todos los sectores y a su vez en la medida de lo posible ordenó a sus agencias ejecutivas a fin de que determinen lineamientos que sean efectivos para salvaguardar la salud y cambiar la modalidad de trabajo

a través de medios telemáticos y tecnológicos. Implementándose de esta manera el teletrabajo y en el sector de justicia las teleaudiencias.

El estado de excepción es el fundamento necesario del orden político legítimo, por dos razones (alternativas entre sí y correspondientes a dos versiones de esta tesis): a. porque el orden político legítimo necesita un soberano, un decisor supremo, que ordena en el caos, constituye el espacio de la ley y el orden político ejerciendo el poder; o b. porque el ejercicio de los poderes de emergencia propios del estado de excepción sirve, en ciertos casos, para salvaguardar los valores, derechos y libertades garantizados y realizados por el orden político legítimo: el estado de excepción debería ser un remedio para la corrupción de la República, en circunstancias excepcionales, y tiende a restaurar el estado de salud, por así decirlo. (Despouy, 1999).

En cierto sentido, Giraldo citando la visión de Hume sostiene que es similar: en determinadas condiciones, para preservar el orden, para garantizar los elementos mínimos de supervivencia, el poder político puede suspender, y por tanto violar determinados derechos y libertades. La justicia calla, para dar paso a las razones de la supervivencia. (Giraldo, 2014).

Pero, ¿por qué el estado de excepción y los poderes de emergencia deberían estar fuera de la legitimidad, la justicia, la moralidad? En mi opinión, la pandemia en sí sugiere una tercera visión del estado de excepción, una teoría liberal donde la excepción aún se enmarca en la esfera de la legitimidad, donde la justicia no calla en condiciones de emergencia.

El aspecto más relevante de la pandemia y las medidas que, más o menos en todas partes aunque con diferentes tiempos y métodos se han tomado tiene que ver con la dinámica del contagio y la coordinación que es necesaria para frenarlo. Las medidas de cierre tienen un único objetivo: reducir la tasa de contagio trabajando sobre las fuentes y medios del contagio.

Esto significa reducir el contacto entre personas, independientemente de si son realmente contagiosas o no, en ausencia de información confiable al respecto. Reducir el contacto entre personas significa intervenir en una serie de comportamientos habituales y consolidados, ligados a un sinnúmero de actividades propias, en cierto sentido, de nuestra sociedad: el trabajo y la escuela, en primer lugar, pero también los estilos de vida más habituales en general: acceso a lugares de socialización y entretenimiento, hábitos establecidos en la gestión del hogar y la vida pública. Esta intervención debe apuntar a implementar comportamientos coordinados: todos deben quedarse en casa. De hecho, el objetivo es reemplazar ciertos comportamientos coordinados bien establecidos, todos vamos a trabajar a determinadas horas, vamos a casa a otras determinadas, salimos a divertirnos a determinadas horas y determinados días con diferentes comportamientos coordinados: inventar una nueva norma social.

En el caso de la pandemia, los Estados han tratado de hacer lo necesario, aunque a menudo de manera imperfecta, para crear nuevas estructuras de coordinación, en contra de los hábitos establecidos, contra las normas sociales reales. Esta operación no se logró de formas muy diferentes, a pesar de las apariencias, en comparación con los métodos habituales se han establecido los derechos, o mejor dicho se han defendido y se han limitado los derechos. (MacKenzie, 2020). Se defendió el derecho a la salud, limitando el derecho a la circulación y en ocasiones, el derecho al trabajo y la educación. Por extraño que parezca, no se ha alcanzado ningún estado de excepción: el Estado, o el gobierno, ha seguido haciendo lo que hace de todos modos: fortalecer ciertos derechos, limitar otros, con el objetivo de garantizar condiciones igualitarias y generalizadas de disfrute de la vida, ciertos bienes y derechos.

El estado de emergencia no es un estado de excepción bidireccional. No es en un sentido descriptivo, porque no hay discontinuidad en la acción del gobierno, que ahora como antes hace posible la coordinación social y hace compatibles los derechos y libertades, lo que a

menudo significa limitar ciertos derechos y libertades, o derechos y las libertades de algunos, de modo que otros derechos y libertades, o los derechos y libertades de algunos otros, puedan garantizarse, y lo son por igual para todos. (Agamben, 2004).

No es en un sentido normativo, porque los valores que justifican la coerción del gobierno, siempre y cuando esa coacción esté justificada, siempre se aplican, incluso en condiciones de emergencia. La justicia nunca calla: porque es justicia garantizar a todos (o tantos como sea posible) la posibilidad de tener, si se encuentran en las pésimas condiciones en las que el virus pone a las personas con enfermedades previas o inmunodeficiencias, acceso a camas de cuidados intensivos que están disponibles en cantidades limitadas. (Bohoslavsky, 2020).

Todo este razonamiento no significa que en condiciones de emergencia todo vaya bien, que el bien superior del orden social lo justifique todo. Los mismos requisitos se aplican a las condiciones de emergencia, los mismos motivos para la justificación de la acción del gobierno en los casos normales y habituales. Cualquier limitación de derechos debe estar justificada, y debe justificarse ante quienes la padecen y quienes gozan de sus efectos. Uno puede, y tal vez debería, preguntarse por qué ciertos recursos son tan limitados, por ejemplo: ¿por qué tenemos este número de camas de UCI y no más? Uno puede y debe preguntarse si el bloqueo es proporcionado, tardío o excesivo. Se ha dicho que la pandemia es comparable a una situación de guerra, también y sobre todo por el autoritarismo y la desigualdad que existe. (Gaviria, 2020).

Pero quizás haya un aspecto común: tendemos a pensar en la guerra como la suspensión de cualquier regla moral, como la situación en la que todo es lícito. Sin embargo, una tradición centenaria, que comienza con Thomas y llega a Michael Walzer, ha reflexionado sobre los límites que deben observarse incluso en la guerra. (Migliore, 2005). Hace una reflexión sobre los límites de la violencia que estaba en la mente de muchos partidarios formados por católicos durante la resistencia, lo que muestra que incluso en esas

condiciones, de emergencia real, no hubo excepción, es decir, suspensión del horizonte de la moral y la justicia.

3.2. Análisis de las relaciones laborales en el Ecuador frente al Covid 19.

La pandemia ha trastornado todos los aspectos privados y sociales de nuestra vida, por lo que no sería plausible pensar que Covid-19 no tenga repercusiones en el ámbito profesional. También en este contexto, los efectos del virus han colocado a empleadores y trabajadores ante la necesidad de revisar el equilibrio entre sus obligaciones y sus derechos y la urgencia de adoptar nuevos procesos y medidas. (Cervantes, 2020).

Ha habido varias cuestiones jurídicas en el ámbito de las relaciones laborales, y aún existen y necesitan aclaración. A la vez existen modalidades que permite prestar servicios a través de la tecnología como es el denominado teletrabajo, consiste en un modo de ejecución de la relación laboral subordinada que se caracteriza por la ausencia de limitaciones temporales o espaciales y por una organización por fases, ciclos y objetivos, establecidos por acuerdo entre empleado y empleador; es una posibilidad que tiene como objetivo ayudar al trabajador a conciliar los tiempos de la vida y el trabajo, favoreciendo al mismo tiempo el crecimiento de su productividad. (Pedro, 2018).

A este tipo de trabajadores se les garantiza un trato igual en sentido económico y normativo con respecto a sus compañeros que realizan el servicio de forma habitual. Por tanto, se prevé su protección en caso de accidentes y enfermedades profesionales debido a que no existe pronunciamiento en contrato. Del mismo modo, la empresa está obligada a garantizar la salud y la seguridad de quienes operan en un régimen de trabajo inteligente.

Todos los profesionales se verán afectados por la crisis actual y existe la conciencia de esto, se extienden los miedos y las incertidumbres; en la emergencia, los derechos a menudo se excedieron.

Con respecto a esta emergencia Covid 19 hemos activado una intensa actividad de apoyo y escucha desde el principio. La pandemia ha entrado en la vida de las personas, abrumando la vida cotidiana y alterando el futuro que tenemos por delante. La dimensión colectiva de la organización ha ayudado a las personas a sentirse parte de algo más amplio, a activar una red donde todos son un pilar fundamental para el apoyo del otro.

En concreto, los profesionales autónomos conforman un universo muy heterogéneo y operan de manera diferenciada en todos los sectores, participando en el funcionamiento y desarrollo de la economía privada y los servicios públicos. En las últimas décadas se han observado un aumento constante de los profesionales autónomos que realizan tareas cualificadas y al mismo tiempo, un empeoramiento de sus condiciones laborales y perspectivas de carrera, en un escenario de precariedad generalizada del mundo del trabajo. (BBC, 2020).

En la fase reciente, la crisis económica causada por la pandemia ha puesto de relieve las dificultades en términos de protección laboral y salvaguardias económicas para los profesionales autónomos, solo superadas parcialmente a través de formas de apoyo a los ingresos que han demostrado ser insuficientes para construir un sistema de apoyo adecuado y diferenciado de acuerdo a sus necesidades. (Trías de Bes, 2020).

Además, los impactos en las actividades productivas en términos de cierre de actividades y, por otro lado, de apertura condicionada al cumplimiento de procedimientos de seguridad, evidenciaron la necesidad de una reflexión profunda sobre la relación entre todo tipo de contratos a lo largo de las cadenas del valor, como en el caso de los servicios denominados esenciales y de las implicaciones en materia de empleo, protección de la salud e implicación en sistemas de prevención para los profesionales autónomos. En el Ecuador existe la necesidad de una negociación diferente, lo que significa nuevas reglas.

Refiriéndonos a los empleadores, la emergencia de salud causada por Covid-19 también afecta las decisiones comerciales que el empleador debe tomar para llevar a cabo su negocio. A del decreto de la emergencia sanitaria, serán cada vez más las empresas activas y cada vez más empresarios estarán obligados a garantizar a los empleados unos estándares de seguridad adecuados, adoptando las medidas necesarias para eliminar o, al menos, minimizar el riesgo de contagio de Covid-19, esto será verificado y controlado por las distintas autoridades competentes en el país, las mismas que procederán como en derecho corresponda frente a cada situación en concreto; por otro lado debido al bajo índice de producción, de turismo y déficit económico se evidencia que cada mes hay más desempleados estatales como trabajadores que se les termina la relación laboral muchas de las cuales intempestivamente. (Cervantes, 2020).

3.3. Covid 19 y su imprevisión en el Código de Trabajo

El surgimiento de la pandemia que ha golpeado duramente este tiempo a nuestro país en los últimos meses ha obligado a ciudadanos e instituciones a realizar un esfuerzo sin precedentes. Las medidas adoptadas por el Gobierno para limitar la propagación de la epidemia han originado un escenario completamente nuevo, pesando mucho en la vida de millones de personas en términos de libertad de movimiento, si no libertad personal y han determinado efectos significativos en la situación económica y en el empleo. (Paz y Miño & Zavala, 2020).

En esta situación de graves emergencias, se pospone de inmediato como fuerza catalizadora de aquellas necesidades sociales esenciales que están claramente establecidas en nuestra Constitución. La emergencia sanitaria desatada por la pandemia Covid-19 representó, y sigue representando, un desafío sin precedentes también para el orden jurídico nacional. Nunca en la historia republicana había sido necesario contar con medidas legales

capaces de tener un impacto tan profundo en la organización social y los hábitos personales de los ciudadanos, hasta el punto de provocar un verdadero trastorno en la vida política, económica y cultural del país.

Desde el punto de vista del derecho laboral, las cuestiones que plantean las medidas adoptadas son numerosas y relevantes: la relación entre el conocimiento técnico-científico y la discrecionalidad política, las situaciones que pueden legitimar la limitación de los derechos constitucionales, la medida en que estas limitaciones pueden estar preparadas, la identificación de derechos constitucionales concretamente susceptibles de ser limitados, las fuentes jurídicas a través de las cuales es posible ordenar la limitación de derechos, las repercusiones de las medidas de limitación en el reparto de competencias entre el Estado, provincias y cantones.

Dentro de nuestro Código de Trabajo, la teoría de la imprevisión no se encuentra ni expresa ni tácitamente reconocida, debido a las causas por las cuales se puede dar por terminada una relación laboral, establecidas en el Art. 169 numeral 6 se indica lo siguiente:

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

De este enunciado legal, se puede determinar que es una forma de acabar un contrato individual de trabajo, lo que busca la imprevisión es revisar el mismo por situaciones sobrevinientes, imprevistas e insuperables, a fin de que se mantenga una relación laboral y que este examen al contrato o sus condiciones lo haga un juez o una tercera persona que ejerza una potestad pública investida de imparcialidad que coadyuve a las partes en la medida de lo posible a preservar la dependencia de trabajo.

3.4. ¿Se aplica la teoría de la imprevisión en los trámites laborales en el cantón Riobamba a causa del Covid 19? Investigación de casos.

Haciendo un ejercicio de silogismo jurídico simple tenemos como premisa mayor una interrogante ¿Se aplica la teoría de la imprevisión en los trámites labores en el cantón Riobamba a causa del Covid?, para acompañar a esta pregunta debemos tomar en cuenta que el cantón antes mencionado forma parte del Ecuador; como premisa menor tenemos que la legislación ecuatoriana no regula a la teoría de la imprevisión en el ámbito laboral para los contratos individuales de trabajo; obtenemos del análisis de estas dos premisas una conclusión la misma que es si no existe legislación que prevea a la teoría de la imprevisión en el Ecuador, es improbable que hay algún caso en Riobamba en la cual se aplique esta teoría.

Partiendo del punto de vista que la teoría de la imprevisión prevé una revisión de las condiciones contractuales por parte de un tercero que en este caso sería un juez de lo laboral o de trabajo, o quien haga sus veces en el cantón que sea, este procedimiento no está establecido en nuestro ordenamiento jurídico por lo tanto es imposible obtener un caso no solamente en el cantón sino en el país entero.

En el Juzgado de Trabajo del cantón Riobamba a raíz de la pandemia provocada por Covid, existe mayor número de causas pero del mismo objeto de siempre, es decir, existen casos de despidos intempestivos, reclamaciones de indemnizaciones por desahucios, pero la teoría de la imprevisión no existe en dicho juzgado debido a que nuestra legislación no la reconoce expresamente para las relaciones laborales individuales.

3.5.- Estudio legal, jurisprudencial y doctrinario de la factibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión en el derecho laboral ecuatoriano a partir del Covid 19.

La emergencia sanitaria provocada por la propagación del virus Covid-19 ha tenido múltiples consecuencias sociales, económicas y legales. (Trías de Bes, 2020). La propagación del virus de hecho, ha provocado el bloqueo de la mayoría de las actividades económicas y productivas del país, tanto es así que ha sido observado por muchos que una vez que cese la emergencia sanitaria, Ecuador tendrá que seguir afrontando una crisis económica por un largo tiempo.

Inevitablemente, la emergencia sanitaria en curso también afectará las relaciones legales y los contratos existentes; De hecho, los institutos jurídicos no viven en un ambiente de museo ni en un contexto separado, aislado de las dinámicas económicas y sociales sino de estas últimas y el mercado son herramientas funcionales para ordenar y regular sus dinámicas. De ello se desprende que los contratos existentes no son insensibles o al menos no son completamente impermeables a los eventos económicos que caracterizan el contexto en el que se ubican. (Salinas, 2020).

El derecho contractual interno se rige por el principio *pacta sunt servanda* en virtud del cual el contrato tiene la fuerza de un vínculo jurídico entre las partes que lo estipulan; este principio responde a la necesidad de certeza en las relaciones jurídicas y expresa la naturaleza última de la institución del contrato: un *vinculum iuris* entre las partes que lo ejecutan. (Benítez, 2010).

El principio *pacta sunt servanda* se cristaliza en el contexto del Art. 1561 del Código Civil ecuatoriano, que dispone que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes; pero también es posible ver que el legislador enumera al contrato como una de las fuentes de las obligaciones; estos datos normativos permiten perfilar los efectos que se derivan del contrato para las partes, que pueden ser calificados tanto en términos de derechos como en términos de

obligaciones legales. Este último debe ser cumplido por las partes para cumplir con el programa de negociación contenido en el contrato; al respecto, el legislador delimita la extensión del esfuerzo requerido por el deudor y en general por el llamado para cumplir con las obligaciones legales derivadas del contrato; se pide al deudor, de hecho, que sea diligente y que fundamente su conducta en la buena fe y la equidad, tanto en la fase de negociación y estipulación como en la fase de ejecución del contrato. Estas resoluciones adquieren una importancia central en el contexto de la regulación de obligaciones y contratos, ya que constituyen el terraplén dentro del cual el desempeño del deudor es cobrable por la contraparte y, de manera similar, dentro del cual el incumplimiento del deudor se considera negligencia que trae como consecuencia repercusiones jurídicas.

De estos supuestos es fácil inferir que no se puede identificar el incumplimiento en los casos en que el deudor paga en circunstancias imprevisibles y extraordinarias que no le permiten cumplir con los servicios deducidos en el contrato; en este sentido el legislador dispone de conformidad en numerosos artículos del cuarto libro del Código Civil, que el incumplimiento ocasionado por fuerza mayor, entendido como cualquier hecho no imputable al deudor que hizo imposible el cumplimiento, no es imputable al deudor. Dentro del término de fuerza mayor, son subsumibles todos aquellos hechos imprevisibles y supervinientes, independientemente de la voluntad de las partes que obstaculicen la extinción fisiológica de la obligación. De ello se desprende que la institución de fuerza mayor permite que el deudor no sufra las consecuencias negativas derivadas de la falta de ejecución de los servicios a los que fue requerido, precisamente porque de su incumplimiento no es responsable.

Cabe preguntarse si la parálisis económica provocada por la propagación del virus Covid-19 y, posteriormente, por las medidas regulatorias encaminadas a mitigar su propagación, puede rastrearse legalmente hasta aquellos eventos extraordinarios, inesperados e

impredecibles que sobrepasan la obligación contractual o que afectan, al menos, sobre la posibilidad de cumplimiento y, en consecuencia, sobre la consecución de la relación laboral plasmada en un contrato individual de trabajo.

En este sentido, parecería oportuno privilegiar un enfoque caso por caso orientado a evaluar uno por uno el alcance que tiene el impacto del estancamiento económico determinado por el coronavirus sobre la relación contractual que efectivamente ha pasado a primer plano, ya que en ocasiones implica la imposibilidad total de cumplir. Pero en otros casos el servicio deducido en el contrato sigue siendo al menos parcialmente ejecutable como la permanencia en un lugar de trabajo para el trabajador.

De ello se desprende que con referencia a algunos tipos de contrato, se puede invocar la fuerza mayor para liberarse del *vinculum iuris*, siempre que el estado pandémico haya afectado significativamente la posibilidad de cumplimiento y que la parte que invoca la fuerza mayor haya informado afortunadamente a la contraparte sobre la imposibilidad de cumplir; información, esta última, que debe estar disponible y detallada para lo que parezca oportuno para limitar los riesgos y daños que puedan derivarse del incumplimiento contractual. (Benítez, 2010).

Esta obligación de información está prevista en diversos ordenamientos jurídicos (además de estar contemplada en la Convención de Viena), también podría inferirse del principio de buena fe, que también regula la fase de ejecución del contrato en el ordenamiento jurídico interno y del jurisprudencial más reciente de lugar a una obligación de protección hacia la contraparte. En particular, de acuerdo con una orientación doctrinal y jurisprudencial generalizada del contrato estipulado, no solo descienden de las partes las obligaciones expresamente pactadas, sino también un conjunto de obligaciones que requieren facilitar a la contraparte en el cumplimiento y tratar, en la medida de lo posible, de minimizar los riesgos y perjuicios que podrían derivarse de ella.

A esto se suma que para poder invocar la operación de fuerza mayor, es necesario verificar el contrato y la legislación a la que se está sujeto; de hecho, la fuerza mayor constituye una institución de prerrogativa exclusiva de los sistemas de derecho civil y, a la inversa, desconocida en los sistemas de derecho consuetudinario, de donde solo es invocable si las partes lo establecen expresamente en el contexto del contrato. (Franco, 2009).

Se desprende que el estado de emergencia sanitaria provocado por la propagación del Covid a nivel internacional y la consiguiente parálisis económica tienen un impacto paralelo en las relaciones legales y contractuales existentes; el coronavirus podría subsumirse en el concepto de fuerza mayor, y en general en la categoría amplia de contingencias contractuales susceptibles de afectar el sinalagma contractual, ya que constituye un evento apto para ser detectado a los efectos de la capacidad de cumplimiento del contratista o empleador. (Cervantes, 2020).

Para ello, se destaca el principio de buena fe, principio que asume una importancia central en la gestión de contingencias que impide el cumplimiento de la relación laboral desde cuya ejecución requeriría un esfuerzo excesivamente oneroso para el empleador, precisamente como tal contrario a la buena fe. Este principio, por tanto, atenúa el derecho contractual y el rigor del principio *pacta sunt servanda*, ya que pretende preservar la función principal de la institución del contrato, que es la de los medios por los que las partes se acogen para regular la propios intereses y estipulaciones de la relación laboral.

Acerca de las sobrevenencias contractuales, Se destacan las contingencias contractuales en referencia a aquellos contratos que se caracterizan por la presencia de un lapso de tiempo entre el momento de estipulación y el momento de ejecución, entendido este último como el momento en que el contrato produce sus efectos y se va ejecutando. Puede suceder que durante este período de tiempo se produzcan circunstancias que sean adecuadas para afectar, por diversos motivos, el contexto en el que se inscribe el contrato; estas circunstancias se

definen como contingencias, por constituir circunstancias externas ajenas a las partes que ocurren durante el período de tiempo comprendido entre el momento de estipulación y el momento de ejecución del contrato.

Las contingencias se pueden dividir en contingencias que afectan significativamente los servicios deducidos en el contrato, imposibilitando la realización de uno de los mismos; en contingencias que alteren el equilibrio del contrato, afectando así el sinalagma y, por tanto, el vínculo de correspondencia que une los servicios contractuales; en contingencias que frustran la causa del contrato, en cuya presencia el servicio aún es ejecutable pero la ejecución del mismo no permite la síntesis de los efectos y fines prácticos en vista de los cuales las partes han decidido suscribir el contrato.

El problema que plantean las contingencias es principalmente el inherente a la necesidad de identificar los remedios a través de los cuales es posible gestionarlas, ya que generan el riesgo de perjudicar los intereses de la parte cuyo desempeño se ha vuelto imposible de cumplir o de la parte que sufre el desequilibrio económico, tanto el trabajador como el empleador. (Poyatos, 2020).

Por tanto, es necesario identificar las soluciones destinadas a gestionar el riesgo derivado de las contingencias, así como identificar las formas en las que se puede asignar en el contrato; a esto se suma, además, la urgencia de seleccionar los medios por los cuales la ley permite la prestación de protección frente a la parte vulnerable al hecho.

Estos remedios en general se pueden clasificar en dos categorías: los remedios y los de mantenimiento; los primeros constituyen recursos de carácter abdicativo, ya que suponen la caducidad y la disolución del vínculo contractual; estos últimos, a la inversa, integran recursos mediante los cuales el contrato se adapta a las circunstancias que se han presentado y se perfeccionaría de este modo la teoría de la imprevisión.

Se constata que el principal problema que plantean las contingencias es el inherente a identificar los remedios a través de los cuales es posible gestionarlas, asignar el riesgo que desencadenan y, en consecuencia, proteger de la ocurrencia a la parte desfavorecida; Sin embargo, en una inspección más cercana, esta pregunta no surge con referencia a las llamadas contingencias típicas, es decir, no se refiere a aquellas contingencias previstas por el ordenamiento jurídico, ya que con referencia a este último es directamente el legislador quien se encarga de identificar los remedios idóneos para su gestión, proporcionando además las soluciones jurídicas pertinentes. (Díez-Picazo, 2018).

Ante contingencias típicas, el legislador y colegislador preparan diversos remedios para atenderlas. Un primer recurso identificado para la gestión de las contingencias típicas es el de la resolución por imposibilidad inesperada de ejecución, se trata de un recurso transitorio mediante el cual el legislador gestiona todas aquellas contingencias que imposibiliten la realización de alguno de los servicios deducidos en el contrato. Para evitar el fenómeno de la parálisis económica, considerando que el desempeño que una de las partes está obligada a realizar se ha vuelto imposible por circunstancias externas e imprevisibles, el legislador identifica la solución más razonable en liberar a las partes del vínculo, de manera que ellos mismos puedan perseguir el acuerdo que necesitan.

En numerosos contratos internacionales, las epidemias son consideradas causa de fuerza mayor y resultan en la disolución de la obligación contractual por la imposibilidad de que ocurra donde el hecho extraordinario e imprevisto resulta en la incapacidad del contratista para cumplir con el servicio. La disolución del vínculo en muchos casos contractuales se deriva automáticamente del cumplimiento de las obligaciones de información arriba mencionadas por parte del contratista cuyo cumplimiento se ha vuelto imposible tras la ocurrencia del evento extraordinario e impredecible; y precisamente, la extinción del contrato se seguiría de la comunicación de la causa de fuerza mayor. (Marcucci, 2005).

Otro recurso provisto por el legislador para hacer frente a las contingencias típicas es la resolución por sobrecargas ocurridas (Infantes, 2012), la carga excesiva que se produce constituye una contingencia típica que probablemente afectará el equilibrio económico del contrato o relación laboral, ya que determina una desproporción, alterando así el equilibrio original del contrato. Este es un remedio típico, ya que el legislador lo identifica como una causa que se puede experimentar; en primer lugar, exige que uno de los servicios deducidos en el contrato se haya vuelto excesivamente oneroso, tras la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes ajenas a la voluntad de los contratistas; además, la ley exige que la carga en cuestión sea excesiva, es decir, que supere el riesgo normal inherente a cada contrato.

Por tanto, el legislador, ante tal suceso, opta por gestionarlo mediante un recurso temporal destinado a disolver y liberar a las partes del vínculo contractual en último de los casos; salvo que la parte beneficiada por el hecho ofrezca a la contraparte la posibilidad de modificar el contrato, restableciendo el equilibrio, perfeccionándose la teoría de la imprevisión que busca aquello, brindando la posibilidad de acceder a un remedio de carácter de manutención destinado a no desechar los efectos del contrato y para adecuarlo así a contingencias que habían alterado su equilibrio.

De hecho, a través del remedio de mantenimiento, el equilibrio económico original no se restablece necesariamente, pero es suficiente que la oferta de modificar el contrato devuelva el desequilibrio al riesgo normal y fisiológico del trato; a tal efecto, conviene precisar que por riesgo normal del contrato entendemos el riesgo que es inherente a cualquier intercambio comercial y por tanto nos referimos a aquel riesgo que no incide en la causa del contrato ya que no afecta la calificación pero permanece externa a ella, exclusivamente en la fase de ejecución del contrato es decir mientras se materializa la relación laboral. (De Buen Lozano, 2001). Este remedio está disponible en los casos en que el Covid 19 o el evento extraordinario e impredecible que efectivamente haya pasado a primer plano haya afectado

la posibilidad de cumplir con la relación laboral; con un mayor esfuerzo explicativo, el servicio a realizar se ha vuelto excesivamente oneroso pero no imposible.

Acerca de las causas sobrevinientes, las consecuencias negativas determinadas por las contingencias sobre los contratos existentes se pueden gestionar, además, mejorando la regulación contractual planteada por las partes, en los casos en los que se han previsto cláusulas funcionales específicas destinadas a gestionar contingencias específicas.

En efecto, los recursos a través de los cuales es posible gestionar contingencias además de tener una fuente legal, pueden ser de carácter convencional cuando hayan sido provistos por las partes dentro de la normativa contractual que hayan elaborado; en tales casos, el problema relativo a la identificación de los remedios a través de los cuales es posible gestionar las contingencias y, en consecuencia, asignar el riesgo derivado de ellas no se plantea porque son los propios empleador y trabajador quienes las identifican.

Estos remedios se pueden identificar en primer lugar en las cláusulas de ajuste automático a través de las cuales el servicio se ajusta a la ocurrencia del hecho; es un remedio de carácter revisorio ya que tiene como finalidad la preservación del contrato o de la relación laboral, adecuándolo a la contingencia; la disponibilidad de este recurso se da indeliberadamente en el sentido de que no implica “una nueva manifestación de voluntad por parte de las partes contratantes”. (Alterini, 1998, pág. 53). Otro remedio al que las partes contratantes pueden encomendar la gestión de contingencias contractuales está representado por las cláusulas de revisión mediante las cuales se adapta el contrato a los criterios establecidos por las partes; las mismas difieren de las cláusulas de ajuste implícito del contrato porque mientras estas últimas operan automáticamente y son independientes por tanto de una nueva manifestación de la voluntad contractual de las partes, viceversa las cláusulas de revisión postulan la necesidad de una nueva manifestación de voluntad con un contenido predeterminado

comparable a una especie de obligación de contratación a través de la institución, cláusulas de renegociación. (Mangarelli, 2018).

Se trata de cláusulas que tienen su origen en el comercio internacional; de hecho, en los contratos internacionales especialmente los de larga duración y complejos se dan circunstancias idóneas para alterar significativamente la sinalagma y, por tanto, surge la necesidad de reequilibrar la estructura de intereses cristalizada por las partes en el momento de la estipulación. A través de las cláusulas en análisis, las partes se comprometen a renegociar el contenido del contrato si, en el lapso de tiempo entre la estipulación y la ejecución del contrato, ocurren circunstancias inesperadas como epidemias, crisis económicas y otros eventos extraordinarios independientes de la voluntad del contratistas; este remedio difiere de las cláusulas de revisión del contrato porque en este caso no hay una predeterminación de los criterios a seguir en la revisión del contrato; De ello se desprende que las cláusulas de renegociación derivan para las partes, la obligación de contratar en virtud de la cual las partes, para adecuar el contrato a las contingencias, deben llegar a un acuerdo sobre una nueva estructura de intereses que tenga en cuenta las contingencias.

Acerca de la factibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión en Ecuador. A la luz de las constataciones, se desprende que la intervención del legislador encaminada a preparar una disciplina completada de contingencias contractuales es ahora inaplazable; la crisis pandémica en curso y la consecuente situación económica que está provocando han hecho imposible posponer la necesidad de una disciplina orgánica de las instituciones encaminada a desactivar la tensión entre contrato y tiempo, entre autonomía negociadora y equilibrio contractual; entre empleado y empleador, lo mismo no puede resolverse mediante un poder sustituto del juez desvinculado de las referencias normativas expresadas; tampoco parece factible jurídicamente dar respuesta al problema analizado mediante intervenciones regulatorias estratificadas cuyas operaciones se limitan, además, a sectores específicos; ni,

además, la disciplina de las contingencias contractuales puede delegarse en los llamados derecho de emergencia, que da lugar a un producto regulador alejado del escrutinio de la dialéctica parlamentaria y cuya función principal, por tanto, sólo puede limitarse a la de gestionar únicamente la emergencia.

Más respetuosa de los principios que rigen nuestro derecho contractual sería, en cambio, una intervención del legislador destinada a resolver el conflicto entre el principio *pacta sunt servanda* y el principio *rebus sic stantibus* mediante un equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes contratantes, en la realización de lo cual por un lado, es necesario elevar los principios cardinales del ordenamiento jurídico interno a un punto de referencia esencial; y por otro lado, es necesario que esta nueva normativa esté armonizada con la normativa internacional como el caso de Perú y Colombia, específicamente quienes tienen la legislación más desarrollada en el ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión.

La pandemia desencadenada por el coronavirus ha acelerado el ya evidente proceso evolutivo que está afectando al principio *pacta sunt servanda*, una especie de operación de maquillaje a la que ha recurrido el principio para acercar el instrumento contractual a necesidades concretas de las partes y, así, basar su disciplina en los principios de buena fe y solidaridad social. Solo así, de hecho, es posible emprender ese camino de humanización del derecho contractual, un proceso orientado a regular e interpretar las instituciones y relaciones entre los trabajadores y empleadores en la perspectiva de la equidad y la justicia contractual.

Al responder a esta advertencia, el legislador, como se observa con autoridad, debe mirar constantemente la Constitución y los principios clave del sistema legal ecuatoriano, que debe convertirse en una brújula indispensable para guiar al legislador contemporáneo en el mar abierto de la emergencia. Solo así se podrá frenar el riesgo de que el tiempo de suspensión que caracterizó los días del encierro no corresponda también a una suspensión de la Constitución y de los derechos inalienables que contempla.

Es factible aplicar la teoría de la imprevisión en el Ecuador, bajo un estudio minucioso, un proyecto de reforma o de ley en el cual se pueda consolidar fehacientemente todo lo que conlleva la imprevisión en el caso contractual laboral. Nuestra jurisprudencia es escasa al referirse a este tema como bien indica la Corte Suprema de Justicia en el año 1981, al sostener:

La imprevisión, pues, es la resultante de una cláusula tácita inherente a todo contrato de larga duración: la conocida cláusula *rebus sic stantibus*. Otros autores, sin tratarse de la idea esencial que acoge la citada cláusula, pero precisando un poco mejor su contenido, han dicho que la imprevisión se funda en que las nuevas circunstancias económicas suelen cambiar la prestación primitiva, de suerte que el deudor, en el momento de ejecutarlo, se encuentre con otra prestación distinta de la que originalmente contrajo y obligado a ejecutar otra prestación distinta, resulta contrario a la buena fe. Separándose de la idea que acoge la cláusula *rebus sic stantibus*, otros autores han expresado que la imprevisión se funda en el principio que prohíbe a una persona enriquecerse sin causa a expensas de otra. Si se obliga al deudor a cumplir la misma prestación a pesar del cambio de circunstancias, el acreedor obtendrá un enriquecimiento indebido, pues el contratar nuevamente la prestación le costaría más. (Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. Pág. 3077. Quito, 11 de noviembre de 1981).

Este criterio emitido por el ex máximo organismo de administración de justicia ordinario de nuestro país, expresa una noción de la imprevisión pero no es menos cierto que estas expresiones son vertidas únicamente en un ámbito general aplicado netamente al derecho civil, más nuestra jurisprudencia no se ha logrado desarrollar en el ámbito laboral, regulando las sobrevenencias en las relaciones contractuales entre trabajadores y empleadores. Es necesario señalar que durante este trabajo de investigación se han nombrado algunas cláusulas, principios, normas jurídicas pero ninguna de ellas satisface a la imprevisión por

no dar contestación al evento imprevisible que acaece entre las partes, es decir, no se regula un procedimiento por el cual un juez pueda revisar y estipular nuevas condiciones al contrato de trabajo.

En nuestra legislación relacionada al ámbito laboral, la única disposición que se hace mención una posibilidad de revisión es al contrato colectivo, establecido en el Art. 248 en la cual da facultad para que las partes soliciten a la autoridad que legalizó el contrato y esta petición se realizará mediante la asociación de trabajadores, es decir este espíritu normativo tiene como finalidad la colectividad sin dejar espacio a la singularidad, tornándose una suerte de inseguridad para el empleado que presta sus servicios lícitos y personales mediante un contrato individual de trabajo.

Esta revisión que se hace únicamente para el contrato colectivo, no lo hace un juez sino lo hace el empleador y si algún trabajador no está de acuerdo puede ser separado de este contrato. Los que están bajo esta modalidad de contratación tampoco están exentos de que se les termine el contrato a cualquier momento ya que existe la disposición constante en el Art. 250 del Código de Trabajo, el mismo que establece las causales de terminación de dichas relaciones laborales, que son fijadas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del Art. 169 del Código de Trabajo. Es de recordar que en el numeral 6 se establece a la fuerza mayor o al caso fortuito como causal para terminar la relación de trabajo, entonces expresamente no tenemos a la imprevisión como instituto jurídico dentro de nuestra legislación tanto en el contexto civil como en materia laboral. Por lo tanto es imperiosa la necesidad que a partir del coronavirus se realice un proyecto de norma o de reforma del Código de Trabajo que prevea un procedimiento especial en el cual se puedan revisar los contratos por parte de un tercero imparcial a fin de que los trabajadores puedan tener mayor estabilidad laboral en estos tiempos de pandemia, ya que se ha evidenciado una tasa de desempleo similar a la crisis del feriado bancario, y en conclusión lo que busca la teoría de la imprevisión es que un juez o

un tercero establezca condiciones para las partes que sean benignas al contexto en el cual estamos viviendo, en doctrina se la conoce a esta situación como la humanización del derecho. Tanto para el trabajador que no pierda su sustento y para el empleador que no sean las mismas condiciones en las que se celebró el contrato de trabajo o inició la relación laboral, sino que se establezcan nuevas circunstancias para seguir con el trabajo y no alcanzar una ruptura de la relación laboral y años de juicios para las partes.

4.1.- Relación entre el Covid 19 con la teoría de la imprevisión y los casos de fuerza mayor respecto a los contratos laborales.

A estas alturas se conoce tristemente la crisis sanitaria que está sufriendo todo el mundo debido a la devastadora propagación del covid-19. Más allá de los trágicos efectos en la vida de las personas, el virus no tardó en tener un impacto igualmente importante en los escenarios económicos y geopolíticos de nuestro país y de todo el sistema económico mundial. De hecho, innumerables miles de millones de dólares de pedidos y suministros de bienes y servicios que aún no se pueden cumplir debido al bloqueo vigente en muchos Estados corren un gran riesgo.

Esta circunstancia excepcional obliga a investigar los remedios contractuales previstos por nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a las consecuencias económicas relacionadas con la imposibilidad de cumplir los compromisos comerciales y laborales. En los contratos con ejecución continua o periódica o con ejecución diferida, si el desempeño de una de las partes se ha tornado excesivamente gravosa por la ocurrencia de hechos extraordinarios e imprevisibles, la parte que adeuda este cumplimiento o el empleador están dando por terminadas las relaciones laborales bajo la figura de la causa de fuerza mayor. (U. Externado de Colombia, 2020).

Dado que no existe una definición precisa e inequívoca de fuerza mayor, tanto dentro de nuestro sistema legal como en la demás legislación, es necesario obtenerla de la lectura de las demás fuentes del derecho. La causa de fuerza mayor opera como condición absolutoria del incumplimiento contractual en correspondencia de los servicios contractuales por hechos extraordinarios e imprevisibles. De hecho, son tales que determinan un desequilibrio de las fuerzas dentro de la relación de vínculo que determinan incluso la imposibilidad de ejecución. Se rige la imposibilidad de cumplimiento de la ejecución contractual, por causas no imputables a las partes, que sanciona la extinción del contrato cuando la imposibilidad de dar seguimiento a la ejecución prevista en el mismo venga determinada por una causa extraordinaria, imprevisible incluso temporal y no imputable. (González & Pérez, 2015).

Por tanto, las condiciones para el funcionamiento de la fuerza mayor son la extraordinaria e imprevisibilidad del hecho fuera del ámbito de actuación de las partes, así como la no imputabilidad del mismo a las partes o en el ámbito laboral al empleador; estos requisitos pertenecen tanto a la esfera objetiva como subjetiva de la relación. El primero debe entenderse como la ocurrencia objetiva de un hecho externo que impide o hace excesivamente gravosa la continuación de la relación laboral; mientras que la imprevisibilidad está necesariamente ligada a la capacidad subjetiva de una de las partes para poder anticipar y predecir de antemano la ocurrencia de condiciones que alteren el núcleo contractual.

Por tanto, si por un lado nuestro ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de poder obtener la rescisión o remodelación de la ejecución contractual a la parte afectada de un hecho lesivo, por otro lado impone al mismo la obligación de verificar concretamente la posibilidad de que tales circunstancias pueden ocurrir alteración. Esta responsabilidad de las partes debe leerse necesariamente en el contexto de las disposiciones que les obliga a

comportarse con diligencia y buena fe tanto en el establecimiento del contrato como en su ejecución; a esto también hay que añadir que todo el contrato debe interpretarse de buena fe.

Por tanto, es evidente que la causa de fuerza mayor es un principio contractual extremadamente variable y, la mayoría de las veces, su aplicación se deja a la discreción de las autoridades con respecto al caso concreto. (Ramos, 1998). Encuentra amplio margen para el funcionamiento dentro del perímetro que proporciona la rendición de cuentas y la buena fe que el legislador deposita en las partes para poder prevenir, dentro de los límites de la diligencia exigida por la ley, circunstancias preclusivas para la ejecución del propio contrato.

Relevante es la práctica jurisprudencial según la cual existe una tendencia a reconocer los efectos resolutivos y absolutorios de la fuerza mayor aunque no esté específicamente incluida dentro de las cláusulas contractuales; el principal elemento que se toma en consideración es la existencia objetiva de la imposibilidad de ejecución por causas no imputables a las partes.

Por otro lado, en otros ordenamientos jurídicos y en el derecho mercantil la creencia internacional es generalizada según la cual si la causa de fuerza mayor no se incluye específicamente en el contrato, entonces no operará en términos absolutos con respecto al incumplimiento del deudor. De hecho, es habitual que en las relaciones comerciales internacionales se inserte siempre una cláusula de rescisión de fuerza mayor. (Fayos, 2018).

Estas premisas encajan a la perfección en el difícil momento de crisis sanitaria que atravesamos en el mundo entero por la pandemia generada por el coronavirus. Más allá de los efectos en la salud, el bloqueo económico derivado de la cuarentena ha tenido y tendrá inevitablemente repercusiones en el tejido productivo de nuestro país y más allá.

Basta pensar en el impacto negativo en la cadena de producción de bienes que necesitan repuestos y componentes de todos los demás países para tener productos terminados; el tránsito de mercancías está bloqueado, la cadena de producción también está bloqueada.

(Herrera & Camacho, 2019). Por este motivo, el número de incumplimientos contractuales está destinado a aumentar y muchas empresas están recurriendo a cualquier cláusula de fuerza mayor incluida en los contratos para obtener la rescisión del contrato sin cargo por el incumplimiento como se prevé también para ser usada en el ámbito laboral.

Es probable que el mismo asunto legal sea objeto de numerosas disputas relacionadas con los arrendamientos para uso residencial y comercial; contratos de desempeño laboral; convenios de préstamos y financiación; contratos de seguro; contratos de trabajo. El monto de bonos invertidos por los efectos económico-legales de esta crisis de salud es ciertamente importante y es imperativo no solo verificar concretamente que el fenómeno del coronavirus tiene características extraordinarias e impredecibles, como determinar la imposibilidad de ejecución, pero también cómo los gobiernos individuales y las instituciones pretenden satisfacer las nuevas necesidades económicas.

De hecho, se prevén específicamente tanto la moratoria de las hipotecas contratadas para la compra de la primera vivienda como la utilización del fondo de integración para preservar las relaciones laborales.

Además, en el caso de que estas medidas no sean suficientes para garantizar la continuidad de las relaciones contractuales, es igualmente probable que las disposiciones concernientes a la fuerza mayor sean utilizadas cada vez más por su amplia interpretación y aplicación.

4.2.- Diferencias entre la teoría de la imprevisión y la inexecución de obligaciones por caso fortuito y/o fuerza mayor.

Con el bloqueo de las actividades productivas no esenciales dispuesto por el Gobierno que ha dictado para hacer frente a la actual emergencia sanitaria de Covid 19, los operadores

económicos se encuentran con grandes dificultades para gestionar su negocio y en particular respetar las obligaciones originadas de relaciones contractuales.

El miedo es el de tener que justificar legalmente ante reclamaciones por daños y perjuicios interpuestas por el otro contratista, los daños resultantes del incumplimiento o retraso en el cumplimiento de la obligación contractual.

La institución de fuerza mayor no está explícitamente definida por nuestro ordenamiento jurídico, que sin embargo a veces es citado por el Código Civil. Otras veces se inserta una cláusula de fuerza mayor directamente en el contrato. En todo caso, el concepto, aunque no expresamente establecido por la ley, fue elaborado por la jurisprudencia y en cuanto a los nombres civiles, se cree que junto con los demás artículos del código civil antes señalados, constituye un soporte importante. (Herrera & Camacho, 2019).

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado el concepto de fuerza mayor identificando los dos elementos objetivos y subjetivos que lo integran.

Elemento objetivo: deberá afrontar contingencias anormales, inesperadas e impredecibles, no imputables a la actividad del interesado.

Elemento subjetivo: el interesado debe actuar para evitar en la medida de lo posible las consecuencias del hecho anormal ocurrido.

Un ejemplo trivial: la empresa que, a pesar de tener la posibilidad de mantener el departamento abierto y productivo simplemente mediante la adopción de medidas de contención que no sean excesivamente gravosas o imposibles, por otro lado, prefiera cerrar sin respetar las entregas, puede no reconocer la posibilidad de retirar efectivamente fuerza mayor. (Ramos, 1998).

Sobre la naturaleza de la fuerza mayor eximente, se cita: "Desde un punto de vista naturalista, finalmente, la fuerza mayor se plantea como una causa externa que obliga a la persona a comportarse de manera diferente a la deseada, por lo que debe configurarse, en

relación con naturaleza jurídica, como eximente ya que el sujeto pasivo se ve obligado a cometer la infracción por un hecho imprevisto, imprevisible e irresistible, no imputable al contribuyente, a pesar de todas las precauciones tomadas ”. (Franco, 2009, pág. 63).

Finalmente, la noción de fuerza mayor no se limita a la imposibilidad absoluta, sino que debe entenderse en el sentido de circunstancias anormales e impredecibles, independientes del operador, cuyas consecuencias no podrían haberse evitado a pesar de la adopción de todas las precauciones necesarias.

Como hemos tratado la teoría de la imprevisión consiste en el evento de que se pueda revisar el contrato, en el sentido de adoptar nuevas estipulaciones entre las partes, las mismas que según nuestra propuesta sería de que un juez a través de un procedimiento especial se pronuncie y prevea otras alternativas en el mejor de los casos para seguir con el contrato o relación laboral, modificando los términos para que las dos partes no se vean afectadas, la diferencia con la fuerza mayor es que esta es un eximente de responsabilidad contractual que deslinda de toda obligación a las partes y que una de estas se vea afectada por la falta de cumplimiento.

En cambio, la teoría de la imprevisión será la revisión de las estipulaciones para el continuo desenlace de la relación contractual a través de un juez que deberá normar y regular conforme a la situación imprevisible que acaeció en el caso concreto, por ejemplo ahora tenemos la pandemia, antes teníamos a las guerras y conflictos armados, mañana puede ser otra guerra u otra pandemia. Entonces el juez distinguirá que no es un caso de fuerza mayor aplicable para las relaciones laborales porque eso significaría que se tenga que dar por terminado sin problema alguno en lo posterior.

Lo que busca la imprevisión es revisar nuevamente las condiciones u obligaciones de las partes para que un contrato pueda seguir subsistiendo con condiciones diferentes únicamente buscando el equilibrio de las partes que se sometieron a un convenio pero que se ha tenido

que modificar por las circunstancias extraordinarias que hacen que la relación contractual se vea afectada. (Magoja, 2012).

4.3.- Efectos de la teoría de la imprevisión en el ámbito laboral.

4.3.1.- Terminación del contrato laboral.

La relación laboral puede darse por terminada por diversas causas previstas por la ley, ya sea una relación laboral de duración para un tiempo determinado o permanente. Las dos razones principales y más conocidas están representadas por la hipótesis de la retirada unilateral de las partes.

Concretamente, en caso de baja por parte del empleador, hablamos de despido intempestivo, visto bueno o desahucio, cuando en cambio es el trabajador quien opta por dar por terminada la relación, es correcto hablar de renuncia o desahucio.

En el caso de que ambas partes, conjuntamente, decidan no querer continuar la relación laboral, hablamos de rescisión consensuada del contrato.

El empleado o el empleador pueden dar por terminado o hacer la resolución del mismo, los efectos son diferentes a partir de que figura se adopte para la terminación, en los casos en los cuales el trabajador decide terminar con esta, lo puede hacer en cualquier momento, por ejemplo mediante una renuncia, lo que se traduciría a desahucio. Las renunciaciones deben presentarse por escrito. En caso de incumplimiento del plazo de preaviso, se solicitará al trabajador una indemnización por los días de trabajo no realizados. La renuncia inmediata a la relación laboral solo se permite si el empleador tiene un impacto grave y permanente en la relación laboral (por ejemplo, al no pagar el salario). El aviso debe ser respetado tanto por el trabajador como por el empleador. En caso de incumplimiento del plazo de preaviso por una de las partes contratantes, la contraparte tiene derecho a una compensación que incluye

el salario y todos los elementos salariales acumulados en el período en cuestión. (Abarca, 2018).

Por ejemplo, una trabajadora actualmente trabaja como vendedora en un local de comida. Tiene el título de trabajadora social y, por lo tanto, participó en un concurso que ganó rápidamente. Para poder presentarse a tiempo a su nuevo trabajo, debe renunciar sin previo aviso. Por incumplimiento del preaviso de quince días, el empleador deberá terminar la relación laboral bajo el visto bueno.

De acuerdo al Art. 169 del Código de Trabajo, existen algunas causas por las cuales se puede pedir la resolución del contrato o terminación del mismo, en este epígrafe consideramos que se trata de causas previstas en el contrato; por acuerdo de las partes; cumplimiento del objeto del contrato; estas como las más importantes, sin embargo se prevé la posibilidad de una fuerza mayor o caso fortuito lo que no se deja clara también es otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar. En esta situación encajaría la teoría de la imprevisión, pero esta busca la modificación contractual por parte de un juzgador o de un tercero, en este artículo solo hay causales por las que se dan por terminadas las relaciones laborales, la terminación de la relación laboral para esta teoría es de última instancia.

4.3.2.- Resolución del contrato.

La terminación consensuada; resolución del contrato o de la relación laboral se produce cuando el empleador y su trabajador consienten mutuamente la terminación del contrato, ya que ha cesado la conveniencia mutua para la continuación de la relación contractual.

En cuanto a la forma para la terminación consensuada, no existe obligación de pactar por escrito, ya que la terminación consensuada bien puede ocurrir por la simple conducta concluyente de las partes de la que se desprende la voluntad de no continuar la relación. Sin

embargo, se considera oportuno que se observe la forma escrita y que la escritura sea eventualmente firmada ante notario público, para evitar una posible apelación por una de las dos partes. (Lacalle, 2016).

Por lo general, para terminar una relación laboral, es necesario renunciar si el empleado desea rescindir el contrato. Si el empleador no quiere continuar con el contrato de trabajo, el empleado recibe el despido. Sin embargo, existe una tercera opción, menos común, que puede traer beneficios a ambas partes, que es la terminación consensuada de la relación laboral. De esta forma, es posible rescindir el contrato de trabajo antes en diversas condiciones. Sin embargo, hay algunas reglas a seguir. (Herrera & Camacho, 2019).

Al igual que ocurre con el despido, incluso con la terminación consensuada, la relación laboral termina. Como ya está escrito, un acuerdo de este tipo puede resultar más ventajoso para el empleado que el despido o la dimisión, porque tiene la posibilidad de acordar aspectos que no están previstos en el proceso normal de despido. De este modo, el contrato de trabajo se puede rescindir de forma más flexible y se adapta a sus necesidades.

Al optar por una terminación consensuada no es necesario seguir el procedimiento de despido habitual y se puede proceder más rápido con la terminación de la relación laboral, la terminación consensuada no está ligada a los plazos establecidos por ley para el despido, pero se puede acordar la fecha de terminación de la relación.

Si el trabajador necesita terminar la relación laboral, por ejemplo porque ha encontrado un nuevo trabajo, con una terminación consensuada, no es necesario esperar el tiempo requerido por la ley para el desahucio. En algunos casos, además de la indemnización por despido, es posible acceder a recibir una suma de dinero adicional, que se paga justo cuando se opta por la rescisión consensuada, gracias a una resolución consensuada siempre es posible insertar condiciones particulares que normalmente no están presentes en la ley, siempre que ambas partes estén de acuerdo. (Abarca, 2018).

4.3.3.- La revisión de las estipulaciones contractuales.

El Art. 20 de la Ley de Apoyo Humanitario, prevé la situación de una rebaja de remuneración y carga horaria de trabajo pero no la revisión de estipulaciones contractuales. Es por este motivo que la teoría de la imprevisión no se hace presente para su cometido como es el de revisar, modificar, variar las situaciones con el fin de que se pueda continuar con la relación laboral.

Lo único que prevé nuestro ordenamiento jurídico es la extensiva interpretación de la norma en el sentido de que da carta abierta para que se puedan dar por terminadas las relaciones laborales y sin que haya mutuo acuerdo de las partes rebajar la carga horaria de la jornada de trabajo (Infantes, 2012). Lo que es muy distinto a la teoría de la imprevisión.

Lo que busca esta teoría es como se ha dicho enfáticamente revisar el contrato y modificar los términos una vez que se haya probado o especificado cual fue el hecho imprevisto que ha impedido seguir con el libre curso del contrato. La revisión de las medidas ha de hacerse de mutuo acuerdo entre las partes pero por la avenencia de cuestiones extraordinarias que no se pudieron prever un empleador ya no puede seguir manteniendo la misma cantidad de trabajadores o a todos en su totalidad se puede pedir bajo esta teoría una resolución del contrato mediante un juzgador de la materia.

Como habíamos manifestado anteriormente la persona que se sienta perjudicada ante la posible eventualidad dañosa no podrá solicitar la aplicación de la imprevisión si se encuentra en mora, en los contratos según la doctrina se puede establecer una cláusula de imprevisión tanto para los civiles como para relaciones laborales, en la mayoría de casos no se estipula porque se entiende a los casos de fuerza mayor como una de las implícitas en todo los contratos, sin embargo se puede estipular que no aplica esta figura para las relaciones contractuales que así consideren pertinente.

4.4. Soluciones distintas.

Una de las soluciones que contempla nuestra Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008); son los métodos alternativos para resolver conflictos como en estos casos los laborales, puntualmente el Art. 190 *ibídem*, establece a la negociación, a la conciliación, mediación y arbitraje como opciones para discutir acerca de inconvenientes sobrevinientes en los contratos y demás relaciones jurídicas que puedan existir.

La teoría de la imprevisión es una forma de negociación porque nace de la autonomía de la voluntad de las partes (Ruiz, 2005), en primera instancia revisar el contrato, modificarlo, llegar a un acuerdo para seguirlo cumpliendo bajo otra modalidad por la causa imprevista que ha aparecido sin previo aviso y que es insuperable como el caso que nos acecha hoy por hoy la pandemia provocada por el coronavirus.

Si la negociación o acuerdo de las partes no prospera la propuesta es ir ante un juzgador en materia laboral o simplemente ante una autoridad de la materia que nos ayude revisando las condiciones, planteando alternativas para la consecución de la relación laboral.

Las propuestas más viables para llegar a un acuerdo son la conciliación y la negociación, la conciliación es cuando acudimos ante un mediador que nos va a ayudar a buscar una solución a nuestros problemas pero esta es voluntaria por lo cual es el primer paso para poder revisar un contrato. Sin la presencia de este conciliador y de mutuo acuerdo únicamente de las partes esta se llama negociación que estará a lo dispuesto solo por el trabajador y empleador. (Gorjón, 2011).

En cambio que el arbitraje ya es cumplir con laudo que tiene carácter de sentencia el mismo que es dictado por un tercero, existen tribunales de arbitraje, arbitrajes internacionales y cualquiera de las partes puede sugerir el árbitro pero no es muy usado para

este tipo de controversias en el ámbito de lo laboral ya que debe primar la voluntad de las partes el someterse a un árbitro. (Gorjón, 2011).

Por otro lado la conciliación debe llegarse de mutuo acuerdo y la transacción a la cual lleguen las partes puede ser realizada sin la intervención de terceros, tanto el empleador como el trabajador conciliarán las estipulaciones que sean de reformar pero siempre imperando la voluntariedad, la equidad, la buena fe, la imparcialidad, en donde ninguna de los contratantes se vea perjudicado, caso contrario en el evento de no materializarse la conciliación, queda en el Ecuador la posibilidad de iniciar un juicio por parte de quien se sienta perjudicada pero todo esto es ajeno a la teoría de la imprevisión, para lo cual propongo lo siguiente:

En el evento de suscitarse como en los tiempos actuales, una pandemia o cualquier otro caso imprevisto que afecte el normal desarrollo y cumplimiento de un contrato individual de trabajo o a su vez una relación laboral, porque no olvidemos que las relaciones laborales no necesariamente nacen por medio de un contrato, la mayoría de las veces está presente la informalidad y se perfeccionan con contratos verbales. Sin embargo de esta pequeña acotación, la propuesta precisa sería primero que el trabajador como el empleador, busquen la forma de revisar el contrato de estipular condiciones diferentes que se compadezcan con la realidad sobreviniente.

Si no existe posibilidad de acuerdo entre las partes a través de la negociación, conciliación o cualquier otra forma las partes deberían acudir ante el Inspector de Trabajo o ante el Juez de Trabajo o quien haga sus veces en el cantón donde el trabajador ejerza su trabajo, a fin de se exponga el caso en concreto, así como las condiciones que imposibilitan el curso normal de la relación laboral, en la mayoría de las causas quien deberá solicitar esta aplicación de la imprevisión sin lugar a duda será el empleador, a fin de que se revisen las estipulaciones y en caso de no convenir a sus intereses se proceda con la resolución del contrato, en donde

se tomará en cuenta para temas de indemnización la situación económica del empleador o de la empresa en donde preste los servicios el trabajador, para que de esta manera en buena fe se resuelva esta situación.

Capítulo III.

Metodología

3.1 Unidad de análisis

La unidad de análisis de este estudio se centró en la doctrina, jurisprudencia y legislación nacional e internacional acerca del estudio de la teoría de la imprevisión a fin de determinar si la misma se encuentra establecida como institución en nuestro ordenamiento jurídico, estudiar sus características, elementos y evaluar la factibilidad de implementarla en nuestra realidad laboral.

3.2. Métodos

Para estudiar el tema en relación hemos escogido los métodos de investigación jurídica que se detallan a continuación:

Método exegético: El método exegético es el que tiene un carácter objetivo. El primer elemento del procedimiento interpretativo lo constituye la búsqueda del significado literal del texto.

Método sistemático: La interpretación sistemática es un criterio de interpretación jurídica que analiza la norma jurídica comparándola con las demás normas que rigen la misma materia y con los principios generales del derecho.

Método de interpretación lógico: La interpretación lógica busca la voluntad del legislador tomando también en consideración elementos externos a la norma como, por ejemplo, el contexto histórico, el propósito racional (razón) que llevó a la promulgación de la ley.

Método de interpretación doctrinal: La interpretación doctrinal es la interpretación jurídica que hacen los juristas y los juristas. La interpretación doctrinal es realizada por académicos para comprender el alcance de una ley o para aclarar aspectos científicos o didácticos.

3.3. Enfoque de la investigación

El enfoque que se dio a la presente es la investigación jurídica en sentido estricto, ocupada del estudio y el conocimiento del derecho, comprendido como un sistema de valores, principios, normas, doctrina, jurisprudencia e instituciones jurídicas que tienen como fin regular las relaciones entre la sociedad y los humanos. Sus fuentes de conocimiento e información son las normas jurídicas, la doctrina, la jurisprudencia y la investigación jurídica. Se ocupa de las normas jurídicas en sentido formal y material. (Matias, 2012).

3.4. Tipo de investigación

Investigación teórica: tiene como objetivo principal el crear nuevas ilustraciones referentes al problema que se investiga, sin que exista la necesidad de comprobarlos con la práctica. (Baena, 2014).

Investigación documental bibliográfica: Es el análisis de los libros de doctrina, de las sentencias de jurisprudencia, artículos científicos, etc., los mismos que permitieron estudiar la teoría de la imprevisión, así como sus componentes, requisitos, elementos y características con relación a la legislación laboral nacional e internacional. (González S. , 2015).

Investigación descriptiva: es de naturaleza concluyente más que exploratoria; esto significa que permite la recopilación de información que permite llegar a describir el tema tratado en este caso a la teoría de la imprevisión y sus subtemas accesorios como sus características, elementos, etc. “Es un forma de estudio para saber el cómo y porqué del sujeto de estudio” (Naghi, 2000, pág. 91).

3.5. Diseño de investigación

Por la naturaleza, características, complejidad y esencia de la problemática la investigación ha sido desarrollada con base en un diseño no experimental, porque en el proceso de investigación no se manipularon las variables, y el problema fue estudiado en su

contexto a través de un método de investigación sistemático que abarca a todas las fuentes del derecho en relación.

3.6. Población de estudio

No se necesitó de población para esta indagación debido a que fue una de carácter teórico con enfoque de investigación jurídica, netamente se va a estudiar las fuentes del derecho nacionales e internacionales acerca de la teoría de la imprevisión y sus componentes, por eso es innecesario inmiscuir a personas para esta exploración.

3.7. Tamaño de la muestra

No fue preciso seleccionar una muestra dado el que no existe población en nuestra investigación.

3.8. Técnicas de recolección de datos

Se utilizó como técnica para la recolección de datos la lectura de documentos, acopio de información y elaboración de fichas.

3.9. Técnicas de análisis e interpretación de la información

Para dar interpretación a la información en esta investigación se ha clasificado la información de acuerdo con el esquema de trabajo, haciendo anotaciones manuscritas.

3.10. Comprobación de hipótesis

Partiendo de una hipótesis de carácter interrogativo la misma que es: ¿La teoría de la imprevisión incide en el régimen laboral ecuatoriano por causa del estado de excepción decretado a causa del Covid 19?; dando respuesta a esta pregunta podemos decir que la

teoría de la imprevisión no incide de ninguna manera en el régimen laboral ecuatoriano debido a su ausencia legislativa en nuestro ordenamiento jurídico.

Capítulo IV.

Resultados y discusión

Corresponde en este capítulo presentar y discutir los resultados de la investigación, los cuales se refieren a la investigación utilizando las fuentes del derecho las mismas que fueron la norma, la jurisprudencia y la doctrina, a nivel nacional e internacional.

4.1 Resultados y discusión del estudio doctrinal y legislativo

PAIS	¿SE APLICA LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN?	¿EN QUÉ SE BASA LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN AQUEL PAÍS?
ALEMANIA	SI	Los Tribunales Alemanes, dado que no hay precepto en el Código Civil que consagre expresamente la imprevisión, basan su aplicación principalmente en las teorías aludidas y en los principios de buena fe.
SUIZA	SI	Apoyados fundamentalmente en el principio de buena fe y en la posibilidad constante el Código Civil suizo en su Art. 383 inciso segundo, en el cual manifiesta si en la ejecución de obras materiales advienen circunstancias extraordinarias, imposibles de prever, que han excesivamente difícil la ejecución de la obligación, el juez puede optar por un aumento del precio o por la resolución del contrato

ITALIA	SI	<p>Las disposiciones que constan en el Código Civil Italiano relativas a la imprevisión en su legislación la denominan como la excesiva onerosidad, son las constantes en los artículos 1467, 1468, 1469, de la misma norma, estas disposiciones sobre la onerosidad excesiva solo rigen para contratos conmutativos o unilaterales, pero no se limitan a los de ejecución continuada o periódica, sino que también se extienden a los de ejecución diferida; en cuanto a los primeros no se da al juez poder de revisión. El único efecto, en tal caso, es la resolución del contrato, que podrá ser evitada por la contraparte si ofrece modificar equitativamente las condiciones del mismo.</p>
INGLATERR A	SI	<p>La revisión de los contratos por alteración de las circunstancias ha encontrado cabida a través de dos construcciones jurisprudenciales como la “frustration of adventure”, en el derecho marítimo, que tiene operancia cuando sucesos sobrevinientes impiden la obtención del fin perseguido con el contrato, y la “commercial impossibility”, de acuerdo con esta última, se considera imposible el cumplimiento de una obligación cuando sin serlo físicamente, si lo es en el sentido comercial de la palabra por la excesiva onerosidad que acarrearía su ejecución</p>
ARGENTINA	SI	<p>En su Código Civil y Comercial en el cual se inserta la teoría de la imprevisión como un desequilibrio prestacional, que el hecho generador haya sobrevenido y</p>

		<p>sea imprevisible y cualquiera de las partes cargue con una prestación excesivamente onerosa. Tendiendo como consecuencia la modificación del contrato o su resolución. En la Ley 25.561 y en decretos de emergencia 320/02 y 214/02 estipulan la acción directa por reajuste.</p>
PERÚ	SI	<p>Prima el principio de buena fe, en donde se pone de manifiesto la exclusión para la configuración de la teoría de la imprevisión el dolo y la culpa. También estipula una caducidad de 3 meses para aplicarla desde que sobrevino el hecho imprevisible, debiendo destacarse la crítica de que el país en mención es una de las más progresistas en esta índole.</p>
PARAGUAY	SI	<p>Adoptando la teoría de la imprevisión pero con la exclusividad de revisar el contrato por onerosidad excesiva a consecuencia de circunstancias imprevisibles.</p>
COLOMBIA	SI	<p>Destaca también el principio de buena fe, afianzándose como una regla general jurídica que necesita ser interpretada en base a la equidad de la prestación de las obligaciones naturales. Determinada en el Art. 1603 del Código Civil de aquel Estado, estableciendo que solo será aplicable para los contratos conmutativos, trascendiendo al derecho administrativo según la Ley 80 de 1993 en la cual se establece que si la igualdad o equivalencia del contrato llega a romperse por causas no imputables al afectado, las</p>

		partes tomaran en el menor tiempo las medidas necesarias para su restablecimiento.
ECUADOR	NO	En si nuestra legislación no determina para los contratos individuales una revisión por causas ajenas a la voluntad de las partes, pero no es menos cierto que el Art. 248 del Código de Trabajo, prevé la alternativa de revisabilidad de los contratos pero únicamente para los colectivos, en el sentido de que todo contrato colectivo es revisable en su parcialidad o en su totalidad según el caso amerite, pero por parte del empleador, lo que busca la teoría de la imprevisión es que se revise y modifique por un tercero en la mayoría de las veces un juez.

Fuentes: **Legislación comparada acerca de la teoría de la imprevisión.**

Elaboración: Edgar Hernán Herrera Avilés.

Conclusiones

1. A partir del estudio de las fuentes del derecho como es la norma jurídica, la doctrina y la jurisprudencia, se puede evidenciar de que los países que hemos examinado, tales como europeos y sudamericanos prevén la teoría de la imprevisión en el ámbito civil y Colombia en el administrativo también; pero no en materia laboral específicamente. Ecuador no reconoce a este instituto jurídico en su legislación ni civil ni laboral.

2. En nuestro país existe escasa jurisprudencia y doctrina acerca de la teoría de la imprevisión, lo que ha dificultado de sobremanera el tema de estudio. A partir del análisis normativo en el ámbito laboral se puede evidenciar en el Art. 169 numeral 6 que la fuerza mayor y el caso fortuito constan como causas sobrevinientes e insuperables pero las establece como causales de terminación de la relación contractual laboral.

3. De igual forma en nuestra legislación laboral la revisión contractual solamente faculta a los contratos colectivos, pero no por parte de un tercero que debería ser un juez o autoridad administrativa sino que funciona como una petición que hacen los trabajadores para que revise el empleador las condiciones y este mismo las modifique, según lo establecido en el Art. 248 del Código de Trabajo.

4. Ecuador necesita una reforma legal que incluya esta teoría de la imprevisión, no podemos ser ajenos a la realidad que estamos viviendo, tanto el Código de Trabajo y la Ley de Apoyo Humanitario no prevén la posibilidad de que las partes acudan ante un tercero a fin de que se revise las condiciones de la relación laboral, es por eso que necesitamos un procedimiento por el cual las partes puedan solicitar en vista del estado

de emergencia a nivel mundial que estamos atravesando, una revisión y que se establezcan condiciones para mantener la relación de trabajo y que esta no se termine.

Recomendaciones

1. A la Asamblea Nacional, para que dentro de sus atribuciones se modifique el ordenamiento jurídico a través de una ley o reforma de ley en la cual se adapte a nuestra realidad que atravesamos como es la pandemia provocada por el Covid 19 y se establezca la teoría de la imprevisión en el ámbito laboral.

2. A las autoridades administrativas, y jueces que tengan competencia en materia laboral examinar las causas por las cuales se da por terminada la relación de trabajo entre empleador y trabajador cuando alegan la causal 6 del Art. 169, es decir, en casos fortuitos o de fuerza mayor, a fin de determinar si la situación del empleador o de la empresa justifica el recorte de personal bajo esa causal que puede ser interpretada extensivamente.

3. A la Asamblea Nacional; Ministerio del Trabajo y Dirigentes Sindicales de Trabajadores, a fin de que mantengan un dialogo, una propuesta en el sentido de reformar el Art. 248 del Código de Trabajo, para que no sea el empleador quien revise los contratos colectivos y sea el mismo que imponga nuevas condiciones contractuales sino una autoridad imparcial entre el empleador y los trabajadores.

4. A la Asamblea Nacional, para que en el ejercicio de sus facultades expida una reforma al Código de Trabajo, a fin de que se implemente la teoría de la imprevisión tomando en cuenta el contexto pandémico y prevea un procedimiento especial mediante el cual un juez en materia de trabajo o una autoridad administrativa pueda revisar las condiciones de los contratos individuales de trabajo y establezca sin injerencia alguna nuevas estipulaciones a fin de mantener la relación laboral.

Referencias bibliográficas

- Abarca, D. (2018). *Ensayos de derecho laboral*. México DF.: LibroLibre.
- Agamben, G. (2004). *Estado de Excepción: Homo sacer, II, I*. Madrid: Adriana Hidalgo Editora.
- Alterini, A. (1998). *Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno*. Buenos Aires: La ley.
- Amadeo, J. (1981). *Teoría de la imprevisión aplicada por la jurisprudencia*. Buenos Aires: Argentina.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial de 20 de octubre.
- Asamblea Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial Suplemento 46.
- Asamblea Nacional. (2005). *Código del Trabajo*. Quito: Registro Oficial No. 167.
- Asamblea Nacional. (2020). *Ley de Apoyo Humanitario*. Quito: Registro Oficial 229.
- Baena, G. (2014). *Metodología de la Investigación*. México DF.: Grupo Editorial Patria.
- Barbosa, V. (2013). *Teletrabajo, Liderar y Trabajar en Equipos a distancia*. Buenos Aires: Editorial Dunken.
- BBC. (23 de Marzo de 2020). *BBC NEWS*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51982673>
- Beltrán, M. (2011). *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*. Cornell: Cornell University.
- Benítez, J. (2010). *La Revisión del Contrato*. Bogotá: Temis.
- Bohoslavsky, J. (2020). *Covid-19 y derechos humanos: La pandemia de la desigualdad*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- Cardona, F. (2018). *Los diecisiete artículos de Richard Kane*. Madrid: Ediciones San Dámaso.
- Carrasco, M. (1995). *Mujer, trabajo y maternidad*. Madrid: Univ Pontifica Comillas.
- Cepeda, C. (2017). *La teoría de la imprevisión en los contratos de mutuo en la legislación ecuatoriana*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Cervantes, H. (2020). *Obligaciones laborales del Covid 19: como cumplirlas sin riesgo de sanciones*. México DF.: Ediciones Fiscales ISEF.
- Coch, N. (2005). *La forma estipulatoria. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el digesto*. Girona: Universitat de Girona.
- De Buen Lozano, N. (2001). *La decadencia del contrato, en La teoría de la imprevisión*. México D.F.: Porrúa.

- Despouy, L. (1999). *Los derechos humanos y los estados de excepción*. México DF.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Díez-Picazo, L. (2018). *Sistema de derecho civil: Contratos en especial, Cuasi contratos, Enriquecimiento sin causa, Responsabilidad extracontractual*. Madrid: Tecnos.
- Dorr, J. (1985). Notas acerca de la teoría de la imprevisión. *Revista Chilena de Derecho*, 253-270.
- Ediciones Fiscales ISEF. (2019). *AGENDA MERCANTIL 2019*. México DF: Ediciones Fiscales ISEF.
- Fayos, A. (2018). *Derecho Civil: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*. Madrid: Dykinson.
- Franco, C. (2009). Caleidoscopio de la fuerza mayor. *Derecho Comparado e Internacional*, 04-51.
- Gaviria, A. (2020). *Desigualdad y autoritarismo en los tiempos de COVID-19*. Bogotá: Grupo Planeta - Colombia.
- Giraldo, O. (2014). *Utopías en la era de la supervivencia: Una interpretación del Buen Vivir*. México DF.: Editorial Itaca.
- González, J., & Pérez, R. (2015). *Formación y orientación laboral*. Madrid: Ediciones Paraninfo, S.A.
- González, S. (2015). *Manual de redacción e investigación documental*. México DF: Editorial Trillas.
- Gorjón, F. (2011). *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid: Librería-Editorial Dykinson.
- Herrera, J., & Camacho, A. (2019). *Derecho individual del Trabajo*. Rosario: Editorial Universidad del Rosario.
- Infantes, G. (2012). *Manual de obligaciones del empleador y beneficios del trabajador*. Lima: Instituto Pacífico.
- Jimenez, W. (2009). La teoría de la imprevisión ¿Regla o principio? *mISIÓN JURÍDICA*, 17-49.
- Lacalle, G. (2016). *Tipos de contratos de trabajo*. Madrid: Editex.
- Lopera, O. (1967). *La teoría de la imprevisión*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Macías, J. (2018). *Aplicación de la teoría de la imprevisión del derecho civil ecuatoriano*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- MacKenzie, D. (2020). *COVID-19: La pandemia que no debería haber sucedido jamás, y cómo detener la siguiente*. Barcelona : RBA Libros.
- Magoja, E. (2012). La teoría de la imprevisión: el gobierno de la equidad en la ejecución de los contratos. *Prudentia Iuris*, 230-255.

- Mangarelli, C. (2018). *Contrato de trabajo y derechos y obligaciones de las partes*. Montevideo: FCU.
- Marcucci, C. (2005). *Panorama contextualizado del derecho laboral sustancial colombiano*. Bogotá: U. Cooperativa de Colombia.
- Matias, S. (2012). Tendencias y enfoques de la investigación en derecho. *Diálogos de saberes*, 9-22.
- Migliore, J. (2005). Michael Walzer y el problema e la guerra justa. *Colección*, 13-46.
- Minutos, 20. (04 de Junio de 2020). *20 minutos*. Obtenido de <https://www.20minutos.es/noticia/4281022/0/oms-segunda-ola-covid-coronavirus-extremadamente-destructiva/>
- Moisá, B. (2005). *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*. Buenos Aires: Zavalia Editor.
- Moreno, L. (2020). *Decreto Ejecutivo No. 1017*. Quito: Presidencia de la República.
- Naghi, M. (2000). *Metodología de la investigación*. México DF.: Editorial Limusa.
- Ochoa, O. (2006). *Derecho Civil I*. Caracas: Andres Bello.
- Ordóñez, M. (01 de Agosto de 2020). *Plav V*. Obtenido de <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/asi-salto-el-virus-la-covid-murcielagos-humanos>
- Orduña, F., & Martinez, L. (2017). *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus: desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado*. Valparaiso: Civitas.
- Paz y Miño, R., & Zavala, M. (12 de Junio de 2020). Imprevisión contractual derivada de la pandemia. *El Comercio*, págs. 42-51.
- Pedro, M. (2018). *Teletrabajo y comercio electrónico*. Madrid: Ministerio de Educación.
- Pérez, F. (2013). La ciencia del derecho natural y la producción del conocimiento científico del Estado. *Historia*, 163-194.
- Pérez, J., & Fol, R. (2018). *Taller de prácticas laborales y de seguridad social*. México DF: Tax Editores.
- Piraino, F. (2020). *El cumplimiento de la obligación*. Bogotá: Universidad Externado.
- Poyatos, G. (2020). *Derecho laboral y de Seguridad Social Covid 19*. Albacete: Bomarzo.
- Ramos, R. (1998). *De las obligaciones*. Talca: Editorial Jurídica de Chile.
- Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado.
- Ruiz, N. (2005). La teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional. *Derecho y Realidad*, 154-165.
- Salinas, J. (2020). *Covid-19 Hacia la Nueva Normalidad: Una pandemia anunciada*. Murcia: Malbec Ediciones.

Sociedad Española de Estudios sobre Hegel. (2013). *Derecho, historia y religión: interpretaciones sobre la filosofía del derecho de Hegel: IV Congreso Internacional (22-24 septiembre de 2010)* *Derecho, historia y religión : interpretaciones sobre la filosofía del derecho de Hegel: IV Congreso Internacional* . Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Trías de Bes, F. (2020). *La Solución Nášh*. Barcelona: Grupo Planeta.

U. Externado de Colombia. (2020). *Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. Algunas reflexiones desde el derecho civil*. Bogotá: U. Externado de Colombia.