

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA: DERECHO

**ENSAYO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TEMA: “EL DESPIDO INEFICAZ EN EL ECUADOR”

AUTOR: PAÚL OSWALDO CHÁVEZ GARCÍA

TUTORA: MAGISTER CECILIA IRENE SALAZAR SANCHEZ

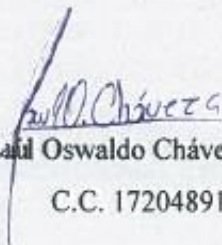
Quito – 2019

Cesión de Derechos

Yo, Paúl Oswaldo Chávez García, en calidad de autor del trabajo de investigación "El Despido Ineficaz en el Ecuador", libre y voluntariamente:

Cedo los derechos de este ensayo a la Universidad Metropolitana, a efectos que el contenido sirva de fuente de información y conocimiento para el bienestar universitario

Atentamente


Paúl Oswaldo Chávez García
C.C. 1720489127

Dedicatoria

A Dios y la Virgen del Cisne por las bendiciones recibidas.

A mi Esposa e Hija que son el motor que impulsa mi vida.

A mi Madre por su fortaleza y siempre ser mi apoyo incondicional para lograr mis metas.

A mi Tutora, Mag. Cecilia Salazar, por su paciencia y dedicación al compartir sus conocimientos.

Agradecimiento

A Dios y la Virgen ya que sin su amor y presencia en mi vida no sería posible este logro.

A mi Familia ya que sin su apoyo no hubiese podido culminar esta etapa de vida.

A mi Familia Política por alentarme a culminar esta etapa de mi vida.

A mi Hija que llegó en el momento preciso para demostrarme que el amor es más grande de lo que puede caber en el pecho.

A mi Esposa por ser mi compañera de vida y amiga incondicional ya que pesar de las adversidades hemos demostrado ser una pareja sólida.

A mi Madre, por su amor incondicional, ya que pesar de las vicisitudes atravesadas siempre tiene una mano extendida para no dejarme caer.

A mi padre, porque ahora que soy padre se la dificultad de su labor.

A la Universidad Metropolitana por haberme formado intelectualmente y poder enfrentarme ante la vida laboralmente competitiva.

Índice General

Cesión de Derechos.....	I
Dedicatoria.....	II
Agradecimiento.....	III
Índice General.....	IV
Resumen.....	1
Abstract.....	2
Introducción.....	3
Desarrollo.....	4
1. Principios del derecho Laboral.....	4
1.1.Estabilidad Laboral.....	4
1.2.Inamovilidad.....	5
1.2.1. Inamovilidad Laboral en la Legislación de Venezuela.....	5
1.2.2. Inamovilidad Laboral en la Legislación de Cuba.....	6
1.3.Intangibilidad.....	7
1.4.Irrenunciabilidad.....	8
2. Despido Ineficaz.....	9
2.1.Definiciones.....	9
2.2.Alcance.....	10
2.2.1. Mujeres embarazadas o asociadas a su periodo de gestación.....	10
2.2.2. Dirigentes sindicales.....	14
2.3.Acción de despido ineficaz.....	16
2.4.Efectos.....	16
Conclusiones.....	19
Recomendaciones.....	20
Bibliografía.....	21

Resumen

El presente ensayo de titulación parte del interrogante: ¿Qué es el despido ineficaz y a quiénes protege?. Esta cuestión ha fijado como objetivo general analizar la definición de esta institución y su alcance, así como determinar los objetivos específicos, esto es la descripción de los principios laborales enfocados a los grupos protegidos bajo esta figura, y sus efectos. Estructuralmente este ensayo está esquematizado por la introducción que contiene los principios laborales esenciales que atañen a esta figura, así como las garantías que tienen las mujeres embarazadas o la protección asociada a su periodo de gestación o maternidad, y la de los dirigentes sindicales; en el desarrollo del mismo se iniciará con un análisis de los principios de estabilidad, inamovilidad, intangibilidad; y, el de irrenunciabilidad; para luego definir el despido ineficaz y el alcance en cuanto a los sujetos que dicha institución protege.

El alcance de este ensayo tiene por cometido determinar la acción y sus efectos de esta institución normativa concluyendo que el despido ineficaz en el Ecuador es una figura relativamente nueva en la normativa laboral y consiste en garantizar la inamovilidad y estabilidad laboral de ciertos trabajadores, tales como las mujeres embarazadas y las que se encuentren en su periodo de maternidad, así como los dirigentes sindicales. Es importante abordar en el presente trabajo la garantía de derechos laborales que ofrece el Estado ecuatoriano al dejar en ineficacia el despido para cierto sector debidamente identificado en la normativa; sin embargo, no se ha considerado la ineficacia del despido para los trabajadores que se encontrasen en su periodo de paternidad, basándonos en igualdad de derechos, y la no discriminación.

Es evidente que el legislador al proponer este mecanismo garantista de derechos tácitamente busca salvaguardar indirectamente a otro sector vulnerable como son los niños y niñas, ya que al proteger directamente la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas, se está garantizando la estabilidad económica que le permitirá acceder a un adecuado control pre y post natal, bajo esta lógica se puede determinar que directamente la norma laboral protege a la mujer embarazada o asociada a su periodo de gestación o maternidad, e indirectamente al contar con la protección de la madre esta recae sobre el interés superior del niño o niña

Palabras clave: Despido, ineficaz, principios, embarazo, dirigente, sindicato, maternidad

Abstract

The present qualification essay is based on the question: What is ineffective dismissal and to whom does it protect? so it has been set as a general objective to analyze the definition of this institution and its scope, as well as to determine the specific objectives, this is the description of the labor principles focused on the groups protected under the figure of ineffective dismissal, and its effects. Structurally, this essay is outlined by the introduction that contains the essential labor principles that concern this figure, as well as the guarantees that pregnant women have or the protection associated with their gestation or maternity period, and that of union leaders; in the development of the same will begin with an analysis of the principles of stability, immobility, intangibility; and, the one of irrenunciabilidad; to then define the ineffective dismissal and scope in terms of the subjects that said institution protects.

The scope of this essay has the task of determining the action and its effects of this normative institution concluding that ineffective dismissal in Ecuador is a relatively new figure in labor regulations and whose scope is to guarantee the immobility and job stability of certain identified workers in regulations, such as pregnant women and those in their maternity period, as well as union leaders. It is important to address in this work the guarantee of labor rights offered by the Ecuadorian State by making ineffective dismissal for a certain sector duly identified in the regulations; however, the ineffectiveness of the dismissal has not been considered for the workers who were in their period of paternity, based on equal rights, and non-discrimination.

It is clear that the legislator, by proposing this guarantee mechanism of rights, tacitly seeks to indirectly safeguard another vulnerable sector such as children, since by directly protecting the labor stability of pregnant women, the economic stability of the same is being guaranteed. will allow you to access adequate pre and post natal control, and in turn to have a stable and immovable job that gives you access to social security both in the medical part for the pregnant woman and for the newborn, under this logic you can to determine that directly the labor norm protects the pregnant woman or associated to her period of gestation or maternity, and indirectly to have the protection of the mother this falls on the best interest of the boy or girl.

Keywords: Dismissal, ineffective, principles, pregnancy, leader, union, motherhood.

Introducción

La normativa laboral expresamente no contempla una definición de lo que es el despido ineficaz, sin embargo podemos decir que es la figura por la cual el empleador de forma unilateral decide dar por terminada la relación laboral con cierto sector de trabajadores, específicamente las mujeres embarazadas o asociadas a su situación de gestación o maternidad, así como los dirigentes sindicales, y dicha acción no surte efecto, es decir no se configura la terminación laboral en base al principio garantista de protección e inamovilidad laboral por la condición que estos trabajadores poseen.

Los trabajadores amparados bajo la figura de despido ineficaz conforme lo establece el Código de Trabajo en su artículo 195.1 son las mujeres embarazadas y los dirigentes sindicales.

En el desarrollo de este estudio determinaremos los principios fundamentales con los que se amparan este tipo de trabajadores.

Existen algunas observaciones con referencia a esta figura, ya que es necesario hacer una distinción entre lo que textualmente se encuentra manifestado en la norma, así como lo que indirectamente está protegiendo, es decir en cuanto a las mujeres embarazadas y en su periodo de maternidad, lo que se está protegiendo indirectamente es el bienestar del niño o niña, ya que se garantiza su estabilidad laboral para satisfacer las necesidades de su hijo.

En relación a los dirigentes sindicales, como lo manifiesta textualmente la norma, lo que indirectamente se está protegiendo son los derechos a propender al mejoramiento continuo de la calidad laboral de los trabajadores representados por el dirigente sindical.

En este sentido al tratar de salvaguardar el derecho no solo de los tipos de trabajadores mencionados en la norma, sino de terceros con mayor vulneración, la norma establece que al configurarse el despido intempestivo, se los indemnizará con valores adicionales al establecido para trabajadores que no estén protegidos bajo esta figura, es decir en este ensayo se especificará y ampliará los efectos que produciría si se despide arbitrariamente a esta clase de trabajadores.

Desarrollo

1.- Principios Del Derecho Laboral

1.1.Estabilidad laboral

El derecho al trabajo está garantizado en la Constitución de la República del Ecuador, con la obligatoriedad que tiene el Estado de proteger a los ciudadanos, es decir, el trabajo es un derecho y un deber social, así como un derecho económico tal como lo manifiesta el artículo 33 de la Constitución de la República del Ecuador:

El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

En este sentido podemos entender como estabilidad laboral la permanencia dentro de una relación laboral, es decir, es el derecho que adquiere el trabajador para conservar su puesto de trabajo durante el tiempo que esta dure, siempre que no existan causas legales que determinen su separación.

El Jurista Andrade Barrera, da una definición más sencilla y práctica, y determina que: “la estabilidad laboral, es el derecho que tiene una persona para permanecer en su trabajo durante su vida laboral” (Andrade, 2009)

Concluyendo que la estabilidad laboral tiene como finalidad proteger al trabajador contra un despido injustificado, garantizando su continuidad laboral mientras esté en capacidad de hacerlo, a menos que existan causas justificadas para dar por terminada la relación laboral.

La Corte Constitucional, dentro de su análisis define: “(...) la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido.” (Ecuador, Corte Constitucional, 2017)

1.2. Inamovilidad laboral

La legislación ecuatoriana no establece una definición concreta sobre lo que es la inamovilidad laboral, sin embargo, podemos entender como la prohibición que tiene el empleador de suspender, trasladar, despedir, jubilar a sus trabajadores mientras no cumpla con las causales previstas en la ley; y, la obligación de restitución de su lugar de trabajo, al trabajador.

Para Guillermo Cabanellas, " El principio de inamovilidad permite la estabilidad laboral absoluta, porque por ninguna circunstancia se permite que el trabajador sea separado de su cargo laboral de forma injustificada, en caso de hacerlo tiene derecho a ser reintegrado de forma inmediata " (Cabanellas, 1979)

El Tribunal Constitucional Plurinacional del Perú, determina con respecto a la inamovilidad laboral lo siguiente:

Deberá entenderse a la inamovilidad por razón de embarazo, no en el sentido literal de la palabra, cual sería no mover al servidor público del cargo que ocupa, sino más bien, como una forma de estabilidad laboral en la que sí se los podrá mover -excepcionalmente y por única vez- a otro cargo similar o idéntico dentro la misma institución, con la finalidad de precautelar el bienestar del *nasciturus*, del hijo o hija recién nacida, resguardando su vida y salud hasta que cumpla su primer año de vida puesto que la estabilidad propiamente dicha (al ser el género), no sólo abarca a este tipo de situaciones de inamovilidad (que es la especie), sino al hecho de permanecer en el cargo de acuerdo a normas establecidas y por un tiempo determinado. (Perú, Tribunal Constitucional Plurinacional, 2015)

1.1.1. Inamovilidad laboral en la legislación de Venezuela

En la legislación laboral venezolana, la inamovilidad laboral se encuentra tipificada mediante el Decreto 3.708, de fecha 21 de diciembre de 2008, en la cual se protege a los trabajadores públicos y privados, por un lapso de dos años a partir de la vigencia de este Decreto.

En el mismo se establece que los trabajadores no podrán ser despedidos, desmejorados o trasladados sin justa causa.

Sin embargo dicho Decreto existe una excepcionalidad, la misma que aplica para los trabajadores que ejerzan cargos de dirección y los trabajadores de temporada u ocasionales.

A su vez la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras establece cuáles son los trabajadores protegidos por el principio de inamovilidad, entre estos tenemos:

Inmovilidad Maternal.- Durante el embarazo y un año posterior al nacimiento del hijo

Inmovilidad Paternal.- Desde la concepción de su hijo y año después de su nacimiento

Inmovilidad Sindical.- Desde el trámite del inicio de creación del sindicato, hasta el registro del mismo, no puede durar más de 3 meses

Inmovilidad reincorporado o reubicado por accidentes laborales.- Finalizada la enfermedad laboral no permanente hasta 1 año

Inmovilidad Salarial.- Los que trabajen más de 3 meses y reciban una remuneración menor a 3 salarios mínimos. (Venezuela, Asamblea Nacional, 2012)

1.1.2. Inamovilidad laboral en la legislación de Cuba

Dentro del Código de Trabajo de Cuba, no se da una definición de inamovilidad, sin embargo en el artículo 19 de esta norma establece que los dirigentes sindicales tienen las garantías necesarias para el ejercicio de su gestión y consecuentemente, los empleadores no pueden trasladarlos, imponerles medidas disciplinarias, afectarlos en sus condiciones laborales, ni terminar su relación de trabajo con el motivo del desempeño de su trabajo de sus funciones sindicales, cuando estas se realizan conforme a la ley.

Así también en el artículo 218, se establece que la licencia con remuneración que debe tener la mujer en razón de su maternidad, esto es seis semanas anterior al parto y doce posteriores al mismo, y se extiende a ocho semanas si el parto es múltiple, y en el artículo 219, se determina que se garantiza a la trabajadora el derecho a mantenerse en su lugar de trabajo, por lo que podríamos decir que la figura de inamovilidad laboral se configura en estos casos.

Así textualmente indica:

Artículo 19.- Los dirigentes de las organizaciones sindicales tienen las garantías necesarias para el ejercicio de su gestión, y, consecuentemente, la administración de la entidad laboral no puede trasladarlos ni terminar su relación laboral con motivo del desarrollo de su gestión sindical, cuando ésta se realiza conforme con la ley y el convenio colectivo.

Artículo 218.- La trabajadora tiene derecho también, en razón de la maternidad, a la concesión de licencia retribuida hasta las seis semanas anteriores al parto y las doce posteriores al mismo. Tiene derecho, además, a otras licencias retribuidas complementarias para facilitar la atención médica a su hijo. En caso de embarazo múltiple la licencia retribuida anterior al parto se extiende a ocho semanas.

Artículo 219. La entidad laboral debe conceder licencias no retribuidas a aquellas trabajadoras que lo requieran, para la atención de sus hijos menores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley. Esta licencia es de hasta nueve meses cuando el hijo es menor de un año de edad y de hasta seis meses cuando es mayor de esta edad y menor de dieciséis años. En ambos casos se garantiza a la trabajadora el derecho a mantenerse en la plaza que desempeña (Cuba, Asamblea Nacional, 2014)

1.2. Intangibilidad laboral

En términos sencillos, determinamos que la intangibilidad es aquello que no se puede tocar, es decir un derecho adquirido que no se lo puede retirar o desmejorar, en función de la necesidad de precautelar las conquistas que los trabajadores han logrado a través de la historia.

La intangibilidad laboral está consagrada bajo los principios laborales establecidos en el numeral 2 del artículo 326 de la Constitución que establece: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Ejemplificando este principio, podemos decir que si un trabajador al inicio de su relación laboral percibía una remuneración de 600 dólares, y posteriormente se incrementó a este un valor de 200 dólares, dicho incremento no podrá ser retirada ya que constituye un derecho adquirido.

Américo Plá Rodríguez, al mencionar sobre el principio protector de la intangibilidad laboral, sostiene que es un: “Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador”. (Plá, 2015)

El principio de intangibilidad conforme lo define el Jurista Julio César Trujillo, establece que: “...los derechos otorgados a los trabajadores en los convenios internacionales, reglamentos, contratos colectivos, no pueden ser desconocidos o desmejorados por otros convenios, reglamentos, contratos colectivos posteriores” (Trujillo, 2008)

Para Garcés, al principio de intangibilidad lo define de la siguiente manera:

El principio de intangibilidad no prohíbe que los derechos adquiridos por el trabajador no puedan ser modificados, sino que estas modificaciones cuando se las haga no menoscaben los derechos adquiridos por los trabajadores. Estas modificaciones deben ser siempre favorables y mejores para la situación del trabajador. (Garcés, 2014)

La Corte Constitucional, con respecto a la intangibilidad de los derechos de los trabajadores, dispone lo siguiente:

El concepto de Intangibilidad de los Derechos Laborales implica que ninguna ley o decreto puede establecer normas que menoscaben los derechos otorgados a los obreros, lo que es conocido como inderogabilidad *in peius*, ya que las normas que conforman los Derechos Laborales sirven como un mínimo para las normas posteriores que solo podrán mejorar dichas condiciones, nunca empeorarlas. Mediante este principio, las condiciones más beneficiosas otorgadas a los trabajadores no pueden ser desmejoradas por la ley ni por la voluntad colectiva o individual, sirven como una base a partir de la cual se busca mejorar las condiciones laborales del trabajador. (Ecuador, Corte Constitucional, 2009)

1.3. Irrenunciabilidad laboral

De la misma forma la irrenunciabilidad laboral está consagrada bajo los principios laborales establecidos en el numeral 2 del artículo 326 de la Constitución que establece: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008), así también lo establece el Código de Trabajo: “artículo 4.- Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Entendiéndose de esta forma, la irrenunciabilidad laboral implica que el trabajador, así manifieste expresamente su deseo no puede renunciar a los derechos o beneficios otorgados por ley, como por ejemplo el derecho a la seguridad social, vacaciones, etc.

Américo Plá Rodríguez, considera que el principio de irrenunciabilidad es:“(…) la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio” (Plá, 2015)

Millanes, con en referencia a la irrenunciabilidad indica que:

Los trabajadores no pueden renunciar a los derechos laborales que reconozcan las leyes, los convenios colectivos o cualquier otra norma. Por ejemplo, si un trabajador renuncia sus días de vacaciones, esta renuncia carece de validez, por lo que en cualquier momento puede reclamar sus días de descanso. (Millanes, 2003)

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, establece lo siguiente:

La Sala hace hincapié en el precepto constitucional que protege los derechos del trabajador, los mismos que son irrenunciables e intangibles, por lo que cualquier modalidad de acuerdo entre las partes o contrato colectivo que afecte o implique renuncia de los derechos del trabajador no tiene ningún valor jurídico. (Ecuador, Corte Suprema de Justicia, 1996)

2.- Despido Ineficaz

2.1.- Definiciones

Conforme lo establecido en el artículo 195.1, del Código de Trabajo:

Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara. Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

En este sentido debemos abordar ciertas definiciones:

Despido.- Decisión unilateral del empleador para terminar la relación laboral.

Ineficaz.- Se refiere a una acción o acto que no produce un efecto o resultado esperado.

Intempestivo.- Acción inadecuada o inoportuna.

Embarazo.- Es el estado de la mujer gestante, en el cual se desarrolla un feto en su útero. Comprende desde la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide hasta el parto o expulsión del feto al exterior.

Gestación.- Es el período que transcurre entre la implantación en el útero del óvulo fecundado y el momento del parto.

Maternidad.- El vínculo materno filial tiene origen desde el momento de la fecundación misma, donde el cuerpo de la madre posee características diferentes a las que mantenía en un estado de no concepción.

Dirigente.- Persona encargada de tomar decisiones que afectan a un número importante de individuos que están bajo su cargo.

Sindicato.- Asociación de trabajadores para la defensa de sus intereses económicos, laborales y sociales.

Conforme las definiciones referidas, entenderemos al despido ineficaz como la figura por la cual el empleador de forma unilateral decide dar por terminada la relación laboral con cierta clase de trabajadores, tales como las mujeres embarazadas o asociados a su situación de gestación o maternidad, así como los dirigentes sindicales, acción que no surte efecto, es decir el empleador debe mantener la relación laboral en base al principio protector de inamovilidad laboral.

2.2. Alcance

Conforme lo establecido en el artículo 195.1 del Código de Trabajo, tenemos dos tipos de trabajadores definidos para ampararse bajo la figura del despido ineficaz: las mujeres embarazadas o asociados a su periodo de gestación o maternidad y los dirigentes sindicales.

2.2.1. Mujeres embarazadas o asociadas a su periodo de gestación

Las mujeres embarazadas conforme el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador, son consideradas como un grupo vulnerable, la norma manifiesta:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, **mujeres embarazadas**, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) (**Las neग्रillas me pertenecen**)

La mujer que se encuentran en estado de gravidez o embarazo, así como la que se halla en estado de maternidad experimenta notables cambios físicos, hormonales y psicológicos, por lo

que es lógico que un estado garantista como el Ecuador las considere como grupo vulnerable y con el fin de protegerlas garantice sus derechos, y en lo que nos atañe a sus derechos laborales.

Así también indirectamente estará protegiendo otro segmento poblacional vulnerable como son los niños y niñas.

En la misma Constitución de la República del Ecuador, dentro de su artículo 43, menciona:

El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
- ...3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

En referencia a ésta disposición debemos entender que el despido ineficaz tiene un ámbito de protección que incluye a las mujeres embarazadas y mientras dure su periodo de maternidad, entiéndase que dentro del periodo de maternidad se incluye el periodo de lactancia; y, que conforme lo establece el artículo 155 del Código de Trabajo, se concede un permiso de dos horas diarias, para que ésta pueda amamantar al niño o niña, por lo tanto la jornada laboral que tendrá la mamá será de 6 horas diarias por 9 meses posteriores luego de la licencia de maternidad, estas dos horas diarias serán acordadas conforme las necesidades de la beneficiaria. “artículo 155.- Guardería infantil y lactancia.- ... Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiar” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

La Corte Nacional de Justicia, menciona:

Cuando la criatura muere en el vientre materno o el niño o niña fallece después del parto la protección a la madre subsiste hasta por un período no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña. Consecuentemente, basta con que se halle probado el estado de gestación de la madre para que se genere el derecho a recibir la ayuda prenatal. (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, 2013)

De lo cual podemos determinar que a pesar que la normativa laboral no establece un periodo específico para la protección de inamovilidad de una mujer embarazada podemos tomar como referencia este periodo para hacer efectivo esta protección bajo la figura del despido ineficaz, para las mujeres en las cuales falleció su hijo.

El artículo 331 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta otro de los derechos de las mujeres, mismo que dentro de su segundo inciso establece la prohibición de la discriminación contra las mujeres, siendo que fisiológicamente solo las mujeres son capaces de concebir, entenderíamos que el hecho de despedir a una mujer en estado de embarazo, es considerado despido ineficaz e incluso discriminatorio, siempre y cuando no recaigan en las causales justificables para dar por terminada la relación laboral, como por ejemplo el incumplimiento de los reglamentos internos, faltar tres días consecutivos sin justificación a su lugar de trabajo, u otras causales determinadas en el artículo 172 del Código de Trabajo.

El artículo 332 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, mencionando entre otros la maternidad y la lactancia, y expresando textualmente la prohibición de despedir a una mujer embarazada y en su periodo de maternidad.

Del Convenio No. 183 de la OIT, sobre la protección a la maternidad, se desprende que la mujer embarazada no puede ser despedida en relación a su embarazo, periodo de lactancia o nacimiento de su hijo, en base al principio de inamovilidad, la norma establece textualmente:

Artículo 8.- 1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad. (Organización Internacional del Trabajo, 2000)

El Código del Trabajo recoge y armoniza las protecciones que tiene la mujer embarazada, es así el caso del artículo 153, que manifiesta: “Protección a la mujer embarazada.- No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005), estas doce semanas a las que se refiere este articulado es en relación al artículo 152, que da una licencia con remuneración posterior al parto, a su vez se establece la prohibición del despido a mujeres embarazadas.

El artículo 154 del Código de Trabajo, así mismo garantiza la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas, prohibiendo su desvinculación por razones de incapacidad por enfermedad relacionada al embarazo o al parto:

Incapacidad para trabajar por enfermedad debida al embarazo o al parto.- En caso de que una mujer permanezca ausente de su trabajo hasta por un año a consecuencia de enfermedad que, según el certificado médico, se origine en el embarazo o en el parto, y la incapacite para trabajar, no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por esa causa...

A su vez dentro de este articulado, en su último inciso, manifiesta la necesidad de informar al empleador sobre su estado de embarazo para que pueda configurarse desde ese momento la debida protección y garantías por parte del patrono:

La mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Con todo lo mencionado en la normativa, podemos determinar que existe desde la Constitución de la República del Ecuador, Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, y en el Código de Trabajo, una mística proteccionista a los derechos laborales de la mujer embarazada y en su periodo de maternidad, sin embargo; por lo que podría colegir que se busca establecer dos tipos de protecciones, la directa y la indirecta.

En relación con la protección directa, y tal como lo menciona expresamente la normativa se refiere a la protección laboral – económica de la mujer embarazada y en su periodo de maternidad.

En relación a la protección indirecta, se refiere al niño o niña recién nacido, por cuanto al dar protección a la mamá o estabilidad laboral se garantiza el bienestar económico, emocional y psicológico del niño o niña, quienes forman parte de un grupo de atención prioritaria.

2.2.2.- Dirigentes sindicales

Debemos empezar conceptualizando lo que es un sindicato, en este sentido diremos que es la asociación de trabajadores legalmente organizada y aprobada ante autoridad laboral, cuya principal finalidad es propender al mejoramiento continuo ante el empleador tanto de su situación laboral como salarial.

Por lo que los dirigentes sindicales, cumplen con la función de ser los representantes de los trabajadores ante los empleadores en función de la búsqueda constante de beneficios laborales. La Constitución de la República del Ecuador, establece la libertad asociativa, lo cual se plasma en el numeral 7 del artículo 326, que manifiesta:

El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:...

7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Conforme lo que establece el Convenio No. 87 de la OIT suscrito y ratificado por el Ecuador, se enmarca en lo antes mencionado, ya que este convenio también garantiza la libre asociación sin necesidad de autorización previa:

Artículo 2.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas;

Artículo 11.- Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los

trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación. (Organización Internacional del Trabajo, 1948)

El Código de Trabajo armoniza con lo dispuesto en la Constitución y en el Convenio de la OIT No. 87, estableciendo que:

Artículo 440.- **Libertad de asociación.**- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Conforme lo establece el Código de Trabajo, los trabajadores que manifiesten su voluntad de pertenecer al sindicato, deben realizarlo por escrito, así: “artículo 448.- **Voluntad expresa para asociarse.**- Para pertenecer a cualquier asociación legalmente constituida es indispensable que conste por escrito la declaración expresa de que se quiere integrar a tal asociación.” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005). Se hace referencia a esta exigencia por cuanto posteriormente en el artículo 452 del mismo cuerpo legal, establece la prohibición del despido, que no exceptúa únicamente a los dirigentes sindicales, sino a todos los trabajadores que la conformen hasta la integración de la primera directiva, por lo que este periodo queda abierto sin determinar un tiempo definido:

Artículo 452.- **Prohibición de despido.**- Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá despedir a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

De la misma forma como mencionamos para el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de maternidad, aplica para este caso que existen dos tipos de protecciones, la directa y la indirecta.

En relación con la protección directa, y tal como lo menciona expresamente el artículo 195.1, del Código de Trabajo, es ineficaz el despido a los dirigentes sindicales por cuanto es muy común que por su posición frente al empleador se puedan tomar represalias por sus decisiones en pos de los trabajadores.

En relación a la protección indirecta, podemos relacionarla a los trabajadores miembros del sindicato, por cuanto ellos manifestaron su voluntad de pertenecer a esta asociación y elegir a una persona como su dirigente para que los represente ante el empleador.

2.3. Acción de despido ineficaz

Con fecha 20 de abril de 2015, en el Suplemento del Registro Oficial 483, con publicación y entrada en vigencia de la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se incorpora la figura del despido ineficaz, amparando a ciertos trabajadores como la mujer embarazada y en periodo de maternidad, así como los dirigentes sindicales, como ya lo hemos mencionado a lo largo de este ensayo, sin embargo debemos mencionar cual es la acción que se debe tomar para que el despido ineficaz sea validado.

El artículo 195.2, del Código de Trabajo, incorporando con la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; y, reformado el 26 de junio de 2019, con la Ley Orgánica Reformativa al Código General de Procesos, publicada en el Suplemento No. 517, menciona varios aspectos que se deben tomar en cuenta para seguir con la acción pertinente, en este caso el o la trabajadora afectada una vez producido el despido debe acudir ante el Juez de Trabajo, en un plazo máximo de treinta días desde que se produjo el despido.

Admitida la demanda, el Juez de Trabajo citará conforme lo determine el Código General de Procesos al empleador, dentro de esta providencia se puede solicitar medidas para salvaguardar el derecho de los trabajadores, en este caso el reintegro inmediato del trabajador a sus actividades laborales mientras dure el proceso.

La audiencia única se llevará a cabo dentro de un “término máximo de 20 días contados desde la citación”. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015)

Al ser audiencia única dentro de la misma audiencia se dictara la sentencia.

2.4. Efectos

Una vez declarado por autoridad competente el despido ineficaz, existen tres efectos conforme lo establece el artículo 195.3 del Código de Trabajo:

1. Una vez que la ineficacia del despido se configuró entenderemos que la relación laboral no se ha interrumpido por lo que se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo, y se le deberá reintegrar al trabajador inmediatamente a sus labores habituales.
2. Otro panorama es que si la trabajador, a pesar de la declaratoria de despido ineficaz, no quiere continuar con la relación laboral, recibirá una indemnización correspondiente al de un año de la remuneración que venía percibiendo, esta indemnización es un valor adicional al que le corresponde por despido intempestivo.
3. Así mismo si el empleador se niegue a reintegrar a sus funciones a la persona trabajadora aunque se ha dispuesto el reintegro inmediato en la providencia inicial, o se estableció el despido ineficaz en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal con el tipo penal de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, esto es en base al artículo 282, con una “pena privativa de libertad de uno a tres años”. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

El artículo 195.3 del Código de Trabajo hace referencia a otro tipo de trabajadores no establecidos en el artículo 195.1 protegidos bajo la misma carga económica ante un despido, es decir no están amparados por el principio de inamovilidad laboral, más bien hace referencia a la indemnización adicional de un año que recibirían por separarlos laboralmente bajo la figura de discriminación, como son los trabajadores debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, u otros que puedan ser considerados discriminados, pero para este grupo a diferencia de los amparados bajo el despido ineficaz no se les otorga el derecho a poder reintegrarse a sus actividades laborales.

A pesar que este articulado menciona que se ampararan en relación a la indemnización a las personas adultas mayores o por su orientación sexual e incluso a otros trabajadores que se puedan considerar discriminados, en base a esta última acepción podemos determinar que queda abierta la posibilidad de que cualquier trabajador que se sienta discriminado pueda solicitar la a la autoridad laboral esta indemnización ya que es muy amplia la acción de discriminación y el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:...

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

El artículo 195.3, adicionalmente de lo mencionado en los párrafos anteriores menciona la indemnización adicional que podrían recibir los trabajadores que adolezcan de una discapacidad o de quienes estuvieran a cargo de la manutención de una tendrá una indemnización adicional que es el valor de 18 meses de la mejor remuneración, conforme lo determina la Ley Orgánica de Discapacidades:

Artículo 51.- **Estabilidad laboral.-** Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo.

En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2012)

Conclusiones

- El despido ineficaz, es una figura garantista, proteccionista, de estabilidad, e inamovilidad laboral para ciertos trabajadores como las mujeres embarazadas, así como las que se encontrasen en su periodo de maternidad y lactancia, y dirigentes sindicales.
- El despido ineficaz protege indirectamente a los hijos recién nacidos y los trabajadores miembros del sindicato, quienes eligieron un representante para que se escuche sus necesidades y canalicen ante el empleador mejoras laborales justas.
- Sin duda la protección a los dirigentes sindicales, es necesaria ya que al realizar actividades propias de su calidad, pueden existir controversias con los empleadores por la intervención de estos en los asuntos laborales tratando de velar por el constante mejoramiento de los beneficios de los trabajadores.
- La normativa laboral prevé que una vez que se ha declarado la ineficacia del despido se tendrá por hecho que la relación laboral nunca se ha interrumpido por lo que se deberá cancelar remuneraciones pendientes si es que las hubiera, con 10 % de recargo.
- El trabajador que ha sido desvinculado mediante la figura de despido ineficaz y que hubiere decidido no continuar con la relación laboral, previa a la declaratoria de ineficacia, obliga a su empleador a cancelar una indemnización equivalente a un año de trabajo, adicional a la indemnización por despido intempestivo.

Recomendaciones

- Se debería normar con claridad el tiempo que dura la protección para las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad, ya que se toma como referencia únicamente el periodo de permiso para lactancia que dura 9 meses posteriores a los 3 meses otorgados por maternidad.
- La norma no prevé el caso de mujeres que dan a luz y posteriormente fallece su hijo, es decir, se otorga el permiso por maternidad por 3 meses, y los 9 meses de lactancia, cual es el tiempo que se debe tener en cuenta para que la figura por despido ineficaz ampare a estas mujeres, ya que la norma no lo establece.
- Tomando como base que el principio de protección es el salvaguardar la estabilidad laboral de la mujer embarazada e indirecta pero fundamentalmente para velar por el bienestar del recién nacido, es necesario que se amplíe esta protección a los padres trabajadores durante el mismo periodo que se asume para la madre, ya que la estabilidad laboral va concatenada con la estabilidad económica y en tal virtud en el bienestar del hijo recién nacido, ya que si la mamá no trabaja, o si trabaja ,es responsabilidad de ambos progenitores velar por el bienestar del recién nacido.
- Se debe delimitar el tiempo de salvedad sobre la prohibición de despido a los trabajadores que suscribieron su aceptación para ser miembros del sindicato ya que en base a lo establecido en el artículo 452 del Código de Trabajo, menciona que tendrán esta protección mientras se elija la primera directiva, sin determinar el tiempo máximo que esta pueda tardar.

Bibliografía

- Andrade, F. (2009). *Diccionario y Guía de la Legislación Ecuatoriana*. Quito: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Eliasta.
- Cuba, Asamblea Nacional. (2014). *Código del Trabajo*. La Habana: Gaceta Oficial N° 29 del 17 de junio de 2014.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2012). *Ley Orgánica de Discapacidades*. Quito: Registro Oficial N° 796 del 25 de septiembre de 2012.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Suplemento del Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Suplemento del Registro Oficial N° 506 del 22 de mayo de 2015.
- Ecuador, Congreso Nacional. (2005). *Código del Trabajo*. Quito: Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de diciembre de 2005.
- Ecuador, Corte Constitucional. (29 de septiembre de 2009). *Sentencia N° 025-09-SEP-CC*. Recuperado el 26 de junio de 2019, de Caso N° 0023-09-EP:
http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/025-09-SEP-CC/REL_SENTENCIA_025-09-SEP-CC.pdf
- Ecuador, Corte Constitucional. (10 de mayo de 2017). *Sentencia N° 014-17-SIS-CC*. Recuperado el 25 de junio de 2019, de Caso N° 047-14-IS:

http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2017/014-17-SIS-CC/REL_SENTENCIA_014-17-SIS-CC.pdf

Ecuador, Corte Nacional de Justicia. (15 de mayo de 2013). *Sentencia N° 0086-2013*.

Recuperado el 28 de junio de 2019, de Juicio N° 0022-2013 JBP: <https://vlex.ec/vid/-473267402>

Ecuador, Corte Suprema de Justicia. (13 de marzo de 1996). *Sentencia s/n*. Recuperado el 27 de junio de 2019, de Gaceta Judicial N° 5:

<https://appsj.funcionjudicial.gob.ec/gaceta/listaSeries.jsf>

Garcés, G. (2014). *Estudio comparado de las legislaciones laborales ecuatoriana, chilena y española, para la inclusión de discapacitados*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Millanes, A. (2003). *Formación y Orientación Laboral*. España: Ministerio de Educación Cultura y Deporte.

Organización Internacional del Trabajo. (17 de junio de 1948). *Convenio N° 87. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*. Recuperado el 27 de junio de 2019, de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087

Organización Internacional del Trabajo. (30 de mayo de 2000). *Convenio N° 183. Convenio sobre la protección de la maternidad*. Recuperado el 27 de junio de 2019, de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183

Perú, Tribunal Constitucional Plurinacional. (23 de diciembre de 2015). *Sentencia N° 1424/2015-*

S2. Recuperado el 25 de junio de 2019, de Expediente N° 12165-2015-25-AAC:

http://spij.minjus.gob.pe/content/jurisprudencia_extranjera/repositorio/2016/07/bolivia/Sentencia1424-2015.pdf

Plá, A. (2015). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Actualidad.

Trujillo, J. (2008). *Derecho del Trabajo*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Venezuela, Asamblea Nacional. (2012). *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*. Caracas: Gaceta Oficial N° 6.076 del 7 de mayo de 2012.