

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD
CIENCIAS SOCIALES HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA
DERECHO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE:
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TÍTULO:

ANÁLISIS DEL DESPIDO INEFICAZ EN EL ECUADOR

AUTOR:

JOSE LUIS MEZA MOLINA

TUTOR:

ABG. JULIO ANDRÉS ROJAS SIERRA

GUAYAQUIL – 2020

DECLARACIÓN JURAMENTADA

AB. CECILIA CALDERÓN JÁCOME
NOTARIA TITULAR XVI DEL CANTÓN
GUAYAQUIL

20661

1 No. 20190901016P0
2 ESCRITURA PUBLICA DE DECLARACIÓN
3 JURAMENTADA QUE FORMULA EL
4 SEÑOR JOSE LUIS MEZA MOLINA.-----
5 -----
6 CUANTIA: INDETERMINADA.-----
7 -----
8 DI: 2 COPIAS.-----

9 En la ciudad de Guayaquil, cabecera cantonal del mismo
10 nombre, Provincia del Guayas, República del Ecuador, hoy
11 catorce de agosto del año dos mil diecinueve, ante mí,
12 ABOGADA CECILIA CALDERÓN JÁCOME, Notaria Titular
13 Décima Sexta de éste Cantón, comparece con plena capacidad,
14 libertad y conocimiento, a la celebración de la presente
15 escritura: El señor JOSE LUIS MEZA MOLINA, por sus propios y
16 personales derechos.- El Compareciente declara ser de
17 nacionalidad Ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil
18 soltero, de oficio estudiante, con domicilio en el Cantón
19 Quevedo y de transito por esta ciudad de Guayaquil; hábil y en
20 derecho para contratar y contraer obligaciones, a quien de
21 conocer doy fe, en virtud de haberme exhibido sus
22 documentos de identificación cuyas copias fotostáticas
23 debidamente certificadas por mí, agrego a esta escritura como
24 documento habilitante. Advertido el compareciente por mí la
25 Notaria de los efectos y resultados de esta escritura, así como
26 examinados que fue en forma aislada y separada de que
27 comparece al otorgamiento de esta escritura sin coacción,
28 amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción, me

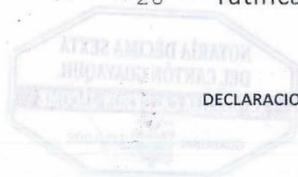
A. Cecilia Calderón Jácome
Notaria Pública Décima Sexta
Cantón Guayaquil

DECLARACION JURAMENTADA JOSE LUIS MEZA



AB. CECILIA CALDERÓN JÁCOME
NOTARIA TITULAR XVI DEL CANTÓN
GUAYAQUIL

1 pide que eleve a escritura pública la siguiente minuta.- Yo,
2 **JOSE LUIS MEZA MOLINA**, Estudiante de la **Universidad**
3 **Metropolitana del Ecuador UMET**, declaro en forma libre y
4 voluntaria que el presente trabajo de investigación cuyo tema
5 es: **"ANÁLISIS DEL DESPIDO INEFICAZ EN EL ECUADOR"**, así
6 mismo las expresiones vertidas son autoría del
7 compareciente, la misma que se ha realizado en base a
8 recopilación de información, consultado en texto, internet y
9 en el campo.- en consecuencia asumo la responsabilidad de la
10 originalidad de la misma y el cuidado al remitirme a las
11 fuentes bibliográficas que han servido para sustentar la
12 información y sus contenidos.- Es todo cuanto puedo declarar
13 en honor a la verdad, dejando en constancia que conozco las
14 penas contempladas en la ley para los casos de perjuicio.-
15 **HASTA AQUÍ, LA MINUTA QUE QUEDA ELEVADA A**
16 **ESCRITURA PÚBLICA**, la misma que se encuentra firmada por
17 **KLEBER JIMMY CHONG QUI PORTILLA**, Abogado Profesional
18 con Matricula número cuatro mil quinientos treinta y ocho del
19 Colegio de Abogados del Guayas.- de igual forma autoriza de
20 conformidad a lo prescrito en el artículo setenta y cinco de la
21 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles el
22 Acceso al Sistema Nacional de Identificación Ciudadana para
23 consultar sus datos de identificación personal y generar el
24 documento que se deberá incorporar a este instrumento. Para
25 la celebración y otorgamiento de la presente escritura se
26 observaron los preceptos legales que el caso requiere; y leída
27 que le fue por mí, la Notaria al compareciente, quien se
28 ratifica en la aceptación de su contenido y firma conmigo en





REPÚBLICA DEL ECUADOR
Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación



Dirección General de Registro Civil,
Identificación y Cedulación

CERTIFICADO DIGITAL DE DATOS DE IDENTIDAD

Número único de identificación: 1207081397

Nombres del ciudadano: MEZA MOLINA JOSE LUIS

Condición del cedulado: CIUDADANO

Lugar de nacimiento: ECUADOR/PICHINCHA/QUITO/BENALCAZAR

Fecha de nacimiento: 14 DE OCTUBRE DE 1994

Nacionalidad: ECUATORIANA

Sexo: HOMBRE

Instrucción: BACHILLERATO

Profesión: BACH.CC.QUIM.BIOLOGO

Estado Civil: SOLTERO

Cónyuge: No Registra

Fecha de Matrimonio: No Registra

Nombres del padre: MEZA VARAS JOSE LUIS

Nacionalidad: ECUATORIANA

Nombres de la madre: MOLINA CAMINO MARIA GLADYS

Nacionalidad: ECUATORIANA

Fecha de expedición: 24 DE SEPTIEMBRE DE 2018

Condición de donante: NO DONANTE

Información certificada a la fecha: 14 DE AGOSTO DE 2019

Emisor: JOSE RICARDO VERA GARCES - GUAYAS-GUAYAQUIL-NT 16 - GUAYAS - GUAYAQUIL



A. Cecilia Calderón Jácome
Notaria Pública
Guayaquil

N° de certificado: 198-250-99393



198-250-99393

Ldo. Vicente Taiano G.
Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación
Documento firmado electrónicamente



La institución o persona ante quien se presente este certificado deberá validarlo en: <https://virtual.registrocivil.gob.ec>, conforme a la LOGIDAC Art. 4 numeral 1 y a la LCE.
Vigencia del documento 1 validación o 1 mes desde el día de su emisión. En caso de presentar inconvenientes con este documento escriba a onlinea@registrocivil.gob.ec

INSTRUCCION: BACHILLERATO
 APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE: MEZA VARAS JOSE LUIS
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE: MOLINA CAMINO MARIA GLADYS
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICION: QUEVEDO 2018-08-24
 FECHA DE EXPIRACION: 2028-08-24

PROFESION / OCUPACION: BACHILLER C. QUIM. BIO

V332212222

06071387

TRUJILLO

REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
 IDENTIFICACION Y CEDULACION

N. 120708139-7

CÉDULA DE CIUDADANIA
 APELLIDOS Y NOMBRES: MEZA MOLINA JOSE LUIS
 LUGAR DE NACIMIENTO: PICHINCHA QUITO
 BENALCAZAR
 FECHA DE NACIMIENTO: 1994-10-14
 NACIONALIDAD: ECUATORIANA
 SEXO: HOMBRE
 ESTADO CIVIL: SOLTERO

06071387

ELECCIONES SECCIONALES Y CPCCS 2019

CIUDADANO/A:

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGO EN EL PROCESO ELECTORAL 2019

Meza Molina
 F. PRESIDENTA/E DE LA JRV

CERTIFICADO DE VOTACION 24 - MARZO - 2019

0022 M JUNTA No.

0022 - 151 CERTIFICADO No.

1207081397 CEDULA No.

MEZA MOLINA JOSE LUIS APELLIDOS Y NOMBRES

PROVINCIA: LOS RIOS
 CANTON: QUEVEDO
 CIRCUNSCRIPCION: 2
 PARROQUIA: SAN CAMILO
 ZONA:



AB. CECILIA CALDERÓN JÁCOME
NOTARIA TITULAR XVI DEL CANTÓN
GUAYAQUIL

1 unidad de acto; se incorpora al protocolo de esta Notaria la
2 presente escritura, de todo lo cual doy fe.-

3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28



JOSE LUIS MEZA MOLINA

C.C. No. 120708139-7

TELF: 0996654364

DOMICILIO: QUEVEDO, KM 2 Y MEDIO VIA A VALENCIA.

EMAIL: jose.meza.molina@hotmail.com



AB. CECILIA CALDERÓN JÁCOME
NOTARIA TITULAR XVI DE GUAYAQUIL



SE OTORGÓ ANTE MI EN FE DE ELLO CONFIERO
ESTE primero TESTIMONIO QUE
RUBRICO FIRMO Y SELLO EN ESTA CIUDAD DE
GUAYAQUIL EN LA FECHA DE SU OTORGAMIENTO



Ab. Cecilia Calderón Jácome
NOTARIA XVI - GUAYAQUIL

Ab. Cecilia Calderón Jácome
Notaria Pública Decimo Sexta
Guayaquil

DECLARACION JURAMENTADA JOSE LUIS MEZA



Guayaquil, 13 agosto 2019

Ab. Andrés Rojas Sierra, MSc., en calidad de ASESOR del trabajo de graduación o titulación,

CERTIFICO

Que el trabajo de graduación o titulación, para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, cuyo título es: **ANÁLISIS DEL DESPIDO INEFICAZ EN EL ECUADOR**, elaborado por el señor **JOSE LUIS MEZA MOLINA**, con cédula de ciudadanía 1207081397, ha sido debidamente revisado y está en condiciones de ser entregado para seguir con lo dispuesto por la Universidad Metropolitana, en correspondencia con la sustentación y defensa del mismo.



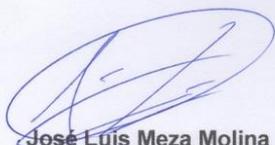
Ab. Andrés Rojas Sierra MSc.
Asesor del Trabajo de Graduación o Titulación

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, José Luis Meza Molina, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador "UMET", Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que la presente investigación cuyo tema es: "ANÁLISIS DEL DESPIDO INEFICAZ EN EL ECUADOR", y las expresiones vertidas en la misma, son autoría del compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,



José Luis Meza Molina

C.C.: 1207081397

AUTOR

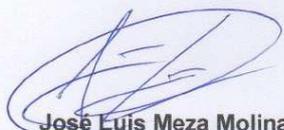
CESIÓN DE DERECHOS

Yo, José Luis Meza Molina, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "ANÁLISIS DEL DESPIDO INEFICAZ EN EL ECUADOR", modalidad proyecto de investigación, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Atentamente,



José Luis Meza Molina

C.C.: 1207081397

AUTOR

DEDICATORIA

Mi trabajo investigativo se lo dedico a mis padres, por su amor, trabajo y sacrificio en todos estos años, gracias a ellos he logrado llegar hasta aquí y convertirme en lo que soy, son los mejores padres.

José Luis Meza

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por bendecirme y guiarme en este largo camino que ha sido hasta llegar a este momento por ser mi fortaleza y apoyo.

Agradezco a la Universidad Metropolitana, por ser mi formadora en esta carrera que es escogido, ha sido quien me ha visto formarme, aprender, ha sido mi guía por medio de los profesores que me han dado sus conocimientos, y han sido parte del pilar que me ha llevado a este momento.

Agradezco a mis padres por su paciencia y apoyo incondicional, en este proceso estudiantil, por estar allí en los momentos de quebrantamiento, Gracias.

José Luis Meza

INDICE

DECLARACION JURAMENTADA.....	I
CERTIFICACIÓN DEL ASESOR.....	VI
DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	VII
CESIÓN DE DERECHOS.....	VIII
DEDICATORIA.....	IX
AGRADECIMIENTO.....	X
RESUMEN.....	XIII
ABSTRAC.....	XIV
INTRODUCCION.....	1
Problema de Investigación.....	2
HIPOTESIS.....	4
OBJETIVOS	
Objetivo General.....	4
Objetivo Especifico.....	4
Preguntas Científicas de la Investigación.....	4
CAPITULO I	
Antecedentes.....	6
1.1 El Derecho Laboral.....	7
1.2 Principios que rigen y sobre los que se basa el derecho al trabajo.....	9
1.3 La Estabilidad Laboral.....	25
1.4 El despido intempestivo.....	32
1.5 Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: Protocolo de San Salvador.....	37
1.6 El despido ineficaz en el Ecuador.....	39

1.7 Derecho Comparado diversos países de América Latina.....	49	
1.8 Análisis de la resolución No. 05 – 2016 de la corte nacional de justicia.....	51	
1.9 Derechos laborales de las mujeres en estado de gestación	54	
CAPITULO II		
DISEÑO METODOLÓGICO		
Métodos y técnicas de investigación	61	
2.1 El diseño de la investigación	61	
2.2 Métodos.....	61	
2.3 Tipo de Investigación	62	
CAPÍTULO III		
RESULTADOS ALCANZADOS Y LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA		64
Propuesta		
Reforma al artículo 153 y 195 del Código de trabajo.....	65	
CONCLUSIONES	67	
RECOMENDACIONES	69	
FUENTES BIBLIOGRAFICAS.....	70	

RESUMEN

El despido ineficaz en el Ecuador, ha llegado a ser una de las conquistas laborales más grandes en el Ecuador, debido a la garantía que existe para en especial a las mujeres en estado de gestación y durante su periodo de lactancia.

Protección que no sólo se lo ve a nivel mundial a través de la convencionalidad, sino además en diversos países de América Latina debido a esto la necesidad de que el mencionado derecho que abarca también a los dirigentes sindicales, se encuentre dentro de la legislación Ecuatoriana, pero no únicamente como una garantía Constitucional, sino desarrollado a través de una Ley Orgánica denominada, “LEY ORGANICA PARA LA JUSTICIA LABORAL Y RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO EN EL HOGAR”, la misma que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 483 de fecha 20 de abril del año 2015.

Es con esta mencionada Ley que se incorporó la figura legal del despido ineficaz al ordenamiento jurídico laboral, como una garantía tanto para las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad y los dirigentes sindicales en el Ecuador.

Garantía Constitucional y legal que en la práctica no resulta tan eficaz debido al procedimiento que tiene la Acción del despido Eficaz, pero más aún en relación al término que tiene para la presentación de dicha acción.

Por lo que con la presente investigación se pretende establecer si en la praxis este derecho que asiste a las mujeres en estado de gestación y durante su periodo de lactancia además de los dirigentes sindicales, resulta protector para sus derechos laborales en el Ecuador.

PALABRAS CLAVES:

Garantía Constitucional

Derecho al Trabajo

Estabilidad laboral

ABSTRACT

The ineffective dismissal in Ecuador has become one of the largest labor conquests in Ecuador, due to the guarantee that exists especially for women in gestation and during their period of breastfeeding.

Protection that is not only seen worldwide through conventionality, but also in various countries in Latin America due to this the need for the aforementioned right that also includes union leaders, is within Ecuadorian legislation, but not only as a Constitutional guarantee, but developed through an Organic Law called, "ORGANIC LAW FOR LABOR JUSTICE AND RECOGNITION OF WORK AT HOME", which was published in the Official Supplement Registry No. 483 dated 20 April 2015.

It is with this aforementioned Law that the legal figure of ineffective dismissal was incorporated into the labor legal system, as a guarantee for both pregnant women, people with disabilities and union leaders in Ecuador.

Constitutional and legal guarantee that in practice is not so effective due to the procedure of the Effective Dismissal Action, but even more in relation to the term it has for the presentation of said action.

KEYWORDS:

Constitutional Guarantee Right to Work Labor stability

INTRODUCCION

Los derechos fundamentales en el País, han evolucionado, a lo largo de la historia, adecuándose no solo a los avances y cambios mundiales, sino además a las conquistas laborales, el Ecuador no ha estado ajeno a los avances mundiales, por lo que en cumplimiento a tratados internacionales y garantías se han modificado los ordenamientos internos con el afán de cumplir con los mismos.

El trabajo en el Ecuador es derecho y un deber social tal como lo menciona la norma Constitucional (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 18) vigente, así también se lo encuentra en el Plan Nacional de Desarrollo Toda Una vida (2017 - 2021), como una política pública , el cual tiene 3 ejes de acción, encontrándose en el eje 1 denominado, “Derechos para todos durante toda la vida”, la cual como el eje lo dice tiene como prioridad el derecho al trabajo protegiendo la mano de obra local así como la protección de las fuentes de trabajo, el acceso al empleo; así como el objetivo que es el de garantizar una vida digna con igualdad de oportunidades para todas las personas.

Dentro del margen de los Derechos Constitucionales y convencionales, en el país se estableció como garantía el despido ineficaz en el Ecuador, como una garantía eficaz, en especial para las mujeres en estado de gestación, que tiene su génesis en el despido injustificado.

De esta manera en el país se garantiza el derecho a un grupo vulnerable de la sociedad y además a los dirigentes sindicales, cuyo reconocimiento se dio a partir de la Ley Orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar, la misma que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 483 de fecha 20 de abril del año 2015.

Dentro de la presente investigación, se establecerán los referentes generales acerca de esta figura jurídica, así como objetivos, el problema de investigación, su génesis, antecedente, para así lograr un verdadero entendimiento del espíritu de esta figura jurídica, estableciéndose soluciones de acuerdo a los objetivos planteados.

SITUACION PROBLEMÁTICA

Problema de Investigación

El problema de Investigación dentro del presente trabajo es el siguiente:

¿En la praxis resulta valioso el procedimiento de la acción del Despido Ineficaz en la protección de los derechos de las mujeres embarazadas y dirigentes sindicales en el Ecuador?

Dentro de la presente investigación, se ha realizado un análisis de lo que es el Derecho al trabajo, teniendo como base lo establecido en la Carta Constitucional, creada y promulgada por la Asamblea Constituyente, publicada en el Registro Oficial # 449 de fecha 20 de octubre, que en el artículo 33 mencionó que el trabajo es un derecho y un deber social, que no sólo va a ayudar al desarrollo de la persona, sino además es la base del desarrollo de la economía a nivel mundial. El mencionado artículo además hace énfasis en la garantía que tienen las personas trabajadoras, sin establecer distinción de edad, etnia, condición social, garantizando de esta manera una vida digna y decorosa que únicamente se la tiene con el acceso al trabajo, y el derecho a la permanencia del mismo sin que exista ninguna condición para acceder a estos derechos.

De esta manera se evidencia la protección laboral, siendo la misma fuente de la realización de todas las personas en el Ecuador, así también se debe de citar el artículo 11, de la Constitución vigente, que indicó que los derechos son irrenunciables y se pueden ejercer de manera individual o colectiva, ante las autoridades competentes, garantizando así una vez más la igualdad y el goce de los derechos, sin ningún tipo de discriminación fundamentado sea en etnia, condición social o sexo, en este caso de estudio el de las mujeres que por su naturaleza son proveedoras de vida sin que esto implique limitaciones o impedimentos en el desarrollo de sus actividades laborales.

La protección a las mujeres embarazadas, es constitucional siendo así lo encontramos en el artículo 43 de la Carta Magna donde se desarrolla esta protección, a este grupo vulnerable de la población, garantizando de esta manera los derechos productivos de las mujeres, además el derecho a no ser discriminada laboralmente por esa condición, de allí la importancia del estudio de la figura del despido ineficaz

en el Ecuador, que se basa en el hecho de la conculcación del derecho a la continuidad del trabajo, establecido en el despido unilateral de las mujeres embarazadas, las consecuencias que tiene esta clase de despido que ha provocado que muchas personas se interesen por el estudio particular del tema.

Es necesario mencionar que el despido ineficaz no es solo aplicable a las mujeres en estado de gestación, sino además a un grupo minoritario, pero no menos importante en la afectación de sus derechos como lo son los dirigentes sindicales en el país.

En el año 2015, como ya se lo mencionó se creó la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento Del Trabajo En El Hogar, preceptos constitucionales que se encuentran desarrollados en el Código de Trabajo vigente, cuya acción judicial se encuentra desarrollada en el Código Orgánico General de Procesos, publicado en el segundo suplemento, Registro Oficial No. 506, de fecha 22 de mayo del año 2015, donde se encuentra el procedimiento para esta clase de despido, siendo el mismo novedoso, teniendo sin embargo un tratamiento especial dado en el artículo 195 del Código de trabajo vigente, estableciéndose entre otras cosas requisitos y términos para la presentación judicial del proceso.

Es necesario además mencionar que, aunque el derecho a la salud reproductiva es constitucional y convencional el mismo código de trabajo, en el artículo 153 muestra una falencia, que afecta en la situación fáctica de los derechos de las mujeres en estado de gestación. Dentro de este proceso novedoso de la declaratoria del despido ineficaz, se han presentado diferentes problemáticas en la práctica del mismo, donde se muestra que a pesar de que se tiene esta figura jurídica se siguen conculcando derechos de las mujeres embarazadas, dadas generalmente al poco tiempo que tienen para presentar la acción judicial entre otros problemas que se desarrollarán a lo largo de la presente investigación y que serán desarrollados en las conclusiones y en la propuesta sugerida al final.

Dentro del primer capítulo referente al Marco teórico se establecerán conceptos básicos, las fortalezas y debilidades del despido ineficaz. La aplicación de los principios que rigen la relación laboral, así también se establecerá la diferencia entre despido intempestivo y despido ineficaz, que resulta indispensable su estudio, su procedimiento legal para la aplicación.

Dentro del segundo capítulo de la presente tesis se encontrará el procedimiento metodológico que se utilizó para realizar la investigación, los métodos y las técnicas utilizados.

En el capítulo tercero se encontrarán los resultados a los que se arriba luego de la investigación doctrinaria, convencional y legal que se han utilizado, llegando así a la propuesta, su justificación, a las conclusiones y las recomendaciones pertinentes, realizándose además el aporte jurídico para lograr el mejoramiento de la aplicación del despido ineficaz en el Ecuador.

HIPOTESIS

El término que se ha establecido en el procedimiento para presentar la acción del despido ineficaz está vulnerando los derechos constitucionales en la praxis de dicha acción.

OBJETIVOS

Objetivo General:

Determinar si el término establecido para la aplicación de la figura del Despido Ineficaz en el Ecuador es eficiente en la práctica.

Objetivos Específicos

1. Observar el procedimiento del despido ineficaz en el Ecuador.
2. Analizar el alcance del despido ineficaz en los casos aplicables de mujeres embarazadas.
3. Proponer cambios en la legislación laboral vigente, con relación a la aplicación del despido ineficaz, para así cumplir con el principio protector y de seguridad jurídica a las trabajadoras y trabajadores del país.

Preguntas Científicas de la investigación

1. ¿Cuáles son los fundamentos teóricos y legales sobre los que sustentan la figura del despido ineficaz en el Ecuador?
- 2.- ¿Con la aplicación del despido ineficaz en el Ecuador se ha logrado garantizar los derechos laborales de las mujeres en estado de gestación?
- 3.- ¿Resulta idóneo el termino para la presentación de la acción del despido ineficaz?

4.- ¿Es necesario modificar la figura del despido ineficaz, para de esta manera aprovechar sus efectos legales en especial a favor de las mujeres en estado de gestación?

CAPITULO I

MARCO TEORICO

Antecedentes

En nuestro país el derecho al trabajo se encuentra garantizado en la Carta Magna del año 2008, que es la que se encuentra vigente en la actualidad. Dentro de la misma se desprenden una serie de derechos que amparan a los trabajadores en general, así también se encuentran garantizados los derechos de las personas con discapacidad y el derecho de las mujeres en estado de gestación de continuar con sus trabajos a pesar de estar en estas condiciones.

Desde aquella época se han llevado una serie de reformas legales, sobre todo en el ámbito laboral, donde se han garantizado los derechos de las personas trabajadoras en nuestro país.

Uno de los avances más importantes que se han llevado a cabo a considerarse es el caso de la inserción de una nueva figura jurídica como lo es el despido ineficaz, el mismo que fue dado mediante el Registro Oficial Suplemento No. 483 de fecha 20 de abril del año 2015, bajo la ley denominada “LEY ORGANICA PARA LA JUSTICIA LABORAL Y RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO EN EL HOGAR”, la mencionada ley incorporo la figura legal del despido ineficaz al ordenamiento jurídico laboral, como una garantía tanto para las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad y los dirigentes sindicales en el Ecuador.

A través de la historia de nuestro país, ha sido palpable la situación laboral sobre todo de las mujeres embarazadas las personas con discapacidad y también de los dirigentes sindicales; en que se encuentran en especial de los dos primeros grupos mencionados, sus derechos laborales han sido conculcados y han sufrido de discriminación por parte de los empleadores, debido a que únicamente se ha visto el beneficio de la empresa pero no así han considerado el factor humano el derecho que tienen estas personas a un trabajo justo con igual remuneración que el resto, sin que exista ningún tipo de discriminación social, teniendo en cuenta que además de perjudicar a las personas trabajadoras se perjudica quienes dependen económicamente de ellos.

El derecho al trabajo es un Derecho Universal enmarcado en los Derechos Humanos, a lo largo de los años se han palpado las luchas de la clase trabajadora para la reivindicación de sus derechos tanto en Ecuador como a nivel mundial en especial en América Latina, de allí la importancia que tiene la figura en el país.

1.1 El Derecho Laboral

Para establecer la definición de trabajo, en líneas generales lo podemos definir como el derecho que tienen todos al acceso y estabilidad laboral, de esta manera tener una fuente de realización personal, obtener una vida digna y reivindicarse socialmente, como consecuencia tener una vida sana y decorosa.

El derecho laboral es una rama del derecho privado encargado de normar las relaciones laborales en el país, basado en un principio protector, declarado en uno de los trabajos de Perez, Julián y Merino, acerca del derecho laboral ha mencionado lo siguiente: “El derecho laboral entiende al trabajo como aquella actividad que un individuo desarrolla con el objetivo de transformar el mundo exterior, y mediante la cual obtiene los medios materiales o bienes económicos para su subsistencia” (Pérez Porto & Merino, 2009).

Antiguamente, en los inicios del derecho como tal, en Roma no existió el derecho laboral como tal, pues las personas que realizaban actividades fuertes eran los *situacios*, el trabajo como una fuerza productiva que debía tener derechos, por lo tanto ser remunerado, tomó más fuerza con la Revolución Francesa de 1789, donde se declararon a todos los hombres iguales, así también podemos mencionar al Marxismo y la lucha de clases en las que se basó en diferentes postulados de esta corriente marxista como lo fue Jean Jacques Rousseau, Francois Quesnay, Adam Smith entre otros.

La Enciclopedia de Conceptos de Derecho Laboral 2018, mencionó las características del derecho laboral siendo las mismas las siguientes:

Dinámico: El derecho laboral, en primer lugar, como se desprende de lo anterior es un derecho dinámico, en constante evolución de acuerdo con los procesos socioeconómicos que vive cada país.

Social: Es un derecho social, porque sus fundamentos apuntan a representar el interés general, pero también es un derecho profesional, porque se ocupa de las personas que ejercen alguna profesión o trabajo.

Expansivo: También, se dice que es un derecho expansivo, que nació con competencias muy bajas, las que se fueron actualizando y continúan haciéndolo. Una de las grandes limitaciones del derecho laboral es que alcanza únicamente al empleo formal (llamado 'en blanco'), mientras que el empleo no registrado podría no ajustarse a estas condiciones legales. Es deber del Estado aplicar sanciones frente al trabajo no registrado, pero también debe alentar el trabajo registrado mediante incentivos, para que a ambas partes les convenga proceder por la vía legal (Conceptos de, 2018)

Entre las características resaltadas en la enciclopedia jurídica, cabe mencionar que el derecho laboral se encuentra en constante cambio y evolución, es decir conforme el hombre ha evolucionado también lo hecho el derecho en este caso laboral, conforme ha evolucionado la sociedad han existido conquistas laborales a favor de los empleados a nivel mundial, un ejemplo palpable de la evolución de estos derechos son los sindicatos.

En la publicación de Derecho laboral 2007, conceptualizó al derecho laboral de la siguiente manera:

Se conoce con el nombre de derecho laboral a todo el conjunto de leyes y reglas que tienen por objetivo regular y ordenar los diferentes sistemas laborales que caracterizan al ser humano. A diferencia de lo que sucede con muchos otros conjuntos de leyes, el derecho laboral podría decirse que no cuenta con una base anteriormente consuetudinaria o establecida en torno a costumbre previas ya que surge como resultado de las demandas de los trabajadores y obreros recién entre los siglos XIX y XX.

El derecho laboral tiene como objetivo principal establecer y organizar todas las circunstancias, fenómenos y situaciones que se puedan dar en tal ámbito a fin de que la actividad en cuestión pueda desarrollarse de manera segura y apropiada para las dos partes que participan en ella: el trabajador y el empleador. Sin embargo, uno de los principales elementos que busca establecer el derecho laboral es la seguridad para el trabajador ya que el mismo se encuentra en una posición de minoridad frente a su empleador... (Definición ABC - Tu Diccionario hecho fácil, 2007).

El derecho al trabajo está basado en la premisa constitucional, convencional y legal de ser un derecho y un deber social, dando una correlación y a la vez una corresponsabilidad, debido que los hombres en sociedad para la realización de sus necesidades personales necesitan de un trabajo que generen los ingresos necesarios para ello con las garantías que le da el Estado, pero así también establece que es un deber, es decir las personas deben de a cambio de esta remuneración cumplir con la realización de un trabajo honesto.

1.2 Principios que rigen y sobre los que se basa el derecho al trabajo.

Los principios que rigen y sobre los que se basa el Derecho al trabajo, en nuestro país los encontramos taxativamente en la Constitución, específicamente en el artículo 326, los mismos que son conculcados al momento de producirse un despido ineficaz, los principios que menciona el referido artículo son los siguientes:

Art. 326.- El derecho al trabajo, se sustenta en los siguientes principios:

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.
5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.
6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.
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.

8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.
9. Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.
10. Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos.
11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.
12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.
13. Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.
14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.
15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarbúrfera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.
16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y demás servidores públicos, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, sólo habrá contratación colectiva para el sector privado (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

De estos principios se han sintetizado los principios mayormente conculcados, al violentarse el derecho a un trabajo de las mujeres embarazadas y de los dirigentes sindicales los mismos que son los que se pueden detallaran a continuación:

- Igualdad y no discriminación
- Inclusión y Protector
- Continuidad
- Indubio Pro Operario
- Seguridad Social
- A trabajo de igual valor corresponde igual remuneración.
- Libertad Sindical.
- Irrenunciabilidad de Derechos.
- Principio de progresividad.

a.- Igualdad y no discriminación

Con este principio se establece que no debe de existir ningún tipo de discriminación peor desigualdad, cuando se trata de las relaciones laborales, debido a esto para ocupar una plaza de trabajo no se deben de ver factores étnicos, de sexo, su origen, o cualquier otra condición personal con el fin de no acceder a un empleo.

Por lo tanto, en caso de que exista en un convenio cualquiera de estas situaciones, es contrario a la ley, así también el despido ocasionado por cualquiera de esto factores lo vuelve discriminatorio y atenta contra los derechos de los trabajadores.

La Carta Magna, del año 2008, creada por la Asamblea Constituyente de Montecristi, publicada en Registro Oficial # 449 de fecha 20 de octubre del año 2008, en el artículo 11 acerca de este principio de no discriminación menciona lo siguiente:

Art. 11.- 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. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad... (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Con este artículo la norma Constitucional nos da un pilar fundamental donde se basa el derecho al trabajo, como es el caso en estudio debido a que constitucionalmente, se prohíbe cualquier tipo de discriminación, en especial de los grupos vulnerables como lo son las personas con discapacidad ya si también las mujeres embarazadas debido a su estado. Discriminación basada en el sexo la edad, orientación sexual.

Al tratar el principio de la no discriminación, se abarca por añadidura el principio de igualdad que van relacionados, concatenado el uno con el otro, a nivel internacional se han realizado muchos criterios para la correcta aplicación de este principio,, es menester mencionar que cuando se habla del principio de igualdad no se trata de que todos sean tratados por igual sino más bien de que exista equidad e igualdad de condiciones mejorando las necesarias para equilibrarla a las necesidades del resto. Además de recordar que la igualdad es uno de los pilares fundamentales sobre los que se basan los derechos humanos.

La discriminación en el Ecuador es un tema cotidiano y palpable, es por eso que, a través de estas nuevas figuras jurídicas introducidas a raíz de la Constitución de Montecristi, la misma que tiene en un mismo nivel los derechos y los principios, nacen nuevos preceptos concebidos con el fin de prevenir la discriminación en este caso de estudio de las mujeres embarazadas y de las personas con discapacidad.

El autor Sandoval M. en el año 2013, en su obra denominada “Análisis del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, desde una visión general”, mencionó:

En el ámbito del empleo y la ocupación la discriminación reviste diversas formas y se produce en todo tipo de entornos laborales. Pero toda discriminación presenta una característica común: supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a

ciertas características, como puede ser la raza, el color o el sexo lo cual entraña un menoscabo de la igualdad de oportunidades y trato. Dicho de otro modo, la discriminación, provoca desigualdades y las consolida. La libertad del ser humano para desarrollar sus competencias, de elegir y cumplir sus aspiraciones profesionales y personales, se ve restringida de salida, sin tener en cuenta aptitudes. No pueden desarrollarse las cualificaciones, ni las competencias, el trabajo no resulta gratificante y se impone un sentimiento de humillación frustración e impotencia. (Sandoval Castillo, 2013)

Esto conlleva a que la sociedad en general se vea profundamente afectada, que exista el desperdicio de talento y de recursos humanos.

b.- Principio de inclusión

Para empezar a analizar este principio es necesario mencionar a la Constitución, donde se determina a la inclusión como un deber y una conquista para los colectivos que por siglos han sido discriminados en las diferentes esferas de la sociedad, entre las más importante en el sector laboral.

Existen varios artículos en la Carta Magna mencionan a la inclusión social, en este caso se mencionará el artículo 48 de la referida Ley donde se mencionó lo siguiente: “Art. 48.- El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren: 1. La inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Es decir, la inclusión debe ser considerada como una política pública que se encargue de que se terminen con la discriminación y se trabaje interinstitucionalmente entre organismos públicos y privados con el fin de cumplir que la sociedad sea más equitativa y participativa en especial en espacios donde se asienta de mayor manera la falta de inclusión como los es el derecho al trabajo. Así el acceso al derecho al también se puede mencionar el artículo 325 de la Constitución, sección tercera denominada formas de trabajo y su retribución en el que textualmente mencionó:

Art. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores

En el artículo antes mencionado se establece la garantía y acceso al trabajo de todas las personas sin ningún tipo de discriminación social, y de esta manera en especial las personas que padezcan de algún tipo de discapacidad ó quienes los tengan a cargo puedan acceder a una plaza laboral en igual condición que el resto de las personas sin que se los menosprecie por su condición física o intelectual en caso de serlo.

En aras del cumplimiento de lo establecido en la constitución se dio el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2018-0175, publicado en el Registro Oficial No. 322, 7-IX-2018, expedido por el Ministerio del Trabajo donde se regula el Porcentaje de Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad, en que se regula el porcentaje de personas con discapacidad que deben de tener contratados los empleadores, basado además de la Constitución en lo que estableció la Ley Orgánica de Discapacidades.

La mencionada resolución expedida por el Ministerio de Relaciones Laborales, estableció que cada empresa que tenga más de 25 trabajadores, se contrate permanentemente un 4 %, de personas con discapacidad sean ellos mismo o a través de las personas sustitutas es decir por cada 25 trabajadores contratados de manera permanente debe de contratarse permanentemente una persona con discapacidad. Para el cumplimiento de lo resuelto son los Inspectores de Trabajo los encargados de efectuar los procesos de investigación a fin de dar cumplimiento con lo mencionado, en caso de que se constate el incumplimiento de la resolución dada se sancionará con una multa equivalente a 10 Remuneraciones Básicas Unificadas del Trabajador en General en caso de las empresas privadas, en caso de empresas públicas se sanciona administrativa y pecuniariamente a la autoridad nominadora con un salario básico a más de una multa que será dado por el Director Regional del Trabajo.

A través de la inclusión lo que se pretende lograr es la inserción de las personas con discapacidad a las fuerzas productivas del país, cabe mencionar que únicamente no se nace con discapacidades, sino que estas pueden darse en cualquier momento de la vida de las personas, teniendo así una limitación permanente sea esta física, intelectual o sensorial.

Debido a las restricciones en especial las laborales, que estas personas sufren existe el derecho protector, en el caso de estudio, el Estado es el encargado de proteger y tutelar los derechos de las personas con discapacidad en el país, con

políticas públicas incluyentes para que de esta manera obtengan una vida digna, ya que con el acceso al trabajo se lograr mejorar el nivel de vida de estas personas.

Así es necesario mencionar además la Ley Orgánica de Discapacidades publicada en el suplemento No. 796 de fecha 25 de septiembre del año 2012, en sus artículos 50 y 51 mencionó que

Tanto las instituciones de orden público como del privado al momento de la selección del empleo, están obligados a dar las facilidades necesarias a las personas con discapacidad procurando la equidad de género y diversidad de discapacidad. Se estableció que se deben de abrir los espacios orientados a los programas regulares de formación y capacitación además que se debe de fomentar la inserción laboral de las personas con discapacidad. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2012)

El artículo 51 de la mencionada Ley (Ecuador, Asamblea Nacional, 2012) es más explícito referente a la estabilidad laboral de las personas con discapacidad, dándoles el derecho a gozar de la misma de manera especial. En caso de que se produzca un despido injustificado se estableció una indemnización especial como lo es un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Así también protege a quienes hayan adquirido durante su vida laboral una discapacidad sea permanente o no, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, en los casos de supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, es decir los trabajadores sustitutos.

En estos artículos se da cumplimiento con lo establecido en la Constitución vigente debido a que a través de una Ley Orgánica se protege a las personas con discapacidad, obligando tanto a las instituciones públicas como privadas a establecer mecanismo necesarios para que las personas con discapacidad y a mujeres para que puedan acceder a fuentes de trabajo, garantizando además su estabilidad laboral y en caso de despido injustificado indemnizaciones más severas con el fin de que se respete su trabajo, además se da la protección en casos en los que las personas durante su etapa laboral por cualquier motivo adquieran una condición de discapacidad.

c- Principio de Continuidad

Al referirnos al principio de continuidad, se trata de los beneficios que tienen los trabajadores derivados de su contrato de trabajo. Según la publicación denominada *Academic* en el año 2015 ha establecido una definición del principio de continuidad siendo el mismo:

En Derecho laboral, se conoce como el principio de continuidad laboral, a aquel principio que instruye al juez, ante duda, estimar la duración del contrato individual de trabajo en la mayor extensión posible según los hechos y la realidad demostrada.

La naturaleza jurídica del principio se basa en que normalmente el trabajo es la principal fuente de ingreso económico de trabajo, por lo que el contrato debe considerarse lo más extenso posible dentro, para así beneficiar al trabajador en la consolidación de situación jurídicas relacionadas con el trabajo (*Academic, 2015*).

El principio de continuidad laboral en el Ecuador, tiene su naturaleza jurídica, en que el trabajo es la principal fuente de desarrollo del hombre, es por esta razón que los contratos laborales deben tener un tiempo largo de vigencia, con el fin de lograr la estabilidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo, para de esta manera lograr beneficios que consoliden su situación laboral y por lo tanto jurídica. Este principio es también concebido como una forma de protección de sus derechos emanados de la relación laboral. Siempre con este principio se goza de una serie de garantías o beneficios derivados de los contratos individuales de trabajo.

d.- Principio Indubio Pro – Operario.

Este principio laboral, es un aforismo latino, correspondiente a designar que en caso de duda en temas laborales se fallará a favor del trabajador; para el autor *Toyama* quien en el año 2018, expuso el principio protector *indubio pro operario* se refiere a:

El *in dubio pro operario* es un principio que según el cual en caso de duda de una norma se interpreta a favor del trabajador. Es uno de los principios más usados en materia laboral en las demandas, en los reclamos. Normalmente la parte laboral señala que la duda favorece al trabajador (*Toyama Miyagusuku, 2018*).

De acuerdo a lo mencionado por el autor indica que este principio debe de ponerse en práctica cuando existe un vacío legal, es decir cuando la Ley no sea clara, en estos

casos la interpretación de la normativa debe siempre ser la más favorable para el trabajador ya que resulta la parte más débil y allí donde se pone en práctica el ánimo del principio protector sobre la que se basa el derecho laboral.

El autor Francisco Romero en su obra “la crisis de los principios del derecho del trabajo”, acerca del Principio Indubio Pro Operario mencionó acertadamente lo siguiente:

Este último se puede expresar de tres formas diferentes; una de las cuales es la regla del in dubio pro operario, que es un criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir, entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador. Los otros principios que se derivan del principio protector son la aplicación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa.

De acuerdo al principio protector, mientras que, en el derecho común, una preocupación constante es asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central es proteger a una de las partes, para equilibrar la desigualdad que puede acarrear la paridad del derecho común. En las relaciones laborales, el trabajador es la parte débil frente a la potestad del empleador (Romero, 2017).

El principio indubio pro operario es necesario relacionarlo con el principio protector, ya que es la parte más débil de la relación laboral es por eso que se destaca la importancia de este principio como lo dice el referido autor para atenuar la desigualdad existente entre el trabajador y el empleador, mucho más en los casos de despido de las mujeres en estado de gestación y de los dirigentes sindicales.

La publicación denominada, Significado Legal, del año 2009 cita lo manifestado por el autor Julio Grisolia en el año 1999, en su obra titulada Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, quien mencionó lo siguiente:

Es una directiva dirigida al juez (o al intérprete) para el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma. Significa que, si una norma resulta ambigua, es decir que no es clara y puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances, el juez debe, obligatoriamente, inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador. Esta regla no es aplicable en los casos de valoración de prueba en un litigio judicial (Grisolia, 1999).

Para finalizar este principio, del Indubio Pro Operario, lo encontramos también en la Carta magna, en el artículo 326, que textualmente mencionó lo siguiente:

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 21)

e.- Principio de Seguridad Social.

En este principio se basa en el derecho que tiene toda persona trabajadora a acceder de este beneficio por el hecho de ser dependiente de alguien laboralmente, se concatena con los principios de equidad, solidaridad, obligatoriedad, entre otros. La seguridad social no comprende únicamente atención médica sino a demás riesgos de trabajo, seguro campesino, jubilaciones, cesantía, maternidad y seguro de desempleo, entre otros, es decir es un abanico de protección que tienen los trabajadores y sus familias.

Este beneficio se sustenta de las aportaciones de los trabajadores y de los empleadores en Ecuador un trabajador del sector privado debe de aportar un 9,45 % y el empleador aporta con un 11.15 %, en el sector pública la aportación del trabajador es de 11,45 y del Estado es del 9,15 esto según la Ley de Seguridad Social, que fue publicada en el Registro Oficial No. 465, en fecha 30 de noviembre del año 2001. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001)

La Carta Magna en su artículo 34, menciona acerca del Derecho de la Seguridad Social, siendo este irrenunciable, rigiéndose bajo principios de solidaridad, eficiencia, equidad y subsidiaridad, el mismo que se encuentra garantizado por el Estado Ecuatoriano.

Con el Principio de Seguridad Social, se pretende salvaguardar los derechos e intereses no sólo del trabajador en relación de dependencia sino demás de sus familias, donde están protegidos de las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgo de trabajo, vejez, muerte, invalidez, discapacidad y cesantía.

La garantía del principio de la Seguridad Social se realiza a través del Instituto de Seguridad Social, cuya naturaleza jurídica, está dada por ser una entidad de carácter pública descentralizada, que mantiene autonomía normativa, técnica, administrativa,

financiera y presupuestaria, con personería jurídica, además tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio ecuatoriano.

La misión que tiene el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se encuentra en la Ley de Seguridad Social, creada por el Congreso Nacional en fecha 30 de noviembre del año 2001, cuya última modificación se da en fecha, 31 de marzo del 2011, en el artículo 17 que mencionó que la misión es proteger tanto a la población urbana y rural, que tenga relación de dependencia laboral o no contra los eventos de maternidad, enfermedad, riesgos del trabajo entre otros.

f.- A trabajo de igual valor corresponde igual remuneración.

Este principio está basado en la convencionalidad en especial en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y está entrelazado con el principio de igualdad y no discriminación, debido a que no se puede pretender establecer una remuneración inferior basados en causas discriminatorias hacia ninguna persona en el país. Este tipo de discriminaciones se veía en nuestro país antes de que se naciera la Constitución de Montecristi, en especial con las mujeres de allí la importancia además de la convencionalidad en esta lucha por una igualdad de remuneraciones.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en la Resolución 217 A (III), en el artículo 23 mencionó lo siguiente:

Artículo 23.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

La Organización Internacional del trabajo en el año 1951, estableció un convenio denominado “ C 100 – Convenio sobre la igualdad de la remuneración”, el 29 de junio de 1951, que trata acerca de la igualdad de las remuneraciones es decir la igualdad entre hombres y mujeres, este cuerpo legal convencional tiene 14 artículos los mismos que expresan que se deben de establecerse políticas públicas tendientes a superar esta brecha social, entre la mano de obra de hombres en relación a la mano de hombre de las mujeres.

Así también se puede mencionar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966, el mismo que entro en vigencia en fecha 3 de enero de 1976, en su artículo 7 mencionó que se deben de reconocer a todos los trabajadores el derecho al goce de un trabajo en condiciones equitativas y además satisfactorias sobre todo en lo relacionado al tema de las remuneraciones. (Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado, 1966)

En el Ecuador a igual trabajo debe de existir una remuneración de acuerdo al esfuerzo del trabajador, en el artículo 328 de la Constitución, indicó que la remuneración debe de ser justa cubriendo al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia, la misma que es inembargable excepto en los casos de la pensiones alimenticias.

El salario básico, será fijado y revisado por el Estado Ecuatoriano, esta remuneración debe de darse en los plazos convenidos es decir mensual, quincenal o semanal. El artículo 79 del Código de trabajo menciona también que a igual trabajo corresponde igual remuneración, sin ningún tipo de discriminación sea fundada en religión sexo, idioma, origen entre otras.

g.- Principio de Libertad Sindical.

Este principio se basa en la libertad de asociación, basado principalmente en la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo del año 1944 y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948, y además se encuentra consagrado como un derecho constitucional, establecido en el capítulo VI

denominado derechos de libertad, artículo 66 establece que a toda persona se le reconocerá en otras los siguientes derechos de libertad:

13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

16. El derecho a la libertad de contratación.

17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

Así también se plasma este derecho a nivel mundial en la convencionalidad en la lucha de los trabajadores para conseguir organizarse y luchar conjuntamente por todos sus derechos es así que como organización principal en la lucha por los derechos sindicales se encuentra la Organización Internacional del Trabajo, existen 5 convenios a saber acerca de la libertad sindical que son los siguientes:

- Convenio sobre la Libertad Sindical y La Protección Del Derecho De Sindicación, 1948; con este convenio se garantiza el derecho tanto de empleadores como de trabajadores de constituir organizaciones y de afiliarse a ellas.
- Convenio Sobre El Derecho De Sindicación Y De Negociación Colectiva, 1949; con este convenio se protege a quienes formen parte de un sindicato con la finalidad de que no sean discriminados por ese hecho, así también la libertad que tienen los trabajadores de desfilarse o de seguir formando parte de un sindicato, aquí además se consagra el derecho a la negociación colectiva.
- Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971; este convenio es particularmente especial debido a que se consagra una protección eficaz para los representantes sindicales, es decir los protege contra cualquier despido por causa de ser dirigentes sindicales.
- Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975; este convenio trata acerca de los trabajadores rurales y de su libertad de constituir sindicatos y de asociarse.
- Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978; este convenio protege a los trabajadores públicos en relación a su libertad de formar sindicatos y de asociarse.

La Enciclopedia Jurídica, acerca del principio de libertad sindical mencionó lo siguiente:

La libertad sindical presenta muchos aspectos. En el plano individual, es el derecho de los trabajadores a afiliarse al sindicato de su preferencia o a no afiliarse a ninguno de ellos. Es también el derecho a ejercer una actividad sindical fuera de la empresa o en la empresa misma. En el plano colectivo, es el derecho de los sindicatos a constituirse y funcionar libremente (Enciclopedia Jurídica, 2020).

Es necesario mencionar que el principio de libertad sindical, es decir de asociarse de manera voluntaria, pasa a ser un derecho esencial de las personas de agruparse de acuerdo a sus preferencias, para que de esta manera luchen en la defensa de los derechos de los trabajadores. En la publicación efectuada por la Oficina Internacional del Trabajo, del papel escrito por la autora (Vega, 2004), denominado “Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina” (2004), acerca de la libertad Sindical mencionó lo siguiente:

En América latina, la libertad sindical es un derecho formal y reconocido en la mayor parte de las legislaciones al más alto nivel (generalmente en las constituciones), dotándole de rango de derecho humano y reconociendo su vinculación con la propia existencia de la democracia (también reconocida de forma mayoritaria). No obstante, en algunos países, la libertad sindical se ve afectada en la práctica, constatándose el aumento del número de quejas y demandas nacionales e internacionales por vulneraciones a sus contenidos básicos. A la vez se observan, de forma paralela entre otros fenómenos, tasas mínimas de afiliación a las organizaciones de trabajadores (que llegan a menos de un 5% con relación a la PEA en algunos países de la región, por ejemplo), así como una tendencia a la fragmentación sindical, quizás como expresión de una situación de insatisfacción o de búsqueda de nuevas vías de acción. A esta situación se suma la existencia de un grupo cada vez mayor de trabajadores “desorganizados” (en el sector no estructurado, precarios no laborales, tercerizaciones, etc.) que se ven privados, en la práctica, de los beneficios de la libre asociación y de la negociación colectiva.

Sin embargo, y pese a su situación de debilitamiento (o de crisis, a juicio de algunos analistas), el papel actual de las organizaciones patronales y sindicales en la región, no difiere de su papel histórico, pues en general siguen contribuyendo al sostenimiento de los grandes equilibrios sociales y a la obtención del consenso y la cohesión social

(Europa es, sin duda, un ejemplo). La tendencia creciente hacia procesos de concertación y de diálogo, que será analizada (ver infra), es simplemente una prueba. La composición social actual es más compleja que antaño y los intereses de aquéllos que la integran son mucho más fragmentados y heterogéneos que los que se producían en torno a la oposición dual entre capital y trabajo. Sin duda la estabilidad del orden social, hoy más que ayer, está condicionada a la capacidad de las organizaciones sindicales y patronales de expresar esta diversidad, a la vez que contribuye a la realización del interés general de la comunidad (Vega, 2004).

h.- Irrenunciabilidad de Derechos.

En el derecho laboral existe un principio casi que exclusivo del mismo, debido que al trabajador se le prohíbe que renuncie a los derechos que le corresponden dentro de la relación laboral, en caso de que llegue a hacerlo por desconocimiento se encuentra viciado por lo tanto es ilegal dicho acto, que se conculcan derechos constitucionales y legales.

En la Constitución vigente se ve de manera expresa este principio en el artículo 326, donde en su numeral 2, mencionó lo siguiente: “Art. 326.- 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). De igual manera este principio está contemplado en el Código de Trabajo vigente, creado por el Congreso Nacional, publicado en el Registro Oficial Suplemento 167 de fecha 16 de diciembre del año 2005, cuya última modificación se la realizó el 06 de abril del año 2018, en su artículo 4 mencionó lo siguiente: “Art. 4.- Irrenunciabilidad de derechos. - Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

El autor Toyama en su obra denominada “El principio de Irrenunciabilidad de derechos laborales, normativa, jurisprudencia y realidad”: mencionó que es uno de los grandes pilares sobre los que se basa el derecho al trabajo, ya que mediante este principio se protege al trabajador de posibles abusos del empleador, es aquí donde también se ve inmerso el derecho protector. (Toyama Miyagusuku, 2018)

El principio de irrenunciabilidad de derechos se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa. Dada la

desigualdad que caracteriza a las partes laborales, a diferencia del Derecho Civil, el ordenamiento laboral no confiere validez a todos los actos de disponibilidad del trabajador. La imposibilidad de lograr un equilibrio en la negociación entre empleador-trabajador genera que este último no cuente con la misma capacidad de disposición de sus derechos (Toyama Miyagusuku, 2018).

Al referirse la norma a derechos que no pueden ser renunciados, abarcamos a las vacaciones, a un salario o remuneración digna, a una jornada de trabajo, al pago de décimos, entre otros, muchas ocasiones existe un abuso por parte de los empleadores quienes conculcan falazmente este principio debido al desconocimiento de los trabajadores de los derechos que les asisten en la relación laboral.

i.- Principio de progresividad.

Este principio sobre el que se basa el derecho laboral es también constitucional pues se encuentra establecido en el artículo 11 Numeral 8, de la Carta Magna, el que mencionó que los derechos se regirán por ciertos principios destacando así el numeral 8 en el que mencionó que los mismo se deberán de desarrollar de manera progresiva a través del ordenamiento jurídico y de la implementación de políticas públicas generando el Estado las garantías destinadas al pleno reconocimiento y ejercicio de las mismas; estableciendo que toda acción u omisión que tenga carácter regresivo será inconstitucional.

De esta manera se garantiza el progreso de los derechos laborales a todas las personas en el Ecuador, de allí la existencia del despido ineficaz, como una garantía laboral, el mismo que es progresivo en derechos dentro de la esfera laboral. Con este principio se busca que las autoridades así como los empleadores respeten y garanticen los derechos laborales sin aplicar modalidades regresivas o precarias de contratación.

El autor R. Mancilla en el año 2015, en su obra “El Principio de Progresividad en el Ordenamiento Constitucional Mexicano”, acerca del principio de progresividad mencionó:

Es un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al sólo poder aumentar, progresan gradualmente. Es importante notar que la naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique (Mancilla Castro, 2015).

Este principio además refleja el compromiso de todos los países a nivel mundial para incorporar en sus ordenamientos internos, los convenios para lograr de manera progresiva la plena efectividad de los derechos que se derivan de este principio. Los autores Vásquez L. y Serrano S., acerca del principio de progresividad en la publicación de la UNAM, mencionó:

El principio de progresividad debe pensarse siempre acompañado de al menos tres principios más de aplicación de los derechos humanos: la identificación de los elementos mínimos de cada derecho (ya sea a través del mecanismo de los mínimos esenciales o por medio de los límites razonables del derecho); la prohibición de aplicaciones regresivas del derecho, y el máximo uso de recursos disponibles. Sin estos tres principios, la progresividad es simplemente inconcebible. Más aún, se requiere también el desarrollo de un amplio set de indicadores, que, por medio de la construcción de índices por derecho, permitan observar si efectivamente se cumplen los elementos mínimos de cada derecho, y si con el paso del tiempo nos encontramos frente a un mayor y mejor ejercicio de los derechos, comenzando por los grupos estructuralmente peor situados (Vásquez & Serrano, s.f.)

El principio de progresividad laboral esta enlazado con el principio de no regresividad laboral, el cual se encuentra plasmado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1.3 Estabilidad Laboral

El régimen laboral ecuatoriano desde hace muchos años ha sufrido una serie de cambios que afectan directamente a la única fuerza que puede llevar al desarrollo de los pueblos, el trabajador. La actual Constitución de la República del Ecuador, garantiza a las personas el derecho al trabajo, es fuente de realización personal y base de la economía familiar manifiesta, pero poco se ha esbozado sobre la estabilidad laboral, la cual debe ir de la mano con el derecho consagrado, para el fiel cumplimiento de los principios establecidos en materia laboral.

Durante los últimos años, especialmente dentro del régimen del actual gobierno y bajo el lema de la Revolución Ciudadana, el tema laboral se ha visto abarrotada de consignas a favor de un empleo digno y competitivo, situación que de alguna manera a sufrido cambios importantes tendientes a mejorar las condiciones de los trabajadores en nuestro país, sin embargo, ha habido otros escenarios como la denominada compra de renuncia obligatoria aplicables a los servidores del sector

público, en cuyo caso se ha visto mermada el principio de estabilidad, continuidad, conservación o de permanencia laboral en los puestos de trabajo, circunstancias que de manera directa o indirecta afectan al núcleo familiar y por ende a la sociedad en general. (Quiloango Farinango, 2014)

La estabilidad laboral, es considerada como un principio fundamental y fuente importante en la adquisición de ciertos derechos reconocidos en nuestro entorno social. En nuestra legislación, y según la doctrina, poseemos una estabilidad relativa: el Art. 14 del Código del Trabajo registra el principio de estabilidad en el trabajo bajo el título de estabilidad mínima y excepciones, en dicho artículo se establece un año como tiempo mínimo de duración de todo contrato por plazo fijo o indefinido que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general, cuando la actividad o labor sea de naturaleza estable o permanente concluyendo que se deben considerar a tales trabajadores como estables y permanentes es decir, la ley determina que es la naturaleza de la labor o actividad a ser realizada lo que sin lugar a duda le da el carácter de estable o permanente tanto al contrato de trabajo como al trabajador. En conclusión un contrato de trabajo es estable por la naturaleza de la actividad desarrollada por el trabajador. La violación a esta garantía da derecho al trabajador a indemnizaciones pero no a la restitución del puesto de trabajo; de ahí que nace la interrogante: ¿La Estabilidad laboral es un derecho reconocido que garantiza o no toda forma de convenio de manera eficaz entre patrono y empleado? (Quiloango Farinango, 2014)

Los principios y derechos referentes al trabajo que consagran los convenios y tratados internacionales son admitidos como fuente de consulta del derecho del trabajo en nuestro país, a lo que la Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008 expresamente manifiesta:

El Art. 11 numero 3 establece: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirá condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la Ley”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

En concordancia con lo que expresa el inciso 2 del artículo 424 cuando dice: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Por otra parte, el inciso segundo del artículo I del Código de Trabajo establece: “las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales (actualmente leyes orgánicas) o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicadas en los casos específicos a las que ella se refieren”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Entre los principales convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador con respecto a los derechos laborales, entre otros podemos enumerar los siguientes:

a.) La Declaración Universal de los Derechos Humanos emitida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU); encontramos las siguientes disposiciones relativas a los derechos de los trabajadores:

Artículo 4.- Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 23.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo...Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a toda su familia una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otro medio de protección social.

Artículo 25.- Toda persona tiene derecho...a los seguros...en caso de desempleo por falta de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)

b.) La Carta de la Organización de Estados Americanos, expresa:

Artículo 43.- Los Estado Miembros convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado

de desarrollo económico y verdadera paz, conviene en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

- El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida la salud y un nivel de vida decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en sus años de vejez o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.

- Desarrollo de una política eficiente de seguridad social.

Artículo 44.- Los Estado Miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y conviene en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad. (Organización de los Estados Americanos, 1993)

c). La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, fue adoptada el 22 de noviembre de 1969; no son muchos los derechos laborales que consagran este convenio como es la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; el trabajo forzoso u obligatorio; y, admite la libertad de asociación con fines laborales. Deja abierta la posibilidad de incorporar otros derechos y libertades.

d). El Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, firmado el 17 de noviembre de 1988, y entro en vigencia el 16 de noviembre de 1999 dice en materia laboral lo siguiente:

Artículo 6.- Derecho al Trabajo.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada

2. Los Estados Partes se comprometen adaptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven

a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7.- Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo.

Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizaran en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

b. El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva.

c. El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrá en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; (Organización de Estados Americanos, 1988)

Artículo 9.- Derecho a la seguridad social.

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes (Organización de Estados Americanos, 1988)

e) La IX Conferencia Internacional Americana, dicto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dentro de los cuales encontramos consagrados los siguientes derechos.

Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí y su familia. (Organización de los Estados Americanos, 1948)

Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Artículo XXXVII. Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad. (Organización de los Estados Americanos, 1948)

Cada uno de los convenios y tratados internacionales ratificados por nuestro país persiguen el mismo fin, es decir, que todo Estado Miembro se comprometa a incorporar en sus legislaciones disposiciones que reconozcan derechos y garantías concernientes a los principios rectores que fundamentan la práctica de las actividades laborales emprendidas por las personas en general, pues como sabemos, la fuerza laboral es la base indiscutible para el desarrollo de los pueblos. Es por ello que el sentido de la estabilidad es proteger al trabajador en general.

A través del régimen de la estabilidad se pretende limitar la libertad incondicional del empleador a tomar medidas o decisiones que involucren de forma directa el bienestar de los trabajadores, evitando en alguna medida despidos arbitrarios que provoquen inseguridades y problemas al trabajador, cuya única fuente de ingreso y forma de vida es su trabajo.

La estabilidad Laboral tiene directa relación con el derecho al mínimo existencial que, a su vez, es condición para que las libertades y derechos no permanezcan sólo como aspiraciones teóricas, además de que la estabilidad laboral tiende a otorgar un carácter permanente a la relación de trabajo, donde la disolución del vínculo laboral depende únicamente de la voluntad del trabajador y sólo por excepción de la del empleador o de las causas que hagan imposible su continuación.

Cuando en la relación laboral se da la terminación del contrato de trabajo sin causa justa, diríamos que, es la forma más común de expresar la inobservancia e irrespeto del derecho a la Estabilidad Laboral; vale decir entonces que, es una forma típica de mancillar el derecho del trabajador en lo relativo a su estabilidad en el empleo.

Se comparte el criterio de Francisco Marín Boscan, quien afirma que

La estabilidad es un derecho fundamental de los trabajadores, que le garantiza su permanencia en el empleo. Dada su importancia, está regulada a partir de la Constitución en normas derivadas, a saber: la Ley del Trabajo, su reglamento y otras normas. (Marín Boscan, 2015)

En su sentido más amplio, la estabilidad es uno de los elementos de la relación de trabajo, que se suma a la prestación de servicios, a la remuneración y a la dependencia o subordinación; al encontrarse el sujeto que labora en circunstancias que definan su permanencia en el servicio, sea en el sector público o privado. Alfonzo-Guzmán define la Estabilidad como:

Una garantía de permanencia en el empleo, o, más amplia y correctamente, como el derecho del trabajador de mantenerse en la misma situación jurídica, económica y social que posee en la empresa por efecto del cargo que en ella desempeña. (Guzman, 2001)

Acerca de la estabilidad laboral en el Ecuador, se debe de mencionar que es una garantía constitucional, donde el trabajador tiene el derecho de permanecer en su puesto de trabajo, dándole una seguridad no sólo a él sino además a su familia, respetando así principios laborales. La estabilidad tiene un aspecto relativo y absoluta.

El autor Trujillo en el año 2008, acerca de la estabilidad laboral indicó:

La estabilidad absoluta es la que responde consecuentemente, cuando el empleador pone fin al contrato fuera de los casos permitidos por la ley, el trabajador tiene derecho para demandar la restitución a su puesto de trabajo y el pago de la remuneración de todo el tiempo que hay permanecido fuera del trabajo a consecuencia del despido ilegal (Trujillo V, 2008)

La estabilidad absoluta, pasó a ser una garantía máxima frente al despido injustificado, asegurando así el reintegro del trabajador. Así el trabajador, no podrá ser removido de su puesto de trabajo, a menos que sea por causas que se encuentren en el código de trabajo y bajo un procedimiento adecuado.

Cuando se refiere a estabilidad relativa se basa en razones de despido justas, pero con la garantía de una indemnización de acuerdo al caso fáctico. El autor Fernando González en el año 2015, en su obra denominada “El Despido: Ineficaz, Discriminatorio y la Carga de la Prueba”, mencionó lo siguiente: “La estabilidad relativa es aquella en la que si bien no estoy sometido a plazo o condición alguna, el empleador está facultado para terminar unilateralmente la relación laboral por el pago de una indemnización”. (Gonzalez F. , 2015)

1.4 El Despido Intempestivo

Para empezar el análisis del despido ineficaz es necesario que antes se hable de la figura jurídica que le antecede, es decir, del despido intempestivo, ya que del mismo se desprende el despido ineficaz.

Estas dos figuras jurídicas, tan importantes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en este caso el despido intempestivo, lo primero que se debe de tener claro es la conceptualización del término despido para ir de lo general a lo particular, siendo así se lo puede definir como el cese de la relación laboral de manera unilateral, la misma que generalmente se da de manera arbitraria por parte del empleador.

El autor Guillermo Cabanellas, en su diccionario Jurídico Elemental acerca del despido mencionó lo siguiente:

“Despedida”, sin más, como una acción o efecto de despedir a uno o de despedirse, decía la real Academia de la Española para referirse a esta voz.

En general, despido, significa privar de ocupación, empleo, actividad o trabajo.

En derecho laboral se entiende estrictamente por despido, la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo realizada unilateralmente por el patrono o empresario (Cabanellas, 1968).

El Diccionario Jurídico Consultor Magno, acerca del despido lo ha conceptualizado de la siguiente manera: “Ruptura del contrato individual laboral que hace unilateralmente el patrono con o sin causa injustificada” (Enciclopedia Jurídica, 2020). El sitio Web, denominada “Emprende Pyme Net”, en el artículo publicado denominado “El despido laboral, tipos indemnización y procedimiento”, acerca del despido ha mencionado lo siguiente:

El despido es la forma en la que se finaliza la relación contractual existente entre el trabajador y la empresa. Con esta acción, el empresario o empleador destituye a un empleado, que ya no volverá a ocupar el puesto de trabajo que tenía en la empresa.

Sin embargo, un empresario no puede despedir a un empleado si no posee ningún motivo justificado. Depende de las causas que motiven un cese de actividad en la empresa podemos definir un tipo de despido u otro (Caurin, 2016).

De esta manera, se puede definir al despido como la acción, realizada por el empleador, con el fin de terminar la relación laboral con el trabajador de manera unilateral.

El derecho al trabajo se consagra en la obligatoriedad que tiene el Estado de proteger a los trabajadores para que ellos no se encuentren en el desempleo, es decir, que el derecho al trabajo tiene una manifestación evidente que no es otra cosa que la protección contra el desempleo y subempleo; y es así que esa protección, unida al derecho del trabajo, constituye los pilares en los que se sustenta el derecho a la estabilidad laboral. (Quiloango Farinango, 2014)

Sin embargo, en la actualidad, si bien es cierto que se marcha hacia la estabilidad que constituye una de las tendencias actuales del Derecho Laboral, existen posiciones doctrinarias que parte de diversos fundamentos, tratan de respaldar el derecho del trabajador a permanecer en su lugar de trabajo; y del mismo modo, estudiando las normas de derecho positivo de las diferentes legislaciones de trabajo de distintos países, se encuentra un diverso grado de desarrollo del derecho que tiene el trabajador respecto de la estabilidad laboral. (Quiloango Farinango, 2014)

La permanencia dentro de la estabilidad hace relación con la constante renovación del puesto de trabajo en la misma empresa, que a su vez daría lugar a que se le haga un justo reconocimiento al trabajador, quien a la postre pasaría a ser un beneficiario más de la pensión jubilar, una vez que haya entregado todo su fuerza de trabajo durante los 25 años que la ley considera para el efecto (Art. 216 Código del Trabajo); pero para que un individuo pueda dedicar toda su fuerza de trabajo en una misma empresa se hace indispensable que esta le garantice la estabilidad laboral, de lo contrario estaríamos sumiéndonos en la inestabilidad. Mientras que la continuidad, tiene un significado sumamente apropiado, alude a lo que dura, a lo que se prolonga, a lo que se mantiene en el tiempo, a lo que continúa; lo que de alguna manera tiene que ver con proteger al trabajador de los despidos arbitrarios que le privan del sustento diario que únicamente le proporciona su trabajo noble y digno. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

El trabajador con su actuación dentro del centro laboral, va adquiriendo conocimientos, se capacita, y en cierta forma se va ganando el derecho a continuar con esa función, en otras palabras, se gana el puesto. Si no ha incumplido en sus

tareas y obligaciones, si el empleador no ha encontrado causas justas para su separación, el empleado tiene todo el derecho de seguir en sus actividades, pues no existe ninguna razón para no hacerlo. (Quiloango Farinango, 2014)

Actualmente la Constitución de la República del Ecuador, haciendo referencia al acceso al empleo en igualdad de condiciones prescribe lo siguiente: “Art. 329, incs. 5. El Estado impulsará la formación y capacitación para mejorar el acceso y calidad del empleo y las iniciativas de trabajo autónomo” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Es así que nuestro Código de Trabajo de forma categórica, reconoce al principio de estabilidad cuando en el artículo 14, fija en un año como duración mínima de los contratos de trabajo, a excepción de ciertos contratos especiales. Una vez vencida la estabilidad mínima y cumplido con los preceptos legales para el caso, los contratos adquieren la calidad de indefinidos, y únicamente pueden terminar por las causales expresamente previstas en los artículos 169, 172 y 173 ibídem. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Con respecto a la estabilidad enunciada en el Art. 14 cabe citar la siguiente Jurisprudencia de 23-VI-94 (res. 467-93, R.O. 493, 28- VII- 94), que en su parte pertinente textualmente dice:

Es inobjetable que la relación laboral de la actora con M., cuyo principal es R. O., duró diez meses, veinte y un días. Así lo dice el libelo inicial, la confesión del accionante; los documentos que obran en los autos en general; y, lo que es más, así lo reconoce el demandado.- Pero si es verdad que ese tiempo no cubre el año físico, calendario, si lo hace el año laboral o legal; pues, el Art. 14 del Código de Trabajo, dice: “Establéese UN AÑO, como tiempo mínimo de duración de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido”, lo cual significa que el contrato de M. S., por imperio de la Ley, tenía duración hasta el 17 de septiembre de 1991 y al no haber notificación o desahucio para dar por terminado el vínculo, prevaleciendo la voluntad unilateral del empleador que no reubicó en otro sitio a la trabajadora como ofreciera, resulta también inobjetable que se operó el despido intempestivo de ella que el 9 de agosto de 1991, se encontraba amparada de la estabilidad básica consagrada en el Art. 14 del Código Laboral, trasvasando, entonces, su estabilidad a la especial, consignada en el Decreto Ejecutivo No. 2089 del 8-I-91; ya que al hablar del particular expresa que “los trabajadores amparados por el Código del Trabajo que mantengan relación de

dependencia continuada por más de un año, gozaran de un año de estabilidad contado desde el 1 de enero de 1991”, siendo de precisar que la “dependencia continuada” no se debe entender necesariamente acumulada al 1 de enero, que es simplemente la fecha que fija la estabilidad o sea “a partir de” pero que bien puede cumplirse u ocurrir en el transcurso de 1991, como es el caso de la actora. En consecuencia por haberse violado la estabilidad que reza la Ley de Fijación de Salarios, se concluye que M. S. tiene derecho a las indemnizaciones previstas en tal cuerpo legal no existiendo de parte de la Primera Sala de la Corte Superior de Quito mala interpretación o equivocada aplicación del Art. 10 del Decreto Ejecutivo ya referido, tanto más que, a la sana crítica, en caso de duda, tenía que realizar interpretación favorable a la trabajadora, a tono con la filosofía que inspira a la legislación ecuatoriana, expresada en normas concretas (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

El despido Intempestivo, en el Ecuador se configura como, el despido de un trabajador por parte del empleador de manera unilateral y sin aparente causa justa, por lo que el acto es arbitrario, vulnerando los derechos de las personas trabajadoras. La autora Marina Sotomayor en el año 2016, en la publicación denominada “Despido Intempestivo: Concepto, Indemnización Y Proceder”, definió al despido intempestivo de la siguiente manera:

El despido intempestivo es la terminación de la relación laboral de forma injustificada sin causa legal.

Se entiende como despido intempestivo la separación unilateral, arbitraria, ilegal, de una persona de su fuente de trabajo.

Con esta definición el despido intempestivo constituye una flagrante violación a la ley laboral y al Código de Trabajo en Ecuador.

Los empleadores que despiden intempestivamente a sus trabajadores tiene la obligación de pagar una indemnización económica como parte de su liquidación (Sotomayor, 2016).

El despido intempestivo tiene varios efectos jurídicos el más importante es la terminación de la relación laboral, en estos casos el empleador tiene el derecho de acudir ante la Inspectoría de trabajo, que es el órgano administrativo laboral, para denunciar el hecho suscitado que afecta a sus derechos y solicitar el reintegro a sus actividades o se le liquide en legal y debida forma, esto en un término de 48 horas, resaltando que la Inspectoría de Trabajo es un órgano administrativo, más no tiene

fuerza para obligar al empleador a comparecer a la Audiencia, por lo que el trabajador tiene la alternativa de comparecer ante los juzgados laborales con el fin de solicitar la intervención del aparato judicial para que sus derechos sean resarcidos y se lo liquide en debida forma como lo establece el código de trabajo.

El artículo 188 del código de trabajo, creado por el Congreso Nacional, publicado en el Registro Oficial Suplemento 167 del 16 de diciembre del año 2005, cuya última modificación fue en fecha 06 de abril del año 2018, estableció la indemnización que debe de recibir el trabajador, en caso de que sea objeto de despido intempestivo, siendo el mismo el siguiente:

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

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

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

La fracción de un año se considerará como año completo.

El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código.

Si el trabajo fuere a destajo, se fijará la remuneración mensual a base del promedio percibido por el trabajador en el año anterior al despido, o durante el tiempo que haya servido si no llegare a un año.

En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinticinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código.

Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, mas no por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

Cuando el empleador deje constancia escrita de su voluntad de dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo, esto es, sin justa causa, la autoridad

del trabajo que conozca del despido, dispondrá que el empleador comparezca, y de ratificarse éste en el hecho, en las siguientes cuarenta y ocho horas deberá depositar el valor total que le corresponda percibir al trabajador despedido por concepto de indemnizaciones.

Si el empleador en la indicada comparecencia no se ratifica en el despido constante en el escrito pertinente, alegando para el efecto que el escrito donde consta el despido no es de su autoría o de representantes de la empresa con capacidad para dar por terminadas las relaciones laborales, se dispondrá el reintegro inmediato del trabajador a sus labores (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

De esta manera se materializa la seguridad jurídica y el derecho protector en materia laboral, debido a que se le garantiza al trabajador una indemnización acorde a los años de servicio en casos de un despido sin justa causa o que medio un visto bueno ante la Inspectoría de Trabajo.

1.5 Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales: Protocolo de San Salvador.

Antes de abordar el tema del despido ineficaz como figura jurídica en Ecuador, es necesario establecer su antecedente inmediato, su génesis y aplicación a nivel Internacional.

Por lo que es necesario el estudio de la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o como mejor es conocido Protocolo de San Salvador el mismo que fue creado en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 18 de julio de 1978 en el País Centroamericano San Salvador, y adoptada por la misma organización el 17 de noviembre del año 1988, el mismo que ha sido ratificado por 16 de los 36 países miembros de esta organización.

Este documento tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales, en especial entre la comunidad de los países que forman parte de la organización, donde los mismos se obligan al cumplimiento y a tomar las medidas necesarias para que estos derechos sean incorporados a los ordenamientos internos de cada país miembro.

Dentro de este protocolo, se reafirma el propósito de respetar la democracia, la libertad personal, la justicia social teniendo como base el respeto a la dignidad

humana, a los derechos fundamentales de todo ser humano en el continente americano, teniendo como base los atributos del ser humano. Afianzando lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos. Este protocolo cuenta con 22 artículos. El 3 de mayo del 2016, la Convención felicitó a Ecuador por el compromiso y cumplimiento de los derechos que se encuentran en dicha convención, dentro del proceso de monitoreo que ellos realizan a los estados miembros. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, en publicación de fecha 04 de mayo del 2016, mencionó lo siguiente:

El Grupo de Trabajo también felicitó a Ecuador en su informe por haber completado “la mayoría de los indicadores seleccionados, demostrando con ello una evolución de alta relevancia entre el primer informe y el final”.

En cuanto a la adopción de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el Grupo de Trabajo reconoció “que la República del Ecuador ha ratificado la mayoría de estos instrumentos y ha incorporado numerosas disposiciones constitucionales que reconocen derechos económicos, sociales y culturales dando cuenta de su voluntad en favor de los Derechos Humanos” (Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2016).

El despido ineficaz tiene su origen en el despido injustificado, donde los estados partes tienen la obligación de incorporar a sus instrumentos internos, el derecho al trabajo en condiciones justa, equitativas. El despido injustificado, en nuestro país ineficaz se lo encuentra en el artículo 7 del mismo cuerpo legal, siendo el siguiente:

Artículo 7

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;...

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (Organización de Estados Americanos, 1988)

Entre los aspectos más importantes del artículo 8, literal d, del Convenio, estableció, la estabilidad que deben de tener los trabajadores en las empresas y que, si en caso de despido deben de existir causas justas que medien este acto, así también resalta que, en casos de despido injustificado, despido ineficaz, el trabajador tiene el derecho a recibir una indemnización, por el despido, o de manera excluyente ser reintegrado a sus labores, tal como sucede con el despido ineficaz, a través de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del trabajo en el Hogar, el 20 de abril del año 2015.

Cabe mencionar que países como España, Venezuela y Colombia, ya la mantenían en sus ordenamientos internos la figura del despido ineficaz. Cabe mencionar que esta figura jurídica es una conquista no sólo en nuestro país sino a nivel internación ya que países como Colombia y Venezuela lo tienen en sus ordenamientos internos.

1.6 El despido ineficaz en el Ecuador

Como ya se lo menciono en líneas anteriores al analizar al despido intempestivo, este es el despido que hace el empleador al trabajador, por lo que tiene el derecho a una indemnización, lo mismo sucede con el despido ineficaz, donde existe el cese de la relación laboral, sin que medie razón justa.

Es decir, en ambas figuras jurídicas tienen como eje principal la terminación de la relación laboral. Por lo que el antecedente inmediato del despido ineficaz es el despido intempestivo, ya que en ambas se observan como un medio para limitar el exceso de poder que tienen los empleadores por ser los dueños de los medios de producción.

La Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar contempla una nueva figura que se integra al Código de Trabajo: el despido ineficaz para trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara, así también para

los dirigentes sindicales, así lo manifiesta el artículo 195.1 del Código de Trabajo. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

El despido ineficaz permite equiparar esa desigualdad existente desde hace muchos años atrás, entre la parte trabajadora y empleadora, por lo que, a través de esta figura, lo que pretende es proteger y poner un alto, a los despidos arbitrarios e injustificados, provenientes de la parte más fuerte de una relación laboral, viéndose de esta forma, vulnerados derechos fundamentales de la parte débil, mismos que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución, de este modo, con el despido ineficaz, se busca, que esa arbitrariedad unilateral, cuando es sin causa justa, discriminatoria, o ilícita, quede sin efecto. (Quezada Guzman, 2016)

La Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, plantea, de acuerdo a la autora Jessica Quezada, que la figura del despido ineficaz, como una protección especial dentro del ámbito laboral, a tres sectores, que por diferentes condiciones han sido considerados como grupos vulnerables, y que por lo tanto, el Estado pone énfasis en la creación de estas normas para proteger y garantizar sus derechos consagrados en la Constitución de la República, siendo los siguientes: El despido ineficaz a mujeres embarazadas, el despido ineficaz a personas en estado asociado a su condición de gestación o maternidad y el despido ineficaz a dirigentes sindicales. (Quezada Guzman, 2016)

El despido ineficaz en el Ecuador nace como una garantía para los trabajadores comprendidos en el grupo de mujeres embarazadas, dirigentes sindicales, que son quienes se encuentran en los grupos vulnerables de la sociedad, en aras del cumplimiento del principio proyectivo que tiene el estado frente a un grupo desigual de la sociedad, y que está ligado o concatenado con el despido intempestivo, ya que ambos son despidos arbitrarios del empleador.

Para el autor Pulla, M en el año 2016, en la tesis denominada “El Despido Ineficaz en la Legislación Ecuatoriana”, Universidad de Cuenca, Cuenca, Ecuador, mencionó lo siguiente “La incorporación del despido ineficaz en la legislación ecuatoriana tiene como antecedente al despido injustificado, que fue incluido en nuestra legislación por el Protocolo de San Salvador (Pulla Buele, 2016)”.

La Corte Nacional de Justicia en la Resolución No. 05 – 2016, ecuatoriana, acerca del despido ineficaz lo definió de la siguiente manera:

La acción por despido ineficaz busca garantizar la permanencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como de aquellas que ejercen funciones de dirigentes sindicales, es decir, que aun cuando se hubiere producido un despido intempestivo, éste no surta efectos (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, 2016).

La Ley Orgánica de la Justicia Laboral, en la que se reforma varios artículos del Código del Trabajo, y se crea la nueva figura jurídica del Despido Ineficaz en el país, la mencionada ley en el artículo 31 añade el artículo 195.1 al Código de trabajo el mismo que menciona lo siguiente:

Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz. - 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 en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187 (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015).

Del artículo precedente se colige que el despido ineficaz es el mismo despido intempestivo, cuando se lo realiza en personas vulnerables por su condición como lo son las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, así mismo protege a los dirigentes sindicales, es decir le da una protección adicional, que está dado constitucionalmente, a este grupo de personas para que no sean objeto de injerencias arbitrarias que se basen en las condiciones antes mencionadas. Esta protección se la encuentra en el artículo 332 de la Carta Constitucional el mismo que menciona:

Art. 332.- El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 21)

El autor Montalvo, L en el año 2016, en su obra denominada la Empresa y la Ley, acerca del despido ineficaz mencionó: “El despido ineficaz se lo debe de entender como la decisión unilateral del empleador, esto es el despido, no tiene validez, es decir es ineficaz, porque viola garantías que protegen circunstancialmente

a la persona trabajadora”. (Montalvo Landin, 2016). Además, también se lo debe de entender como un acto jurídico por medio del cual el empleador termina la relación laboral de un grupo vulnerable de la sociedad como lo son las mujeres embarazadas.

El autor Buenaño (2016), acerca del despido ineficaz mencionó lo siguiente:

El despido ineficaz es aquel que protege a la mujer en estado de gravidez, desde su concepción hasta su alumbramiento, así como por el periodo de maternidad, que se refiere el periodo de lactancia, no tiene efecto el despido ya que el mismo resulta ineficaz, es decir no tiene efecto legal (Buenaño Loja, 2016).

En el caso particular de las mujeres embarazadas, existe la protección constitucional y judicial, al configurarse el despido ineficaz como un recurso que tienen las mujeres en estado de gestación para que no se las discrimine por su condición, más bien las protege y asegura su puesto de trabajo, Garantizando así su derecho a la igualdad para permanecer en su puesto de trabajo. La protección a las mujeres en estado de gestación relacionadas con el derecho laboral es también internacional, como ejemplo se puede mencionar el Convenio relacionado con la protección a la maternidad, C 183, de fecha 7 de febrero del 2002, que en el artículo 8 y 9 mencionó lo siguiente:

Artículo 8.- Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que está embarazada..., o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia...

Artículo 9 inciso primero.- “Todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo (Organización Internacional del Trabajo, 2000)

La Ley Orgánica de Justicia laboral, cumpliendo con lo preceptuado en la Carta Magna, referente a que el trabajo es un derecho y un deber social, fuente de la realización personal y base de la economía, con la finalidad de que los trabajadores logren una vida decorosa y retribuciones justas garantizando de manera obligatoria el derecho al trabajo, impulsando así el pleno empleo y el respeto a los derechos laborales, creó la figura del despido ineficaz, el mismo que se encuentra desarrollado tanto en el Código de Trabajo así como en el Código Orgánico General de procesos.

De esta manera en La ley Orgánica de Justicia laboral, en el artículo 195.1, del Código de Trabajo contiene la definición de la prohibición de despido y de la declaratoria de ineficaz, considerándolo como el despido intempestivo de personas trabajadoras, en este caso de mujeres en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, esto basado en el principio de inamovilidad que ampara a las mujeres en estas condiciones naturales; así también extiende este beneficio a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones sean despedidos de manera intempestiva. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015)

De esta manera una vez que se ha determinado que el despido intempestivo es la terminación de la relación laboral de forma unilateral y arbitraria por parte del empleador, el despido ineficaz se lo conceptualiza de igual manera añadiéndole el hecho que para considerarlo así es necesario que este despido ocurra en mujeres en estadio de gestación o que su despido obedezca a esta causa, así también a los dirigentes sindicales.

El artículo 195.2 de la Ley Orgánica de Justicia laboral (2015), señaló que una vez que la mujer embarazada o en periodo de lactancia haya sido despedida tiene el derecho de acudir una acción ante juez competente, en el plazo máximo de treinta días, teniendo por la naturaleza que se atiende un procedimiento rápido toda vez que se citará en el plazo de 24 horas al empleador, si es peticionado se dará además las medidas cautelares consistentes en el reintegro del trabajador, inmediatamente se dará fecha para audiencia en donde se resolverá lo pertinente para cada caso de acuerdo a las pruebas que se aporte en el juicio. Contra esta sentencia es admisible el recurso de apelación con efecto devolutivo. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015)

En el artículo precedente se encuentra en si lo que significa el despido ineficaz y su procedimiento estableciéndose que una vez que se produzca el mismo se tiene el término de 30 días como máximo para que las personas trabajadoras puedan ejercer una acción para hacer respetar sus derechos. Así mismo se estableció, que el termino máximo, recalcando que la figura jurídica es termino y no plazo como lo ha hecho el legislador ya que la materia en que se lo pone en práctica es el área civil, y no penal para hablar de plazos, en todo caso el término que tiene el juzgador para citar es de 24 horas, así mismo se pueden ordenar todas las medidas cautelares con el fin de garantizar el reintegra de la persona trabajadora.

El procedimiento una vez efectuada la citación y en el día de la audiencia tal como lo establece el Código Orgánico General de Procesos, como disposición común para todos los procesos es empezar por una conciliación, es decir tratar al inicio de la audiencia de que las partes se pongan de acuerdo sin necesidad de que se realice la referida audiencia, en caso de no lograr una conciliación, se procederá a revisar la prueba que debió de ser aportada con la acción o la contestación, el juez terminará con una sentencia en la que obligue a la parte empleadora si se prueba que se ha configurado el despido ineficaz. Así también se tiene el derecho de recurrir de las partes a través de la impugnación con efecto devolutivo, es decir, que la sentencia debe de ejecutarse, sin perjuicio de que exista un recurso que deba de resolverse. El artículo 195.3 de la Ley Orgánica de Justicia laboral (2015) mencionó que una vez que ha sido declarada la ineficacia ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento de recargo adicional. La persona trabajadora despedida puede decidir, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015)

En caso de que la parte empleadora se negare a continuar con la relación laboral se remitirá el expediente al área penal para ser sancionado con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente de acuerdo al artículo 282 que mencionó lo siguiente:

Art. 282.- Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.- La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La o el servidor militar o policial que se niegue a obedecer o no cumpla las órdenes o resoluciones legítimas de autoridad competente, siempre que al hecho no le corresponda una pena privativa de libertad superior con arreglo a las disposiciones de este Código, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se aplicará el máximo de la pena prevista en el inciso segundo de este artículo, cuando la o el servidor militar o policial desobedezca o se resista a cumplir requerimientos legítimos de la Policía, en su función de agentes de autoridad y auxiliares de la Fiscalía General del Estado (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Así también cuando ocurran casos de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, el trabajador perjudicado tendrá derecho a la indemnización adicional equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.

El Legislador le ha otorgado al trabajador el derecho de elegir entre reintegrarse a su lugar de trabajo o el de no hacerlo, y en caso de que decida esta segunda opción, tendrá el derecho a que se lo indemnice con la cantidad de un año de trabajo respecto del último sueldo que venía percibiendo, además de las indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo a las que se tenga derecho.

Así también menciona en la misma Ley, aunque no sea parte del despido ineficaz, que en caso injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad recibirá la indemnización estipulado en la Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, creada por la Asamblea Nacional, en su artículo 51, el mismo que mencionó lo siguiente:

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).

Con relación a la protección a los dirigentes sindicales, es necesario mencionar la protección constitucional, dado en el artículo 31, que mencionó acerca de la libertad de asociación sindical además de su libre desenvolvimiento. Así también la protección es legal, en este caso dado en el artículo 440 del Código de trabajo vigente que mencionó lo siguiente:

Art. 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.

Las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho de constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, así como afiliarse o retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores.

Todo trabajador mayor de catorce años puede pertenecer a una asociación profesional o a un sindicato.

Las organizaciones de trabajadores no podrán ser suspendidas o disueltas, sino mediante procedimiento oral establecido en este Código. Si la suspensión o disolución fuere propuesta por los trabajadores éstos deberán acreditar su personería.

Cuando un empleador o empresa tuviere varias agencias o sucursales en diferentes provincias, los trabajadores en cada una de ellas pueden constituir sindicato o asociación profesional. Los requisitos de número y los demás que exija la ley se establecerán en relación con cada una de tales agencias o sucursales (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Estas asociaciones, deben de estar constituidas conforme lo establecido a la ley para así gozar de personería jurídica, el registro de las asociaciones deben de establecerse en el Ministerio de Relaciones Laborales, estos no deberán de estar conformados en un número menor de 30 trabajadores, además de deben de adjuntar para su reconocimiento:

- 1.- Copia del Acta Constitutiva, con la firma de los socios presentes.
- 2.- Dos copias del Acta Constitutiva autenticadas por el secretario.
- 3.- Tres ejemplares de los Estatutos autenticadas por el secretario.
- 4.- Nomina de la Directiva que será Provisional y nombre de todos los miembros de la asociación.

Cabe mencionar que el integrarse a las asociaciones de trabajadores es voluntaria, el artículo 452 del Código de Trabajo, acerca de las asociaciones y los dirigentes sindicales menciona lo siguiente:

Artículo 452.- Prohibición de desahucio y de despido.- Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar 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).

Es necesario mencionar que en la Ley de Justicia Laboral en el artículo 33 reemplazo al artículo 187 del Código de trabajo que se encontraba en vigencia antes de su publicación, el cual mencionó que el despido de un miembro del sindicato es considerado como un despido ineficaz, en caso de que se dé el trabajador tiene el derecho de pertenecer al sindicato hasta que se termine el periodo por el que fue designado dirigente sindical; teniendo el beneficio de que esta garantía se extenderá por un año más. Tratando así de que se respete la estabilidad laboral y frenar de manera significativa los despidos de los dirigentes sindicales en el Ecuador.

El despido ineficaz, se valora comparándolo con otras legislaciones:

En Colombia encuentra, de acuerdo a la sentencia T-426, 1992, de Corte Constitucional Colombiana:

Colombia es un Estado Social de derechos, así lo establece el artículo 1 de la Constitución Política, el cual hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes de un país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo: que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador. La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez. La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable a ser despedido por causas distintas al trabajo que desempeña. (Sentencia T - 426/1992, 1992)

Las normas generales de protección a la maternidad están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, referentes al derecho a la licencia y la lactancia, y la

prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y la licencia de maternidad, según lo dispone el Artículo 2 de la Ley 1468 de 2011 cuyo texto establece:

Artículo 2. Modifíquese el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 239.- Prohibición de despido:

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades del que trata el artículo 240 del CST.
3. Las trabajadoras del que trata el numeral uno de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de catorce semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley si no ha disfrutado de la licencia por maternidad. (...) (Rojas, 2003)

En Venezuela se encuentra, de acuerdo a su legislación lo siguiente:

La Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 77 literal “b” considera:

Se entenderá por despido la manifestación de voluntad del patrono de poner fin a la relación del trabajo que le vincula a uno o más trabajadores.

El despido será:

b) no justificado, cuando se realiza sin que el trabajador o trabajadora haya incurrido en causa legal que lo justifique. Esta ley garantiza la estabilidad en el trabajo y la limitación de toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta ley son nulos (Venezuela, Presidencia de la República, 2012)

Al hablar de estabilidad en el trabajo, es importante mencionar la estabilidad que garantiza la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 93.- “la ley garantizara la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para evitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos” De la misma manera, se puede sostener que el despido será injustificado cuando el patrono no notifica de dicho despido dentro de los treinta (30) días siguientes al despido así lo establece el artículo 82 ibídem. (Venezuela, Presidencia de la República, 2012)

1.7 Derecho Comparado en países de América Latina.

a) Argentina

Para empezar en el análisis del Despido Intempestivo en el orden internacional, se analizará en primer lugar a la legislación argentina, en lo referente a esta figura jurídica.

De esta manera esta figura se la encuentra en la denominada Ley 20744-Ley de Contrato de Trabajo, la misma que en el artículo 177, que en su párrafo tercero mencionó que garantiza protege y además que garantiza la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas, así como su licencia de 45 días anteriores y posteriores al parto.

Teniendo así en su Ley laboral una protección especial para el caso de las mujeres embarazadas, mencionando, además que en caso de que se dé el despido y que el motivo sea el embarazo, tendrá que indemnizarla establecida en una cantidad de un año de remuneraciones más las bonificaciones ordinarias de ley; teniendo como aspecto relevante que la mujer haya cumplido con la obligación de notificar y acreditar su embarazo para que se configure el despido y pueda acceder a la indemnización mencionada.

b) Chile

El despido de la mujer embarazada en Chile, se encuentra en el Código de Trabajo, el mismo que fue publicado en el 16 de enero del año 2003, cuya última modificación fue en el año 2019, en el artículo 239, el mismo que mencionó que se presume que se despidió a una mujer embarazada cuando ha sido comprendido, durante el periodo de embarazo, dentro de los tres meses después del embarazo, o durante el periodo de lactancia. (Chile, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2019)

Así también se debe de mencionar que la ley otorga una protección especial, denominados fueros, como lo son el fuero maternal y fuero sindical, además de que protege a quienes estén dentro de la negociación colectiva. La protección sindical empieza desde el momento de su elección hasta 6 meses después de que hayan cesado sus funciones como jefes sindicales, en este caso hay una gran diferencia con Ecuador debido a que en nuestra legislación los protege por el lapso de un año.

c) Perú

En Perú existe la denominada ley 30367, del año 2015, la cual estableció la protección a las mujeres en estado de gestación. La cual estableció que es nulo el despido de las mujeres en estado de gestación, cuando este sucede durante el periodo de embarazo o dentro de los 90 días posteriores al parto. (Perú, Congreso de la República, 2015)

En caso de que se produzca el despido, el empleador debe de justificar el acto en caso de no hacerlo, se tendrá por entendido que el motivo para el despido ha sido el estado de embarazo de la mujer; como condición establece que el empleador haya sido notificado del embarazo de la mujer trabajadora.

La ley además menciona que la mujer embarazada tiene 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso posnatal; el mismo que se lo podrá diferir sea parcial o total, a decisión de la mujer en estado de gestación. Así también puede unificar los días del prenatal al pos natal.

La ley 27240, además estableció que se le concede a la madre trabajadora, una vez fenecido su período posnatal, el derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, esto hasta que el recién nacido cumpla 1 año de edad.

En caso de que el despido haya sido determinado como nulo, la mujer en estado de gestación o que se encuentre durante su periodo de lactancia tiene derecho a que se la reintegre a su puesto de trabajo o el derecho a una indemnización, esta será de acuerdo al tipo de contrato con el que se haya encontrado al momento del despido. En caso de que su contrato sea indefinido tendrá derecho a una indemnización la misma que será equivalente a una remuneración y media mensual por cada año laborado en la empresa. En caso de que el contrato sea a plazo, la indemnización

será la equivalente a una remuneración y media mensual por cada mes dejado de laborar.

1.8 Análisis de la Resolución No. 05 – 2016 De La Corte Nacional De Justicia

La Corte Nacional de Justicia, que es el organismo es el máximo organismo de Justicia Ordinaria en Ecuador, que fue concebida en la Carta Constitucional del año 2008, reemplazando a la Corte Suprema de Justicia. Entre las facultades que tiene esta Corte son expedir resoluciones, en casos de dudas de las leyes, sobre el alcance de las mismas y que estas resoluciones son de carácter vinculante generales y obligatorias para todos. Esto en aras del cumplimiento de los principios constitucionales de Seguridad Jurídica, la Tutela Efectiva de los derechos, entre otros.

Así también se logra establecer entre todos, Jueces, Abogados y personas en general un criterio unificado, donde se maneje el mismo idioma, cumpliendo así el precepto de que existan normas claras y previas.

La necesidad de esta consulta surge al tenor de los establecidos en el artículo 195.1 y 195.2 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral, los mismo que hablan acerca de la prohibición del despido y la declaratoria del mismo dando una conceptualización del mismo definiendo como el despido ocasionado en razón de gestación o maternidad de las mujeres; así también especifica que el derecho de demandar se la denomina acción de despido ineficaz la misma que se realiza ante Juez/a del Trabajo teniendo, un plazo máximo de treinta días para ejercerla; estableciendo además el trámite que se le dará una vez que ha sido admitida. Teniendo un tiempo expedito de ejecución de la acción, debido a la condición de gestación o maternidad de la mujer, por lo que el plazo para citar es de 24 horas, detallando además que en la misma providencia de ser necesario se dictaran las medidas cautelares necesarias para el reintegro inmediato al trabajador afectado. Estas medidas estarán vigentes mientras dure el proceso legal. De igual manera como en todo proceso regido por el Código Orgánico General de Procesos a la demanda se deben de acompañar de las pruebas que le asisten para probar lo aseverado en el libelo inicial de su acción. Una vez que se ha cumplido con el acto de citación, la audiencia será convocado en el término de 48 horas, en el desarrollo de la misma será igual a toda audiencia es decir se iniciará por la conciliación de las partes, de no existir la misma se procederá a la evacuación de las pruebas anunciadas, la sentencia debe de ser dictada en la misma audiencia.

La Corte Constitucional además mencionó que la acción del despido ineficaz, esencialmente la del termino para presentarla, no es congruente con el termino de prescripción, que establece el Código de trabajo (2005), publicado en el Registro Oficial Suplemento 167 del 6 de diciembre del año 2005, creado por el Congreso Nacional cuya última reforma fue el 6 de Abril del año 2018, que en el artículo 635, mencionó lo siguiente:

Art. 635.- Prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos. - Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en este Código (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Acercas de la caducidad de la acción y de la prescripción la Corte menciona lo siguiente:

La caducidad de la acción, consiste en la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo expresamente concedido en la ley para su ejercicio. En el caso de la caducidad de la acción estamos frente a la pérdida de la oportunidad para acudir ante la administración de justicia con una determinada pretensión, debido a que aquella no ha sido ejercida dentro del plazo o término que específicamente, en cada caso, la ley ha considerado pertinente establecer un tiempo perentorio; en tanto que, en la prescripción, lo que se extingue es el derecho que ya no puede ser exigido. En el caso de la caducidad, aquella opera de pleno derecho, por mandato expreso de la ley, sin que por tanto se puedan discutir en el juicio el asunto de fondo; no es necesario que se traben litis, se actúen pruebas y alegatos, así como una sentencia de mérito; pues lo que ocurre es que la acción ha perdido total eficacia por el transcurso del tiempo sin que el titular del derecho a accionar la haya ejercitado. La prescripción extintiva de las acciones y la caducidad de la acción son similares en cuanto a sus efectos, pero difieren en sus características y condiciones. Así la prescripción solo puede ser alegada como excepción por la persona contra quien se ejerce la acción, en tanto que la caducidad puede y debe ser declarada de oficio por el juzgador, pues opera de pleno derecho; la prescripción se la interrumpe en forma civil o natural, la caducidad no es susceptible de interrupción, pues sólo condiciona el ejercicio de la acción en un determinado tiempo; la prescripción extintiva debe declarársela en sentencia en tanto que la caducidad puede ser declarada por el juez en cualquier instancia del proceso, incluso al momento en que ha de calificar la demanda (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, 2016).

En esta consulta existe por parte de los juzgadores una duda razonable, ya que en la Ley de justicia laboral, menciona el termino de 30 días para poder ejercer una acción y el Código de trabajo da el termino de prescripción de tres años, por lo que para quienes imparten justicia ante esta situación de duda no saben cómo resolver ya que existen principios constitucionales y laborales no solo en nuestro ordenamiento interno sino en la convencionalidad que no deben de ser vulnerados, además del aforismo latino que es un principio el indubio pro operario, es decir en caso de duda en este caso del alcance de la disposición de la ley de Justicia Laboral y entre el código de trabajo se debe de aplicar lo más favorable al trabajador. Además de si ellos deben de declarar la prescripción de esta acción de oficio.

La Corte Nacional en esta Resolución ha citado a la Constitución de la siguiente manera:

El artículo 169 de la Constitución de la República establece: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de solemnidades”. Entre los principios que rigen el sistema procesal ecuatoriano está el de economía procesal, por el cual se debe evitar a las partes procesales y al Estado, a través de la administración de justicia, incurrir en largos y costosos procesos judiciales cuando es posible evitarlo. Esto es lo que ocurre precisamente en este caso, si el juzgador determina claramente que del contenido de la propia demanda, la acción de despido ineficaz está caducada por habérsela ejercido fuera del plazo de treinta días previsto en el Art. 195.2 del Código del Trabajo, en aplicación del principio de económica procesal, debe declarar esa caducidad (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015).

La Corte Nacional de Justicia frente a esta duda expresó y resolvió lo siguiente:

Art. 1.- En los juicios individuales de trabajo por despido ineficaz previsto en el Art. 195.1 del Código del Trabajo, agregado mediante el Art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar; las Juezas y Jueces del Trabajo, al momento de calificar la demanda, declararán la caducidad de la acción únicamente si del propio texto del libelo inicial de la pretensión se determina que aquella ha sido ejercida fuera del plazo de treinta días contemplado en el Art. 195.2 del referido Código.

Art. 2.- Si la caducidad de la acción ha sido alegada como excepción previa, conforme el Art. 153 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos, aquella se analizará y resolverá en la fase de saneamiento del juicio sumario.

Art. 3.- El auto que declare la caducidad de la acción, será susceptible de recurso de apelación, conforme a la garantía al debido proceso contemplada en el Art. 76, numeral 7, letra m) de la Constitución y en aplicación del Art. 147, inciso final, del Código Orgánico General de Procesos (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, 2016).

1.9 Derechos laborales de las mujeres en estado de gestación.

En el Ecuador, la inserción de las mujeres como fuerza productiva ha venido escalando peldaños, a lo largo de la historia no solo en el Ecuador sino también en América Latina. En Ecuador ha sido una lucha para que la mujer logre que sus derechos sean reconocidos, entre ellos los laborales.

Es en la Constitución del año 1998 donde se ve un gran progreso en los derechos de las mujeres, donde se reconoce de manera taxativa el derecho a que la mujer sea remunerada por su trabajo, pero es en la Constitución del año 2008 donde se logra el mayor reconocimiento hacia el derecho al trabajo de las mujeres, en donde se le dedica sección 4, que en el artículo 43 mencionó que el Estado Ecuatoriano garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia el derecho a no sufrir de discriminación basada en su embarazo sea cualquiera el ámbito en el que se desenvuelvan sea este educativo, social o laboral; además de la protección y cuidado durante el embarazo, parto y posparto, así como de contar con las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

Se puede observar que en el mencionado artículo se estableció una protección especial, debido a su estado de gestión colocándolas de manera provisional además en un grupo vulnerable, donde se prohíbe cualquier tipo de discriminación dado por su condición de gestación.

En concordancia con esta disposición de encuentra el artículo 152, del Código de Trabajo (2005), que mencionó lo siguiente:

Art. 152.- Toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos

múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales. La ausencia al trabajo se justificará mediante la presentación de un certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, a falta de éste, por otro profesional; certificado en el que debe constar la fecha probable del parto o la fecha en que tal hecho se ha producido...

Art. ...- Licencia o permiso sin remuneración para el cuidado de los hijos.- El trabajador o trabajadora, concluida la licencia o permiso por maternidad o paternidad, tendrán derecho a una licencia opcional y voluntaria sin remuneración, hasta por nueve (9) meses adicionales, para atender al cuidado de los hijos, dentro de los primeros doce meses de vida del niño o niña.

Esta licencia aplicará también para el caso de padres o madres adoptivos.

El período en que los trabajadores hagan uso de la licencia o permiso, conforme a lo establecido en el presente artículo, será computable a efectos de antigüedad.

Terminado el periodo de licencia o permiso de paternidad o maternidad respectivamente, el padre o la madre podrán solicitar dentro de los 3 días posteriores a la terminación de la licencia o permiso de paternidad o maternidad los fondos de cesantía que tuvieran acumulados, los mismos que serán entregados el día sesenta y uno (61) contados a partir de la presentación de la solicitud; y para tal efecto estos valores no se considerarán para otras prestaciones de la seguridad social.

Durante el periodo de licencia o permiso sin remuneración se garantizarán las prestaciones de salud por parte de la seguridad social, las cuales deberán ser reembolsadas por parte del Ministerio de Salud Pública (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Especial relevancia tiene el artículo 153, del (Ecuador, Congreso Nacional, 2005), ya que aquí se establece de manera más clara la protección que tienen las mujeres embarazadas por parte de Estado, con relación a su estabilidad laboral prohibiendo de manera clara que sean objeto de despidos por esta causa y más aún durante su periodo de lactancia materna, donde en caso de que se realice el despido ordena se la reintegre de manera inmediata, por lo que además se prohíbe que se restrinja el derecho del trabajo por esta condición, el artículo referido mencionó lo siguiente:

A nivel internacional, la Institución que lleva el estandarte de protección de los derechos de los trabajadores es la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la misma que es un organismo especializado perteneciente a las Naciones Unidas, que

fue creada en el año 1919 en virtud del Tratado de Versalles. Ecuador quien es parte de esta Institución desde su fundación ha ratificado 59 convenios, de los cuales 55 se encuentran vigentes.

Entre los Convenios que tiene la Organización Internacional del trabajo, existen tres relacionados con la protección a las mujeres embarazadas como lo son:

- Convenio C 003 – 1919.
- Convenio 100 – 1951.
- Convenio 103 – 1952.
- Convenio 111 - 1958.
- Convenio 156 - 1981.
- Convenio 183 – 2000.

El Convenio C 003, de 1919, denominado, Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, que también es conocido como Convenio sobre la protección de la maternidad, el mismo que consta de 12 artículos. Donde se expresan las reglas relativas a la protección de las mujeres en las diversas ramas laborales, surge de la necesidad de dar una protección especial para las mujeres, de esta manera en Washington, el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica convoca a la Convención en el marco de la Conferencia General de la Organización Internacional del trabajo, en donde además de las reglas relativas a la protección se da n proposiciones relativas al empleo de las mujeres antes y después del embarazo, en donde los gobiernos que lo ratificaron se obligan a emplearlo en sus ordenamientos internos.

El Convenio 100, del año 1951, trata acerca de la igualdad de las remuneraciones, donde se establece que las mujeres tienen derecho a que se le pague igual remuneración que al hombre, este convenio fue adoptado el 29 de junio de 1951, en la reunión 34 de la Organización Internacional del Trabajo, Este convenio surge debido a la necesidad de las mujeres de no ser discriminadas por su condición de ser mujeres, con este convenio se garantiza y se promueve a nivel mundial el derecho de que la mujer gane igual remuneración que el hombre cuando su trabajo es de igual valor.

Llegar a este convenio, fue necesario en el marco del respeto de los Derechos Humanos en el mundo, ya que si se la discrimina pagándole menos también se ve afectada su dignidad como persona; existen diversas maneras de determinar el valor del trabajo, que no tienen que ver necesariamente con las habilidades o características de las personas, estos métodos tienen que ver con los factores que requieren cada puesto de trabajo en donde se evalúa cada uno de ellos para de esta manera cuantificarlos. Cabe mencionar que el primer país en el Cono Sur, en aplicar este convenio de igualdad es Paraguay.

Entre los principales artículos del Convenio en mención constan el 2.1 donde se establece que tanto hombres y mujeres deben de ganar la misma remuneración cuando su trabajo es de igual valor, aquí se trata de eliminar la brecha de la desigualdad en el trabajo.

El Convenio 103 sobre la Protección de la Maternidad (1952), el mismo que entró en vigencia en fecha 07 de septiembre de 1955, fue creado el en Ginebra, que fue adoptado el 28 de junio de 1952 en la sesión de la Conferencia: 35. En donde se adoptaron diversas normas relativas a la protección de la maternidad. Este convenio consta de 17 artículos, lo firmaron 39 estados y goza de carácter vinculante.

Este convenio surge de la necesidad de que los logros alcanzados se materialicen, y resolver así problemas fundamentales a los que se enfrentan las mujeres trabajadoras, profesionales, cuando se encuentran en estado de gestación. El mencionado convenio se enfatiza en el derecho que tienen las mujeres a los descansos y los permisos por su estado de gestación y de lactancia, además de las prestaciones médicas y económicas a las que tiene derecho y además a la garantía de permanecer en su puesto de trabajo, recalando que la maternidad no debe de ser causal de discriminación y de despidos por parte del empleador.

Convenio 111 de fecha 15 de junio del año 1958, adoptado en la convención 42 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (Organización Internacional del Trabajo, 1958) trata acerca de la discriminación que sufren las personas en particular las mujeres por su naturaleza, dándoles un trato diferenciado, excluyentes para los puestos de trabajo, alterando así la igualdad de oportunidades para el acceso al empleo. Los estados que firmaron el convenio se comprometieron a promover la igualdad de oportunidades mediante políticas públicas encaminadas a este fin.

Convenio 156 de fecha 23 de junio de 1981, reunión 67 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (Organización Mundial del Trabajo, 1981) este Convenio se trata sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, debido a que por la lucha de los derechos de las mujeres, éstas han venido ganando espacios en la fuerza laboral, por lo que a la mujer además le ha tocado ser sustentadora de su familia, es decir proveedora, lo que ha ocasionado que existan problemas en las responsabilidades del hogar, ya que no existía un apoyo por parte de los empleadores, provocando de esta manera la discriminación e impidiendo el acceso a un trabajo justo y remunerado para la mujer. Este problema surge por los estereotipos sociales que hasta la fecha persisten, donde el patriarcado ha imperado provocando la desigualdad laboral. Entre los objetivos del Convenio se encuentran la necesidad de establecer igual acceso a fuentes de empleo.

El Convenio 183, es relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad, fue dado en Ginebra el 07 de febrero del año 2000, en la sesión de la Conferencia: 88, el mismo que entró en vigor el 05 de junio del año 2000. Es necesario mencionar que el primer convenio relativo a la maternidad se da en el fecha de 1919 y en el año 1952 la OIT ha promulgado el Convenio 103, seguido del Convenio 183. Este convenio consta de 21 artículos (Organización Internacional del Trabajo, 2000)

El mencionado convenio es una revisión del convenio No. 103 de 1952, debido a la necesidad de seguir promoviendo la igualdad de las mujeres en la fuerza laboral y productiva del mundo, así como de desarrollar los derechos y la protección a la maternidad y el derecho a descansar después del parto.

El hecho de que la mujer sea proveedora de vida la ha colocado en un nivel de desigualdad e incluso de discriminación, ya que hasta la fecha los empresarios exigen una prueba de embarazo antes de proceder a la contratación de mujeres en sus vacantes laborales. Además las condiciones de trabajo para la mujer embarazada son las mismas que la mujer que no está en estado de gestación provocando una vulneración de derechos debido a su estado.

El Convenio 183, le da una protección contra los despidos relacionados a su condición de maternidad, estableciendo un periodo de descanso después del parto,

durante este lapso la mujer está protegida del despido, además se estableció un periodo de lactancia como un derecho.

Entre los principales artículos de este Convenio constan los relacionados con la maternidad, protección a la salud tanto de la madre como del hijo, licencia de maternidad, protección del empleo, entre otras. Es necesario mencionar que en varios países de Latinoamérica se respeta la condición de las mujeres embarazadas como lo es el caso de Argentina, donde se prohíbe que las mujeres en estado de gestación realicen trabajos forzosos que pongan en riesgo su vida y la del niño por nacer. En Brasil la mujer tiene derecho a que se le cambie de puesto de trabajo, de actividad si la que venía desempeñando antes del embarazo pone en riesgo su vida o la del niño por nacer.

Con respecto a la Licencia por maternidad, el Convenio, establece un mínimo de 14 semanas de permiso o licencia por maternidad, a pesar de que en países como Argentina, Uruguay es de 12 semanas, en Ecuador es de 12 semanas de permiso después del alumbramiento. Tanto el Convenio 103 como el 183 han establecido que el permiso por maternidad no puede ser inferior a 6 semanas. Así también se menciona que en caso de requerir permisos antes del parte estos días no serán descontados de la licencia por maternidad.

Así también la importancia de este Convenio radica en la prohibición que se da para que la mujer sea objeto de despido durante su periodo de gestación y además del de lactancia materna, exceptuando el caso de que el despido se dé por otras causas que no sean taxativamente las relacionadas con su estado de gestación. Por lo que se garantiza que la mujer pueda retornar a su lugar de trabajo una vez cumplido el periodo de maternidad; así también su derecho a la reducción de la jornada laboral debido a su derecho a la lactancia materna.

Cabe mencionar que para realizar esta Convención se toma como eje diversos tratados internacionales que tienen como fin la protección de la mujer y la erradicación de la violencia en los diferentes escenarios en que la mujer se desenvuelve como lo son:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948);
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las

Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979);

- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981,
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989),
la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995);
- Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades
y de trato para las trabajadoras (1975);
- La Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los
principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento
(1998);

La Organización Internacional del trabajo tiene varios mecanismos con el fin de monitorear el cumplimiento de los Convenios, como lo son el sistema de control regular en la cual los países partes que ratificaron el convenio deben de enviar informes de manera periódica sobre la aplicación del Convenio en sus ordenamientos internos; el sistema de control especial los cuales se aplican en casos de quejas en contra de los países que han ratificado el Convenio. Los estados partes tiene la obligación de incorporar a sus ordenamientos internos los artículos de los Convenios, creación de políticas públicas encaminadas al cumplimiento del mismos, promover la sociabilización del Convenio y de las garantías a favor de los grupos favorecidos.

CAPITULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

Métodos y técnicas de investigación

En el presente capítulo se establece la metodología seguida durante toda la investigación, tipos de estudio, así como métodos de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de información para la constatación del problema a investigar.

2.1 El diseño de la investigación

Cualitativo: Se establece una relación entre las variables que permita comprender las preferencias o comportamientos de los involucrados de forma participativa para la búsqueda de resultados y el cumplimiento de los objetivos.

Por la naturaleza y complejidad del problema que se va a investigar, la investigación es no experimental, porque en el proceso investigativo no existirá una manipulación intencional de las variables, es decir, el problema a investigarse será estudiado tal como se da en su contexto.

2.2 Métodos

- **Inductivo-Deductivo**

El Método Inductivo: El Método Inductivo es también un método científico utilizado para poder sacar conclusiones generales partiendo de hechos particulares. Es el método científico más usado y relacionado muy de cerca con el método deductivo.

Este método se basa principalmente en la observación, el estudio y la experimentación de diversos sucesos reales para poder llegar a una conclusión que involucre a todos esos casos.

Por ello, con este método, partiré de un análisis de lo general de la posesión efectiva que se encuentra normado en nuestra legislación ecuatoriana, la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Ley Orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del Trabajo en el hogar y demás leyes conexas, así como el estudio de la convencionalidad como lo son los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo C003, Convenio 103 y Convenio 183.

El Método Deductivo: El Método Deductivo es un método científico que considera que la conclusión se encuentra implícita dentro de las premisas.

- **Métodos Teóricos:**

Posibilitó la interpretación conceptual de los datos empíricos encontrados, explicando los hechos y profundizando en las relaciones esenciales y cualidades fundamentales de los procesos no observables directamente.

- **Método Analítico-Sintético:**

El Método Analítico es un método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para poder observar las causas, la naturaleza y los efectos, para lo cual es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto analizado para comprender su esencia. (Gonzalez E. , 2017)

El Método Sintético es un proceso analítico de razonamiento que busca reconstruir un suceso de forma resumida, valiéndose de los elementos más importantes que tuvieron lugar durante dicho suceso. Es, también, aquel que permite a los seres humanos realizar un resumen de algo que conocemos. (Gonzalez E. , 2017)

- **Método Descriptivo:**

El método descriptivo, perteneciente a los métodos cualitativos, consiste en describir y evaluar ciertas características de una situación particular en uno o más puntos del tiempo. Con este método se analizan los datos reunidos para descubrir así cuáles variables están relacionadas entre sí. (Gonzalez E. , 2017)

2.3 Tipo De Investigación

Por los objetivos que se pretende alcanzar con la presente investigación se caracteriza por ser documental y descriptiva:

Documental: El presente trabajo investigativo necesita de fundamentación documental, puesto que utiliza técnicas muy precisas que conlleva a la utilización de la documentación existente que, directa o indirectamente, hacen un significativo aporte de la información requerida; constituyéndose en una estrategia donde se observa y reflexiona sistemáticamente sobre realidades teóricas usando para ello diferentes tipos de documentos.

Descriptiva: Una vez analizada la estructura del despido Ineficaz como está concebido, se podrá establecer si en la práctica cumple con su función constitucional y convencional de protección

CAPÍTULO III

RESULTADOS ALCANZADOS Y LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

A lo largo de la historia se ha evidenciado la discriminación que han sufrido tanto las mujeres embarazadas como los dirigentes sindicales, las luchas internacionales han sido una constante a nivel mundial. Lograr la inserción de las mujeres en los campos laborales y productivos y que sus derechos sean respetados y garantizados bajo un procedimiento adecuado y eficaz, ha sido una constante dentro de aquella lucha por conquistar los derechos laborales.

Por esta razón se ha establecido que, aunque existe esta garantía en la ley, cual es la del despido ineficaz, en la práctica no resulta tan eficaz debido al poco tiempo que tienen los afectados para hacer valer sus derechos, además de que lo preceptuado en la Ley Orgánica no concuerda con lo que establece el Código de Trabajo vigente.

Existe una desigualdad jurídica en cuanto a la efectivización de los derechos y garantías establecidas en la Constitución vigente y el Código de Trabajo, en especial cuando se trata de los derechos de las mujeres, ya que se evidencia que éstas sufren una doble vulneración y discriminación por el hecho de ser mujer y por su rol reproductivo.

La discriminación que sufren las mujeres, como ya se lo ha mencionado no es un hecho aislado, estando en un grupo vulnerable, así mismo se puede manifestar de los dirigentes sindicales debido a que por su función son generalmente mal vistos por los empleadores.

Por lo que existe la necesidad de que se reforme el Código de Trabajo en lo referente al despido ineficaz, en su procedimiento y en especial de los términos y prescripción de la acción, debido a que estos no están en concordancia con dicha efectivización de estos derechos laborales.

PROPUESTA

Ley Reformatoria al artículo 153 y 195 del Código de trabajo.

Presidencia De La República Del Ecuador

Asamblea Nacional El Pleno

Considerando:

- Que, el artículo 3 de la Constitución de la República dispone que es deber primordial del Estado “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos constitucionales y consagrados en los instrumentos internacionales”, en particular la seguridad social, entre otros; y el planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir; (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)
- Que, el artículo 35 de la Constitución del Ecuador tipifica “que 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 recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)
- Qué el artículo 43 de la Constitución manifiesta que es deber del Estado “garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral; La gratuidad de los servicios de salud materna; La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto; Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 21)
- Que, la Constitución de la República en su artículo 332, “garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el

empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 104)

Acuerda expedir la siguiente Ley Reformatorio a los artículos 153 y 195 del Código de Trabajo:

Artículo 1 - Sustitúyase el inciso primero del artículo 153 del Código de Trabajo por el siguiente:

Protección a la mujer embarazada y en periodo de lactancia. - No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo o por estar en periodo de lactancia de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de 12 semanas que fija el artículo anterior.

Artículo 2.- Sustitúyase el artículo 195 del Código de Trabajo por el siguiente:

Art. 195.2.- Acción de despido ineficaz. Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el término máximo de 90 días.

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente ley entrará en vigencia después de 30 días desde su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicado en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los 15 días del mes de Abril del dos mil diecinueve.

_____ f..... PRESIDENTE (A)

CONCLUSIONES

Dentro del presente trabajo de investigación se han arribado a varias conclusiones todas encaminadas a la protección de los derechos de los grupos vulnerables, por lo que se deben de cambiar las políticas públicas encaminadas a garantizar de manera correcta la protección de los dirigentes sindicales como de las mujeres en estado de gestación.

Aunque el acceso a la justicia se encuentra garantizado en nuestro país, es necesario que se reformen ciertos procedimientos para que la misma sea eficaz y congruente con la realidad. Dentro del análisis de la conceptualización del despido ineficaz, se puede concluir que es la terminación de la relación por parte del empleador, de mujeres que se encuentran en estados de gestación y de dirigentes sindicales, sin que por medio se encuentren razones o motivos lógicos.

Sobre el alcance de la declaratoria del despido ineficaz se puede establecer que se encuentran insertos en el mismo, los dirigentes sindicales y las mujeres embarazadas, además, como se lo estudio también de manera indirecta abarca a las personas de la tercera edad con relación a la indemnización de una cantidad igual a un año de remuneración respecto a la última que estaba percibiendo. Cuando se trate de personas con discapacidad o de personas que tengan a su cargo la manutención de una persona con discapacidad la indemnización económica será la establecida en el Ley Orgánica de discapacidades es decir de una cantidad igual a 18 meses de remuneración, respecto de la última que recibía, así mismo es necesario puntualizar que este tipo de indemnizaciones son aparte de las que por Ley se tenga derecho por causa de despido.

Como ya se lo mencionó, en el Ecuador a partir de la Constitución del año 1998 y en especial la del año 2008, se han logrado una serie de avances con respecto a la protección y garantías de los derechos de las mujeres en toda esfera sea laboral, en el hogar, a nivel social, político. Al tener una constitución garantista de derechos, de principios, también se encuentran las mujeres embarazadas como se lo mencionó en la sección cuarta, artículo 43.

Se concluye además que, aunque en el Ecuador se encuentre instaurada la figura del despido ineficaz, no se ha logrado del todo garantizar los derechos laborales de las mujeres en estado de gestación y de los dirigentes sindicales ya que el término para presentarla resulta un poco corto sobre todo en las mujeres embarazadas debido a su estado vulnerable y de sensibilidad en el que se encuentran.

Por lo expuesto, resulta indispensable que se reforme la norma legal con el fin de lograr una protección efectiva y aprovechar los efectos que tiene esta figura, en especial a favor de las mujeres en estado de gestación.

En respuesta a las preguntas planteadas, como ya se lo ha mencionado en líneas anteriores, se arriba a la conclusión de que el término para presentar la acción de despido ineficaz resulta un inconveniente en la praxis, debido a que resulta insuficiente, pues para presentar dicha acción se tiene apenas 30 días, como lo menciona la Ley. De allí la necesidad de realizar reformas legales tendientes a establecer un tiempo mayor para la presentación de la acción, razón por la cual se propone en el presente trabajo aquellos cambios en la aplicación del despido ineficaz por así cumplir con el principio protector y de seguridad jurídica a las trabajadoras y trabajadores del país.

RECOMENDACIONES

En concordancia con las conclusiones ya mencionadas es necesario que se den ciertas recomendaciones, encaminadas a la socialización, respeto y garantías de los derechos de las personas involucradas.

PRIMERA: Es necesario de que exista una socialización a través del Consejo de la Judicatura, por medio de la Escuela Judicial, de la naturaleza del despido ineficaz, a más de que se realicen debates, acerca de su aplicación y de las falencias que encuentran los abogados y los jueces al momento de solicitar que se declare la ineficacia.

SEGUNDA: Por parte del Ministerio de Relaciones laborales debe de existir una socialización del tema a través de capacitaciones tanto a los empleadores como a los trabajadores, para de esta manera alcanzar la armonía entre las partes involucradas y no llegar a los procesos judiciales que resultan hasta desgastantes para las partes sea la demandada como la actora, en especial de las mujeres en estado de gestación.

TERCERA: La reforma del Código de Trabajo en lo referente a la figura del Despido Ineficaz para de esta manera garantizar los derechos Constitucionales y Convencionales en especial de las mujeres en estado de gestación.

BIBLIOGRAFÍA

- Academic. (20 de 01 de 2015). *Principio de Continuidad Laboral*. Recuperado el 08 de 04 de 2020, de <http://www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/958364->
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Buenaño Loja, R. I. (2016). *Práctica del Proceso Civil y Laboral del COGEP*. Babahoyo: Editorial Jurídica L y L.
- Cabanellas, G. (1968). *Compendio de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Libreros.
- Caurin, J. (2 de 12 de 2016). *El Despido Laboral: tipos, indemnización y procedimiento*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de [Emprendepyme.net: https://www.emprendepyme.net/recursos-humanos/despido](https://www.emprendepyme.net/recursos-humanos/despido)
- Chile, Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (01 de 2019). *Código del Trabajo*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516_recurso_2.pdf
- Conceptos de. (2018). *Concepto de Derecho Laboral*. Recuperado el 07 de 04 de 2020, de <https://concepto.de/derecho-laboral/>
- Definición ABC - Tu Diccionario hecho fácil. (2007). *Historia Derecho Laboral*. Recuperado el 07 de 04 de 2020, de <https://www.definicionabc.com/historia/derecho-laboral.php>
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional . (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2012). *Ley Orgánica de discapacidades*. Quito: Registro Oficial suplemento No. 796 del 25 de septiembre del 2012.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2015). *Ley Orgánica de la Justicia Laboral*. Quito: Registro Oficial 483 del 20 de Abril de 2015.
- Ecuador, Congreso Nacional. (2001). *Ley de Seguridad Social*. Quito: Registro Oficial No. 465 del 30 de noviembre de 2001.
- Ecuador, Congreso Nacional. (2005). *Código de Trabajo*. Quito: Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic-2005.
- Ecuador, Corte Nacional de Justicia. (23 de 09 de 2016). *Justificación del Proyecto de resolución del pleno de la corte nacional de justicia que permite declara de oficio la caducidad de las acciones por despido eficaz*. Recuperado el 10 de 04 de 2020, de <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2016a/16-05%20Caducidad%20de%20la%20accion%20de%20despido%20ineficaz.pdf>
- Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. (04 de 05 de 2016). *Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador felicitó a Ecuador por su compromiso con los derechos económicos, sociales y culturales*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <https://www.cancilleria.gob.ec/grupo-de-trabajo-del-protocolo-de-san-salvador-felicito-a->

ecuador-por-su-<https://www.cancilleria.gob.ec/grupo-de-trabajo-del-protocolo-de-san-salvador-felicito-a-ecuador-por-su-compromiso-con-los-derechos-economicos-sociales>

- Enciclopedia Jurídica. (2020). *El Despido*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/despido/despido.htm>
- Enciclopedia Jurídica. (2020). *Libertad Sindical*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de [http://www.encyclopedia-juridica.com/d/libertad-sindical/libertad-sindical.htm#:~:text=\(Derecho%20Laboral\)%20La%20libertad%20sindical,o%20en%20la%20empresa%20misma.](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/libertad-sindical/libertad-sindical.htm#:~:text=(Derecho%20Laboral)%20La%20libertad%20sindical,o%20en%20la%20empresa%20misma.)
- Gonzalez, E. (2017). *El método Científico*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <https://www.ucm.es/data/cont/docs/107-2017-02-08-El%20M%C3%A9todo%20Cient%C3%ADfico%20I.pdf>
- Gonzalez, F. (2015). El Despido: Ineficaz, Discriminatorio y la Carga de la Prueba. *Revista Novedades Jurídicas, Año XII, Numero 110,* 46-57.
- Grisolia, J. (1999). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Depalma. Recuperado el 08 de 04 de 2020, de http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/derecho_trabajo.pdf
- Guzman, R. A. (2001). *Nueva Didactica del Derecho del Trabajo*. Caracas: Tipografía Melvin.
- Mancilla Castro, R. G. (2015). *El principio de Progresividad en el Ordenamiento Constitucional Mexicano*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* No. 33: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6098/8039>
- Marín Boscan, F. J. (12 de 2015). *La estabilidad laboral: aspectos y procedimientos en la LOTTT*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127546588002>
- Montalvo Landin, A. (2016). *La Empresa y la Ley*. Guayaquil: Instituto de Formación, Capacitación, Prestación de Servicios e Investigación de la UCSG.
- Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. (16 de 12 de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Organización de Estados Americanos. (1988). *Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"*. Recuperado el 10 de 04 de 2020, de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/458/1/Protocolo%20adicional%20sobre%20Derechos%20Humanos%20Protocolo%20San%20Salvador.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf
- Organización de los Estados Americanos. (10 de 06 de 1993). *Carta de la organización de los Estados Americanos*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

- Organización Internacional del Trabajo. (4 de 06 de 1958). *C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)*. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111#:~:text=Todo%20Miembro%20para%20el%20cual,objeto%20de%20eliminar%20cualquier%20discriminaci%C3%B3n
- Organización Internacional del Trabajo. (2000). *Convenio C 183 - Convenio sobre la protección de la maternidad*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Organización Mundial del Trabajo. (3 de 06 de 1981). *C156 - Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)*. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156
- Pérez Porto, J., & Merino, M. (2009). *Definición de derecho laboral*. Recuperado el 9 de enero de 2020, de <https://definicion.de/derecho-laboral/>
- Perú, Congreso de la República. (25 de 11 de 2015). *Ley que protega a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-protege-a-la-madre-trabajadora-contr-el-despido-arb-ley-n-30367-1315977-1/>
- Pulla Buele, M. A. (2016). *El despido ineficaz en la Legislación Ecuatoriana*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Quezada Guzman, J. (2016). *El Despido Ineficaz en la legislación ecuatoriana*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <http://dSPACE.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/25059/1/tesis.pdf>
- Quiloango Farinango, Y. V. (2014). *La estabilidad laboral en el Ecuador, situación actual del trabajador en base a nuestra Constitución de la República y el Código del Trabajo vigente*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Rojas, A. (2003). *Fuero de Maternidad Garantía a la Estabilidad Laboral*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1539/Codigo%20Sustantivo%20del%20Trabajo%20Colombia.pdf>
- Romero, F. (17 de 10 de 2017). *La Crisis de los Principios del Derecho al Trabajo*. Recuperado el 08 de 04 de 2020, de https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/La_crisis_de_los_principios_del_derecho_del_trabajo.pdf
- Sandoval Castillo, M. M. (08 de 2013). *Análisis del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, desde una visión general*. Recuperado el 07 de 04 de 2020, de <http://repositorio.uca.edu.ni/1696/1/UCANI3543.PDF>
- Sentencia T - 426/1992, Expediente T- 824 (Colombia, Corte Constitucional 24 de junio de 1992).
- Sotomayor, M. (20 de 02 de 2016). *Despido intempestivo*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <http://amsotomayors.blogspot.com/2016/02/despido-intempestivo-concepto.html>

- Toyama Miyagusuku, J. (2018). *El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad*, 22. (i. s. veritas, Editor) Recuperado el 08 de 04 de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15997/16421>
- Trujillo V, J. C. (2008). *Derecho del Trabajo*. Quito: Pontificia Universidad Católica.
- Vázquez, L. D., & Serrano, S. (s.f.). *Los principios de universalidad, enterdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*. (B. J. UNAM, Editor) Recuperado el 09 de 04 de 2020, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>
- Vega, M. (2004). *Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina*. Recuperado el 09 de 04 de 2020, de http://oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_wp_22_sp.pdf
- Venezuela, Presidencia de la República. (2012). *Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras*. Caracas: Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012. Recuperado el 09 de 04 de 2020