



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

“EL DESPIDO INEFICAZ COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN A MUJERES
EMBARAZADAS Y MUJERES POR SU CONDICIÓN DE GESTACIÓN O
MATERNIDAD.”

TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

AUTOR:

MARÍA INÉS ORELLANA RAMÍREZ

DIRECTOR:

DR. ANTONIO MARTÍNEZ BORRERO

CUENCA, ECUADOR

2017

DEDICATORIA

Dedico este trabajo primero a Dios y a la Virgen por darme la oportunidad de llegar a este momento tan importante de mi realización profesional. A mi papá, con cuyo esfuerzo, sacrificio y dedicación, el día de hoy puedo cumplir uno de mis sueños, y a quien estaré eternamente agradecida. A mis hermanos, Roberto y Juan quienes además son mis compañeros y amigos. A mi mamá, que a pesar de estar distantes físicamente siempre ha estado en mi corazón y pensamientos. A mis abuelos, tíos y primos, amigas, y a, Juan Patricio, quien ha sido una de las mejores personas que he conocido y quien me ha apoyado el transcurso de estos cinco años.

AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera especial a mi profesor y director, Dr. Antonio Martínez Borrero, quien me brindó su tiempo, dedicación, y me ayudó a culminar una de las mejores etapas de mi vida, y convertirme en una profesional.

RESUMEN

El Despido Ineficaz fue incorporado a nuestra legislación en abril del año 2015. Esta nueva figura protege los derechos laborales de mujeres embarazadas, mujeres asociado a su condición de gestación o maternidad y a dirigentes sindicales, asegurando de esa manera su estabilidad laboral.

Tanto las mujeres embarazadas como las mujeres que se encuentran en periodo de maternidad, son un grupo de atención prioritario. Este proyecto tiene por objeto estudiar la protección que ha tenido el Despido Ineficaz con este grupo en relación con el principio de Inamovilidad Laboral y realizar un análisis de algunos de los derechos relacionados como lo son el derecho al trabajo, a la igualdad y no discriminación y a la libertad reproductiva, además, de analizar el trámite propuesto dentro de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.

Palabras Clave: Despido, Ineficaz, Embarazo, Inamovilidad, Estabilidad.

ABSTRACT

Ineffective Dismissal was incorporated into our legislation in April 2015. This new figure protects the labor rights of pregnant women, women associated with their gestation or maternity status, and union leaders; assuring in this way, their job stability. Both pregnant women, as well as women who are in the period of maternity leave are a priority attention group. The aim of this project was to study the Ineffective Dismissal protection in regard to the principle of Labor Immobility this group is entitled to. At the same time, it analyzed some of the related rights such as the right to work, to equality, to non-discrimination and to reproductive freedom. It also discussed the procedure proposed within the Organic Law for Labor Justice and Housework Recognition.

Keywords: dismissal, ineffective, pregnancy, immobility, stability.



Translated by
Lic. Lourdes Crespo



Magali Antequera
Dpto. JAY
Dpto. Tomas

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	i
ÍNDICE	ii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1.- El Despido Ineficaz	2
1.1.- Concepto de Despido Ineficaz.....	2
1.2. Casos en los que Opera el Despido Ineficaz	5
1.2.1. El Despido Ineficaz de Mujeres Embarazadas	8
1.2.2.- Despido Ineficaz a mujeres por su condición de gestación o maternidad... 13	
1.3.- Derechos que protege el Despido Ineficaz: Derecho al Trabajo, a la Igualdad y no Discriminación, Libertad de determinación de roles reproductivos.....	18
1.3.1. Derecho al Trabajo	18
1.3.2. Derecho a la Igualdad y No Discriminación.	23
1.3.3. Derecho a la Libertad Reproductiva.....	27
CAPITULO 2.-La Estabilidad Laboral y el Principio de Inamovilidad Laboral	31
2.1. La Estabilidad Reforzada.....	32
2.2. El Principio de Inamovilidad Laboral	33
2.2.1. Principio de Inamovilidad Laboral permanente	35
2.2.2. Causales y Trámite para terminar la relación laboral de un trabajador con Inamovilidad Laboral.	36
2.3. El Principio de Inamovilidad para Padres	38
2.4 Clases de Estabilidad: Estabilidad Absoluta	39

2.5 Clases de Estabilidad: Estabilidad Relativa.....	41
2.6.- El Despido Discriminatorio y el Despido Injustificado	43
2.6.1. El Despido Discriminatorio	43
2.6.2 Despido Injustificado.....	45
2.6.2.1 Análisis de la normativa correspondiente al trabajo de personas con discapacidad.....	47
 CAPITULO 3.- Trámite del Despido Ineficaz dentro de la Ley Orgánica de Justicia	
Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.....	51
3.1. La Acción de Despido Ineficaz: tiempo para presentar la demanda.	51
3.1.1. La Acción de Despido Ineficaz: tiempo para presentar la demanda.	51
3.1.2. La acción de Despido Ineficaz, ¿prescribe o caduca?	52
3.1.3. Citación al demandado y Medidas Cautelares.....	53
3.2.- La Contestación en el Despido Ineficaz, tiempo en el que debe realizarse, el anuncio de prueba. La Contestación como forma de ejercer el Derecho a la Defensa.	55
3.2.1. La Contestación en el Despido Ineficaz, tiempo en el que debe realizarse, el anuncio de prueba.	55
3.2.2. La Contestación como forma de ejercer el Derecho a la Defensa.	56
3.3.- La sentencia: Efectos de la Sentencia y Recursos que se pueden interponer. Indemnizaciones correspondientes.	58
3.3.1. La sentencia: efectos de la sentencia y recursos que se pueden interponer..	58
3.3.2. Indemnizaciones correspondientes.	60
3.4. Análisis de un caso	61
3.4.1. Análisis del número de causas que se han tramitado.....	61
3.4.2. Análisis de un caso concreto	66

CONCLUSIONES.....	78
RECOMENDACIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	83
ANEXOS.....	88

INTRODUCCIÓN

En abril de 2015, mediante la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se incorporó a nuestra legislación la figura del Despido Ineficaz. Las mujeres embarazadas, mujeres por su condición de gestación o maternidad y los dirigentes sindicales, son los trabajadores protegidos por esta figura. Siendo las dos primeras el objeto de nuestro estudio. Tanto las primeras como las segundas han sufrido discriminaciones, falta de oportunidades y más, por la condición en la que se encuentran, por lo que es de vital importancia realizar un análisis de la normativa y determinar si ha cumplido con su propósito.

Con el presente proyecto, analizaremos el concepto de despido ineficaz, los casos en los que opera, los derechos de las mujeres que se pretenden proteger, a más de estudiar el Principio de Inamovilidad Laboral, la estabilidad Laboral. Analizaremos las figuras de Despido Injustificado y Discriminatorio y los casos en lo que se pueden utilizar.

Se analizará también el trámite del Despido Ineficaz, los términos y plazos que este proceso prevé, y el número de acciones que se han presentado desde su puesta en vigencia hasta el mes de mayo de 2017 en la ciudad de Cuenca, datos que fueron entregados por el Consejo de la Judicatura del Azuay, para de esa manera poder demostrar si efectivamente el Despido Ineficaz ha cumplido o no con su finalidad.

CAPITULO 1.- El Despido Ineficaz

1.1.- Concepto de Despido Ineficaz

Desde tiempos inmemoriales, los trabajadores han sido objetos de una serie de abusos por parte de los empleadores, ya sea que la remuneración recibida era inferior al trabajo que realizaban, o la falta de higiene en sus lugares de trabajo, falta de oportunidad a personas de cierta edad, el trabajo a niños, sin que exista una diferenciación entre estos y adultos o entre hombres y mujeres. A más de que podía ser retirados de sus puestos de trabajo sin justa causa, sino simplemente por el arbitrio del empleador y sin recibir ninguna prestación por el daño que esto le causa a la persona despedida.

El trabajo dentro de una sociedad se encontraba dividido en dos, trabajo productivo y trabajo reproductivo, el primero lo llevaba a cabo los hombres y el segundo, las mujeres.

Sin embargo, con el paso del tiempo y con la mejor organización de trabajadores, éstos han logrado varias cosas, como la limitación en jornadas de trabajo, ya que como es de nuestro conocimiento los horarios (de trabajo), eran establecidos al arbitrio del empleador y consistían en incluso más de 12 horas continuas; además, de establecer días de descanso, y la inclusión del derecho a la estabilidad laboral para los trabajadores. (García A, 2012)

Ahora bien, es necesario que estudiemos en que consiste el despido, según el Dr. Guillermo Cabanellas (1981), es: “Privar de ocupación, empleo, actividad, o trabajo... se entiende estrictamente la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo por declaración de voluntad unilateral del patrono o empresario, que de tal modo extingue el vínculo jurídico que los une con el trabajador a su servicio.” (Cabanellas, 1981)

Es decir, el despido es la terminación de la relación laboral que existe entre empleador y trabajador, por parte del primero. Por lo que, es una decisión unilateral del empresario, como lo indica el autor antes citado. Esto implica que el trabajador de acuerdo a nuestra legislación actual vigente, debe recibir una indemnización que será en base al tiempo en el que se encontraba prestando sus servicios.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el despido es: “La decisión del empresario por la que le pone término a la relación laboral que lo unía a un empleado”. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua)

El Dr. Julio César Trujillo (1973), afirma que el Despido es cuando el patrono da por terminado el contrato de trabajo y separa al trabajador de su cargo, sin que para ello tenga causa legal en que apoyarse, o cuando existiendo causa legal no observa el procedimiento establecido en las mismas leyes para despedir al trabajador. (Tujillo, 1973)

Por lo que el Despido, es el acto, en que el empleador o patrono, da por terminada unilateralmente, la relación laboral que mantenía con un trabajador o trabajadora, debiendo cancelar al mismo, una indemnización, para reparar el daño causado al trabajador.

Entonces, completando el estudio del concepto, debemos estudiar la Ineficacia, según el Dr. Aníbal Pedrero (2013), es: “El acto que no surte sus efectos por su misma estructura, no hay objeto o no hay consentimiento, porque encuentra vicios en la estructura del acto que no permite que surta efectos. “ (Pedrero, 2013)

Sin embargo, para poder entender de una manera correcta lo que es la ineficacia, debemos analizar en que consiste la Eficacia de los actos jurídicos.

Debemos indicar explicando que un acto jurídico es: “ La manifestación de la voluntad exterior, que se puede presentar de una manera unilateral o bilateral, cuyo

objeto es, crear, transferir, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.”
(Tenorio G., 1998)

Por lo que, trasladando este concepto a nuestro tema en específico, nuestro acto jurídico es el Despido que se realiza por decisión unilateral el empleador con el fin de extinguir la relación laboral existente entre éste y el trabajador.

Es decir, esto cuando dicho acto es eficaz, es decir, la “aptitud de éste (acto jurídico) para producir los efectos pretendidos por el sujeto o los sujetos que lo realizan.” (Matías, 2012)

En tal virtud, debemos confirmar que la Ineficacia ocurre cuando un acto jurídico no cumple con alguno de los elementos necesarios para surtir los efectos buscados, es como lo indica el autor antes mencionado, la estructura misma del acto jurídico no le permite cumplir con su fin. Tal y como lo corrobora el Dr. Guillermo Cabanellas (1981), Ineficaz, es: “Falta de consecuencia, o efectos normales, inútil para el propósito o finalidad”. (Cabanellas, 1981)

De esa manera podemos deducir que el despido, es el acto jurídico por el cual el Empleador, patrono o empresario, de manera unilateral, da por terminado el vínculo laboral entre éste y el trabajador a su cargo, con el fin extinguir la relación que existe entre los dos; el mismo es Ineficaz, ya que por su propia naturaleza, no puede surtir los efectos legales queridos.

El Despido Ineficaz se lo debe 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... es aquel nulo.” (Montalvo Landín, 2016). El Despido Ineficaz, fue introducido en nuestra legislación en abril de 2015, mediante la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento de Trabajo en el Hogar.

El cual protege a mujeres en estado de embarazo, mujeres asociado a su condición de gestación o maternidad, y dirigentes sindicales. “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).

Tal y como se encuentra descrito en la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento de Trabajo en el Hogar, El Despido Ineficaz, busca la protección de mujeres embarazadas, mujeres asociado a su periodo de gestación o maternidad, así como también del trabajador miembro de una asociación sindical, mientras ejerza sus funciones hasta un año más. (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015, Art. 195. 1).

El Despido Ineficaz es aquel que a pesar de buscar la extinción de la relación laboral entre ciertos trabajadores y el empleador, no surte los efectos queridos por éste último, es decir, no se llega a cumplir con el despido. Esto siempre que estos trabajadores sean mujeres en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, y dirigentes sindicales.

1.2. Casos en los que Opera el Despido Ineficaz

El Despido Ineficaz, fue incorporado a nuestra legislación actual vigente en abril de 2015, mediante la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, y busca proteger a:

- Mujeres embarazadas
- Mujeres asociado a su condición de gestación o maternidad
- Dirigentes Sindicales

Las primeras dos son objeto de nuestro estudio. Ahora, es importante analizar el progreso que ha tenido la mujer en el paso de los años y a lo largo de la historia.

Desde los primeros años de la humanidad, las tareas tanto de hombres como de mujeres se concentraban en la protección de la comunidad, la caza por parte de los primeros, y las segundas se dedicaban a la recolección y el trabajo doméstico.

Las mujeres en un principio tenían varias tareas definitivas tales como la recolección de frutas, vegetales, semillas, la caza de animales pequeños, además de roles reproductivos y domésticos.

En el antiguo Egipto, las mujeres tenían cierta libertad más amplia, la Reina, es decir la esposa del Faraón, gozaba de varias facultades, como por ejemplo el de transitar libremente, podía determinar las personas de su corte y sus sirvientes, así mismo, las mujeres en general podía enajenar libremente sus bienes, además, de poder recibir herencias, lo que si bien es cierto no son grandes facultades que tenían, pero era un contraste muy grande con lo que ocurría en la antigua Grecia.

En Grecia, las mujeres eran considerados como seres inferiores al hombres, seres incompletos, por lo que, se pensaba que se debía guiarlas y encaminarlas.

En la Edad Media, el hombre era el centro de todo, era el único que podía conocer la verdad de Dios, la unión del poder, el conocimiento y la Iglesia, convirtió al hombre en un ser superior y a la mujer relegada a ser esposa y madre. (Aló.co, 2016)

Con el inicio de la Primera, así, como de la Segunda Guerra Mundial, el rol de la mujer, empezó a cambiar, ya que eran épocas de conflictos armados, los hombres debían ir a luchar, por lo que, las mujeres con la aprobación de sus padres o esposos, ocuparon puestos de trabajo que tradicionalmente eran para personas de sexo masculino. (Aló.co, 2016)

Con el paso de los años la vida laboral de las mujeres, han sufrido grandes dificultades para acceder a empleos dignos, ya que continua existiendo la diferenciación entre mujeres y hombres, en lo que respecta a oportunidades, trato y resultados dentro de sus puestos de trabajo. A más, que suelen ser las primeras en caer en situaciones de desempleo, y para no estar en dicha situación se ven obligadas a aceptar empleos de menor calidad. (Organización Internacional de Trabajo, 2016)

Es por esto, que las mujeres al estar en esta condición de desigualdad laboral frente a los hombres, han tenido que buscar otro tipo de trabajo, tal y como el trabajo a medio tiempo, o consentir en la decisión del empleador de no afiliarlas a un Seguro Social; y por lo mismo, obtienen menores ingresos y al momento de enfermedad no puedan gozar de los mismo privilegios que otros trabajadores.

De acuerdo a la Agencia de Estadísticas de la Unión Europea, nos indica que las mujeres europeas cobraban el 16.4% menos que el hombre trabajador, por la realización de las mismas tareas, este estudio realizado en el año 2013, además demostraba que 2 de cada 3 puestos de gerentes eran ocupados por trabajadores hombres, mientras que 2 de cada 3, personas dedicadas a tareas administrativas y de documentación de rutina, son realizados por mujeres. (Eurostat Newsrelease, 2015)

Con el estudio antes mencionado, se puede llegar a una conclusión, las mujeres, con el paso de los años, se han visto involucradas en el ámbito laboral, sin embargo, por el mismo trabajo, reciben una remuneración menor, y por lo mismo, no ocupan puestos de dirección, sino únicamente administrativos. Es necesario que los empleadores cambien su forma de ver a las mujeres y valoren de igual manera su trabajo como el de los hombres.

1.2.1. El Despido Ineficaz de Mujeres Embarazadas

Empezaré estableciendo un concepto de embarazo. El embarazo, o gravidez, es el periodo de tiempo desde la implantación del óvulo en el útero de la mujer hasta el parto, o el nacimiento del nuevo ser. En este periodo, la mujer presenta cambios fisiológicos, metabólicos y morfológicos que permiten que el feto se desarrolle de mejor manera y pueda nacer apto para su supervivencia. (Organización Mundial de la Salud, 2017)

El hecho del embarazo, no implica que una mujer debe dejar sus labores abandonadas, ni que necesariamente no puede trabajar, ya que en varias ocasiones se ha escuchado que mujeres han trabajado hasta días antes del parto. Siempre que haya existido los controles adecuados en la salud de la madre y del feto, y que el entorno laboral sea bueno, es decir, que no se encuentre en contacto con sustancias tóxicas que claro está pueda afectar el desarrollo del bebé o incluso provocarle un aborto; y que no consista en tareas que representen un esfuerzo excesivo para la mujer embarazada.

A más, que se indica que si el embarazo es saludable y el entorno de trabajo no tiene ningún inconveniente, es decir, no existe ningún riesgo al que se pueda ver expuesta la mujer embarazada, no hay razón para la que una persona embarazada no se mantenga en su lugar de trabajo.

Tal y como se encuentra plasmado en el Art. 120 de la Ley Orgánica de la Salud, en donde se establece que la Autoridad Sanitaria Nacional, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, vigilará y controlará las condiciones de trabajo, de manera que no resulten nocivas o

insalubres durante los periodos de embarazo y lactancia de las mujeres trabajadoras. (Ley Orgánica de la Salud, 2017)

El Estado Ecuatoriano, ha tomado medidas de protección a la mujer embarazada, las mismas que se encuentran plasmadas en varias normas, una de ellas, el artículo 35 de la actual Constitución, en donde se indica: “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... El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Lo que significa que las mujeres embarazadas, al encontrarse en este estado tan especial, van a ser protegidas por el Estado Ecuatoriano, en el gratuito y oportuno acceso a la salud, educación, vivienda y en su derecho constitucional al trabajo.

Por lo que resultaría ilógico que se obligue a una mujer embarazada a abandonar su puesto de trabajo, por su embarazo. Y esto es lo que nuestra Constitución ha buscado proteger, por lo que en el artículo 332, inciso 2, que 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.

En el artículo 43 del mismo cuerpo normativo, se establece los derechos al que gozan las mujeres embarazadas:

Art. 43.- El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad de los servicios de salud materna.

3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Además, en el artículo 363, se indica que el Estado Ecuatoriano es responsable de asegurar las acciones y servicios de salud sexual y salud reproductiva..., en especial durante el embarazo, parto y posparto.

Ahora bien, si analizamos los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, nos encontramos frente al Convenio sobre la Protección de la Maternidad, en donde se indica: “Los Estados ratificantes deberán adoptar medidas para garantizar la protección contra la discriminación basada en la maternidad. La norma también prohíbe que los empleadores despidan a una mujer durante el embarazo, o durante su ausencia por licencia de maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, con el nacimiento del hijo y con sus consecuencias o la lactancia.” (Organización Internacional del Trabajo, 2000)

Y no únicamente el Convenio sobre la Maternidad de la Organización Internacional de Trabajo, estableció normas acerca del despido a una mujer embarazada, sino también acerca de la salud tanto de la madre como del hijo y esto se puede evidenciar en el artículo 3: Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya

establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. (Organización Internacional del Trabajo, 2000)

El Código de Trabajo, claro está ha establecido normas que regulan la situación de la trabajadora embarazada, como por ejemplo el artículo 152, en donde se establece la licencia que tiene la madre por el nacimiento de su hijo:

Art. 152.- Licencia de la madre por nacimiento de un hijo.- 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 IESS, 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.

Además del artículo 153, en donde se establece que no puede dar por terminado la relación laboral por el embarazo de la trabajadora:

Art. 153.- Protección a la mujer embarazada.- No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del periodo de doce semanas que fija el artículo anterior.

Durante este lapso la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo el caso de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amaros previstos en este Código. (Código de Trabajo, 2017)

La Ley Orgánica del Servicio Público, establece: Artículo 27.- Licencias con remuneración.- Toda servidora o servidor público tendrá derecho a gozar de licencia con remuneración en los siguientes casos: c) Por maternidad, toda servidora pública

tiene derecho a una licencia con remuneración de doce semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimiento múltiple el plazo se extenderá por diez días adicionales. La ausencia se justificará mediante la presentación del certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, a falta de éste, por otro profesional de los centros de salud pública, en dicho certificado se hará constar la fecha probable del parto o en la que tal hecho se produjo. (Ley Orgánica de Servicio Público , 2016)

Esto en concordancia con el artículo 35 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 35.- Licencia por maternidad y paternidad.- La servidora podrá hacer uso del derecho a la licencia por maternidad desde dos semanas anteriores al parto, las que se imputará a las 12 semanas establecidas en la letra c) del artículo 27 de la LOSEP, que podrán ser acumulables.

La licencia se justificará con la presentación del respectivo informe médico, y en caso de acumularse a más tardar dentro del término de tres días hábiles de haberse producido el parto mediante la presentación del certificado de nacido vivo otorgado por la autoridad competente; y, a falta de este, por otro profesional de la salud. De producirse el fallecimiento de la o el niño, dentro del período de la licencia por maternidad concedida, la servidora continuará haciendo uso de esta licencia por el tiempo que le reste a excepción del tiempo por lactancia.

La mujer embarazada, se encuentra protegida en base a Convenios Internacionales, los cuales, como es nuestro conocimiento, al momento de ratificarse forman parte de nuestra normativa vigente. A más, que nuestra Constitución establece expresamente que se encuentra prohibido el despido a una mujer embarazada. Y lo cual se encuentra corroborado también el Código de Trabajo, y de esa manera se establece un gran ámbito de protección constitucional y legal.

Debemos hacer hincapié en que mujeres embarazadas, suelen esconder su condición por el miedo a perder su trabajo, ya que como es de nuestro conocimiento, esto implica para el Empleador un gasto más, por los costos que implican los permisos, y en caso de requerirlo un reemplazo hasta que pueda reintegrarse a sus funciones.

Esto ha provocado que los Empleadores no contraten a mujeres jóvenes, en otras palabras en mujeres que pueden embarazarse en cualquier momento, o que extracontractualmente se le indique a la trabajadora que al menos el primer o los dos primeros años no puede encontrarse en este estado. O por el contrario se prefiera a hombres, y a mujeres que ya han pasado su etapa fértil.

1.2.2.- Despido Ineficaz a mujeres por su condición de gestación o maternidad.

Al analizar la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, indica que protege a mujeres embarazadas o asociado a su condición de “maternidad o gestación”. Como ya conocemos la palabra gestación es sinónimo de embarazo, por lo que realizaremos un análisis y estudio del periodo de maternidad.

El periodo de maternidad se entiende en nuestra legislación que es la llamada Lactancia. Dentro de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y de Reconocimiento de Trabajo en el Hogar, no establece la duración de este periodo, por lo que el Dr. Fernando González (2015), indica que en virtud de que ley no establece expresamente la duración del periodo de maternidad o gestación, se hace una referencia con el periodo de maternidad, el cual tiene una duración de doce meses. (González, 2015)

En una entrevista al Asambleísta Ramiro Terán del Movimiento Popular Democrático, el 12 de septiembre de 2012, miembro de la Comisión de lo

Económico, indicaba que el objetivo de ampliar el periodo de lactancia responde a la necesidad de que la madre esté más cerca del niño. (El Comercio, 2012)

Este es un tiempo, que se caracteriza por la necesidad que tiene el niño de estar cerca y en contacto de su madre, por su alimentación con leche materna.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, la lactancia materna es “una forma ideal de aportar a los niños pequeños los nutrientes que necesitan para un crecimiento y desarrollo saludables.” (Organización Mundial de la Salud, 2017)

Esto en concordancia con lo indicado por UNICEF, ya que se indica que el cerebro de una persona se desarrolla casi en su totalidad en los primeros dos años de vida. Por lo que, se considera que es de vital importancia que la madre brinde esta leche a su hijo, por los nutrientes que esto le proporciona, y así se evita que el niño contraiga enfermedades e infecciones. Y en consecuencia genera una ventaja tanto para la madre trabajadora, su familia, el empleador y para el Estado.

Si el niño o niña se enferma, la mujer trabajadora debe acudir donde un médico especialista, lo que acarrea permisos en su lugar de trabajo, y en términos generales una pérdida económica para el empleador, además de en caso de asistir a hospitales estatales, esto implicaría gasto del Estado, en medicinas, honorarios de médicos, gastos de hospitalización y más.

Por lo que, según UNICEF, la lactancia contribuye:

- Menos niños que se enferman y mueran y haya menos gastos hospitalarios
- Utilizar recursos renovables, y este uno muy valioso
- Implica que el país, tenga niños sanos, inteligentes, seguros de sí mismos, para que de esa manera haya más productividad y empleo. (United Nations International Children's Emergency Fund, UNICEF)

Conforme, la Ley de Fomento, Apoyo y Protección a la Lactancia Materna, en el artículo 1, establece que: “La lactancia materna es un derecho natural del niño y constituye el medio más idóneo para asegurarle una adecuada nutrición y favorecer su normal crecimiento y desarrollo.” (Ley de Fomento, Apoyo y Protección a la Lactancia Materna , 1995)

A más, de eso, que en el artículo 4, la lactancia es un recurso natural, que debe proveerse hasta que el niño cumpla dos años de edad.

Por lo que, el periodo de lactancia es esencial, ya que en primer lugar crea un vínculo entre la madre y el niño o niña, además que lo cuida y previene de enfermedades e infecciones, y por lo mismo, si el nuevo ser se encuentra en buen estado la madre puede realizar sus laborales sin ningún problema o interrupción, lo que generaría que trabaje de mejor manera y sea más eficiente.

Es por esto que se ha buscado la protección de la madre trabajadora que se encuentra en periodo de maternidad, tal y como establece el artículo 154 del Código de Trabajo: “en caso de que una mujer permanezca ausente de su trabajo hasta por un año a consecuencia de enfermedad que según el certificado médico, se originó en el embarazo o en el parto, y la incapacite para trabajar, no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por esta causa. No se pagará la remuneración por el tiempo que exceda las doce semanas fijadas en el artículo precedente, sin perjuicio de que por contratos colectivos de trabajo se señale un periodo mayor.” (Código de Trabajo, 2017)

Además, que conforme el artículo 155, “el empleador con cincuenta trabajadores o más, debe establecer anexo o próximo a la empresa, o centro de trabajo, un servicio de guardería infantil para la atención de los hijos de éstos,

suministrando gratuitamente atención, alimentación, local e implementos para este servicio.” (Código de Trabajo, 2017)

Aunque esto es muy difícil que se cumpla en la realidad, ya que esto implica para el empleador gastos adicionales, que no se van a querer cumplir, por lo que no llegan al número de trabajadores necesarios para esto.

Este mismo artículo 155 inciso 3, establece que: “Durante los doce meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria. Corresponde a la Dirección Regional del Trabajo, vigilar el cumplimiento de estas obligaciones y sancionar a las empresas que las incumplan.” (Código de Trabajo, 2017)

Por lo que, una mujer trabajadora, desde que se produjo el alumbramiento del niño o niña, se le concede doce meses para que se cumpla el periodo de lactancia, el cual consiste en un permiso de dos horas diarias para que la misma cumpla con su labor materna.

Ahora bien, si analizamos la Ley Orgánica de Servicio Público, nos podemos encontrar con varios puntos de interés en lo que se refiere al periodo de maternidad o lactancia del que son beneficiarias las servidoras:

- Las servidoras públicas tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad, art. 33 inciso 3

Esta situación es además prevista en el Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, artículo 61:

Art. 61.- Permiso para el cuidado del recién nacido.- La Autoridad nominadora concederá permiso con remuneración a las servidoras para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias durante doce meses efectivos contados a partir de

la terminación de la licencia por maternidad. El lapso en el cual se otorguen dichos permisos se concederá de forma continua para garantizar un horario adecuado de atención al ciudadano y será establecido por la servidora sin que pueda fraccionar autorización.

Si realizamos una comparación entre la situación de las mujeres trabajadoras en el ámbito privado y público, luego del análisis de la normativa que hemos realizado, nos podemos dar cuenta de varios puntos:

1. Coincide que el permiso que tienen las mujeres en los dos ámbitos son de dos horas diarias para la lactancia materna
2. En el ámbito privado y en el público, la mujer tiene una licencia por maternidad de doce semanas. Sin embargo, el inicio del periodo de lactancia es distinto en cada ámbito. En el primero, el periodo de lactancia empieza una vez producido el parto, y desde ahí se cuentan doce meses.
3. En el ámbito público, una vez que se haya terminado la licencia por maternidad, es decir, las doce semanas, inicia el periodo de lactancia.

Por lo que, a pesar, que en el sector privado se ha incrementado el tiempo de lactancia que antes únicamente gozaban de nueve meses desde producido el parto, y ahora gozan de doce meses desde aquel hecho, es imprescindible no analizar y criticar la razón de que en el sector público se goce de un mayor tiempo.

Ahora bien, se debe analizar la razón por la que el legislador, incluyo a las mujeres en periodo de maternidad o gestación, dentro de los sujetos protegidos por la figura del Despido Ineficaz.

Como es de nuestro conocimiento y en concordancia con lo afirmado por el Dr. Fernando González, antes de las reformas a nuestro Código de Trabajo, no se podía despedir a una mujer embarazada, y esto concluía en el momento del parto, por

lo que en términos generales una vez que se haya efectuada el parto, el Empleador podía dar por terminado el vínculo laboral que mantenía con la mujer trabajadora. (González, 2015)

1.3.- Derechos que protege el Despido Ineficaz: Derecho al Trabajo, a la Igualdad y no Discriminación, Libertad de determinación de roles reproductivos.

El Despido Ineficaz, busca la protección de varios tipos de trabajadores, que considera que pueden ser vulnerados por el estado o la calidad en el que se encuentran, tal como las mujeres embarazadas, mujeres por su condición de maternidad o gestación y los dirigentes sindicales.

Ahora bien, es necesario analizar algunos de los derechos que protege el Despido Ineficaz, realizaremos un análisis del Derecho al Trabajo, Derecho a la Igualdad y no Discriminación y Derecho a la Libertad Reproductiva.

1.3.1. Derecho al Trabajo

Debemos analizar el origen del Derecho al Trabajo, para esto existen dos grandes hechos que se dieron a lo largo de la historia, la Revolución Francesa y la Revolución Industrial, en donde los trabajadores empiezan a especializarse más, por ejemplo la colocación de los productos en el mercado, producción de las materias primas o producción de artículos elaborados con estas materias primas.

Con esto, la forma en que se organizaba el trabajo cambia y el trabajador pierde el control que tenía en el taller artesanal, para pasar a ser parte de una producción masiva y encadenada. (Boza Pró, 2014)

Además, que se da un fortalecimiento del Derecho Laboral o Derecho del Trabajo, ya que se desvincula del Derecho Civil, con regulaciones según las necesidades de los trabajadores y con principios propios.

El Derecho del Trabajo, nace con la necesidad de apaciguar o disminuir las diferencias o abusos que existían entre empleadores y trabajadores, por lo que se busca es proteger a la parte más débil de la relación que en este caso serían los trabajadores, claro está, que esta protección no es como la conocemos actualmente, pero la misma ha ido evolucionando con el paso de los años.

Durante los siglos XVIII y XIX, se dio, lo que se conoce como el Liberalismo, en donde Adam Smith hablaba sobre que el mercado debía regularse por sí mismo, y consideraba que no únicamente la riqueza se encontraba en los metales preciosos, sino en la producción de bienes. De esa manera se alcanzaba un bienestar económico de todos los miembros de la sociedad y se elevaba el nivel de vida de todos. (Vásquez, 2006)

Esto produjo que por una parte se busque como manera indiscutible, la acumulación de piedras preciosas, y por otra parte, y la más importante, la producción de bienes. Para lo cual, era necesaria, la mano de obra.

Sin embargo, esto no se produjo de esa manera, la producción de bienes, significó también puestos de trabajo, pero también, por el nulo control de cualquier entidad implicó, bajos salarios, largas y agotadoras jornadas de trabajo, precarias condiciones de seguridad e higiene, alta mortalidad de la mano de obra en particular de niños y mujeres. (Boza Pró, 2014)

Tal y como lo manifestó Malthus, el cual plantea: “mientras la población crece a un ritmo geométrico, producción de bienes lo hace un ritmo matemático.”, lo

que produce un problema de desabastecimiento en el momento de consumo. (Vásquez, 2006)

Este criterio nos hace pensar que en hasta cierto punto eran justificadas las largas jornadas de trabajo, en virtud de que, se debía producir el doble para que existan los bienes suficientes para toda la población y de esa manera se incremente el nivel de vida.

Todos estos abusos que se dieron por parte de los empleadores a los trabajadores, hizo que el Estado intervenga y busque regular, las relaciones entre ambas partes, y se dejen a un lado aspectos como el trabajo de niños, la duración de las jornadas laborales y las remuneraciones.

El Dr. Julio César Trujillo (1973), conceptualiza al Derecho al Trabajo, estableciéndolo como “la facultad de los hombres para exigir que se ofrezca una oportunidad para trabajar a los que quieren y pueden hacerlo” (Trujillo, 1973)

Ahora bien, debemos entender el Derecho al Trabajo como una “forma de realización del ser humano...busca proteger la dignidad y la libertad del ciudadano.” Por lo que, “el Estado entonces a través de la ley y de la Constitución, establecerá un conjunto de disposiciones imperativas, indisponibles e irrenunciables para garantizar una vida digna con motivo del trabajo, disposiciones que son mínimas, siempre superables y mejorables por convenio entre patrono y trabajador.” (Cantillano, 2011)

El mismo autor, cita un fragmento de la Sala Constitucional de Costa Rica: El derecho al trabajo es considerado un derecho fundamental del hombre, cuyo ejercicio le permite lograr una existencia digna y cuyo cumplimiento debe el estado vigilar, proteger, fomentar e implementar por los medios correspondientes, cerciorándose que en todos los organismos oficiales o privados, no se apliquen políticas de empleo discriminatorias a la hora de contratar, formar, ascender o conservar a una persona en

el empleo, puesto todo trabajador tiene el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones o cargos públicos si cumple con los requisitos razonables impuestos por ley. (Cantillano, 2011)

El trabajo es un derecho fundamental y un bien para el hombre, tanto para su realización personal, como para cubrir las necesidades de su familia. Es necesario entender que este derecho que tenemos todas las personas, nos permite superarnos y alcanzar la vida plena. Es necesario que el trabajo no atente en contra de la dignidad humana y que sea accesible para todos los individuos dentro de una sociedad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 23, indica lo siguiente:

(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.

(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. (Organización de las Naciones Unidas, 1948)

Nuestra actual Constitución, conforme el artículo 33:

Art.33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Además, en el siguiente artículo 34, reconoce a la seguridad social como un derecho irrenunciable de todas las personas, el cual se rige por los principios de

solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Ahora bien, analizando la normativa del Código de Trabajo, indica que el artículo 2 que el trabajo es un derecho y un deber social, a más que en siguiente artículo 3, establece que el trabajador es libre para dedicar su esfuerzo a la labor lícita que a bien tenga, y que nadie puede ser obligado a realizar trabajos gratuitos, salvo excepciones como de urgencia extraordinaria o de inmediato auxilio. (Código de Trabajo, 2017)

Como bien se ha podido analizar de los artículos descritos tanto en nuestra Constitución como en el Código de Trabajo, se establece que el trabajo es un derecho y un deber.

El Dr. Julio César Trujillo (1973), nos indica que a pesar de que el trabajo es un deber, es decir, que todos debemos cumplir, ya que es un obligación, no existe una oposición, sino que más bien, hay una complementariedad, entre la libertad de trabajo y la obligatoriedad del mismo.

Ya que, como el mismo autor establece, que el hombre debe procurarse medios de subsistencia y perfeccionamiento con su propio trabajo, y con el que debe contribuir al bien general de la sociedad, no es menos cierto que ha de hacerlo en la ocupación que libremente escoja de acuerdo con sus disposiciones y en las condiciones que le garanticen mayor rendimiento y provecho para sí y para la sociedad. Por lo que, el derecho al trabajo nace, por la unión entre la libertad de trabajo, más la obligatoriedad del trabajo. (Tujillo, 1973)

El Derecho al Trabajo, es una facultad que tenemos todos los seres humanos, el cual nos brinda una vida más digna, y fomenta el desarrollo de un país. Si una

persona tiene un empleo, puede mantener una vida sin la necesidad del apoyo del Estado, además, que mantiene a su familia, y consume en bienes y servicios, esto último, permite que hayan más puestos de trabajo para su producción, se contribuye más en impuestos, etc.

Sin embargo, también debemos entender al Derecho al Trabajo como la libertad de cada ser humano, a escoger libremente su ocupación, sería inadmisibles que el Estado, obligue a una persona o un grupo de personas a laborar en determinado sector, claro está salvo casos de urgencia por ejemplo desastres naturales.

Como ya lo dijimos, el Derecho al Trabajo, es facultad de todos los seres humanos, incluidas también las mujeres, y en nuestro caso específico, las mujeres embarazadas y en estado de maternidad o gestación, por lo que no es posible que, se niegue el empleo a una mujer por encontrarse en estas circunstancias.

1.3.2. Derecho a la Igualdad y No Discriminación.

“Ausencia de privilegio, favor o preferencia” Es así como el Dr. Guillermo Cabanellas, conceptualiza a la igualdad. Además, que establece algunas clases de igualdad, como ante la ley, e igualdad entre trabajadores, en lo que se refiere a trato y a la remuneración. Y así mismo, derecho constituye “una facultad, poder y potestad individual de hacer, elegir, permitir o prohibir a los demás algo”. (Cabanellas, Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual, 1981)

Por lo que el Derecho a la Igualdad, es una facultad inherente al ser humano, la cual tenemos todos para que ningún individuo, en estricto sentido, goce de un

privilegio o una preferencia, esto en todo ámbito de la vida de una persona, ante la ley y en ejercicio de sus derechos humanos y constitucionales.

La Discriminación por otro lado, es el trato de inferioridad, exclusión, o estigmatización dado a una persona o grupo de personas por motivos raciales, sexuales, étnicos, religiosos, políticos, ideológicos, lingüísticos, de ubicación geográfica, filiación, discapacidad, entre otros. Y que le privan a una persona de gozar activa o pasivamente de los mismos derechos que disfrutaban otras. (Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 2009)

Es por esto que los conceptos de Igualdad y No Discriminación, se encuentran tan enlazadas entre sí, ambas buscan, que no exista ningún tipo de preferencia o privilegio a favor de ninguna persona, y que a otra se le menoscabe sus derechos.

Ahora bien, en estricto sentido esto es fácil de entender, pero en la práctica diaria, nos hemos visto frente a situaciones complicadas, en que la norma abstracta no es suficiente, sino que se ha tratado de modo desigual las situaciones de hecho diferentes. Por lo que, el Estado da vida a desigualdades normativas, para alcanzar una igualdad de hecho, es decir, regular situaciones que sean desiguales por su naturaleza, cuando el fin sea el restablecimiento de la igualdad real. (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos , 2010)

El libro Interpretación de los Principios de Igualdad y No Discriminación para los Derechos Humanos de las Mujeres en los Instrumentos del Sistema Interamericano, indica que el término discriminar puede revestir distintas formas como los son la: “distinción, exclusión, o restricción”. (Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 2009). Por la que sería discriminatorio, cualquier acto en contra de la salud y de la libertad reproductiva de las mujeres.

Este mismo texto, establece ciertos actos como discriminatorios:

- El que tenga por objeto o por resultado la violación de los derechos humanos de las mujeres.
- En cualquiera de sus grados, es decir total cuando se anula el derecho o parcial, cuando se menoscabe el ejercicio del derecho.
- En cualquier etapa de la existencia del derecho, sea en el reconocimiento, goce o ejercicio
- Cualquier acto discriminatorio que tenga que ver con el estado civil de la mujer.

Sin embargo, a pesar de estar prohibida toda distinción, exclusión o restricción, se han aceptado ciertas medidas de acción afirmativas, con lo cual se busca hacer una integración social de todas las personas discriminadas a lo largo de la historia, como son las mujeres, indígenas, discapacitados, entre otros. Siempre que estas medidas sean temporales, es decir, hasta que se haya logrado el fin para el cual fueron creadas.

Nuestra Constitución en el artículo 11 dispone:

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 socioeconómica, 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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

A más de lo anterior, nuestra Constitución en el artículo 66.4, reconoce y garantiza a todas las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Debemos realizar una conceptualización de igualdad formal e igualdad material. La primera, se refiere o es la mejor conocida como igualdad ante la ley, es aquel presupuesto que debe dar un igual trato y oportunidades a todas las personas; la segunda, es decir, la igualdad material, es aquella en donde se toma en cuenta a la posición real y social de las personas, y la cual tiende a una equiparación real y efectiva. Por lo que, el Estado debe hacer regulaciones que pueden verse como desiguales, para de esa manera elevar la posición de los colectivos que se encuentran en inferioridad social. (Carmona, 2005)

Robert Alexy indica que a la igualdad se la debe entender como igualdad de iure e igualdad de hecho. Estableciendo que la igualdad de iure no representaría un problema al considerarla como un derecho fundamental, sin embargo, esto no sucede con la igualdad de hecho, ya que supondría “reconocer un derecho subjetivo fundamental a recibir un trato jurídico desigual para conseguir igualdad real..., en condiciones reales de existencia”. (Carmona, 2005)

Además, se indica que la igualdad de hecho puede ser tomando de dos tipos:

- Como razón para la permisión o justificación de un tratamiento desigual, en por ejemplo la creación de normas o leyes.
- Constituir razón suficiente para la imposición de un tratamiento desigual.

(Carmona, 2005)

Por lo que, el Estado Ecuatoriano, reconoce que la igualdad formal e igualdad material, para llegar a que todos los ciudadanos, tengan las mismas oportunidades y puedan gozar de los derechos que les corresponden amplia y libremente, y de esa manera no se menoscaben o anulen estos últimos.

1.3.3. Derecho a la Libertad Reproductiva

Debemos indicar que los derechos reproductivos, son un grupo de derechos, y no uno sólo como el derecho al Trabajo o el derecho a la igualdad y no discriminación o cualquier otro. Los derechos reproductivos, son un conjunto de derechos humanos, que tiene como fin que un individuo tenga la libertad de decidir sobre ciertos aspectos de su vida, en este caso sería cuándo y cuántos hijos tener. (Facio, 2005)

Los derechos reproductivos tienen que ver con los aspectos más sensibles que puede tener una persona, es decir, su vida, dignidad, libertad de decisión, entre otras. “Estos derechos incluyen a una reproducción libre de discriminación, coerción y violencia”. (Facio, 2005)

En un artículo publicado por Amnistía Internacional en el año 2012, se establece que los derechos reproductivos y los derechos sexuales son derechos humanos, y se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos. A más, de poder tener acceso a información y tener acceso al derecho a la salud sexual y reproductiva, y el derecho a la no discriminación ni violencia por decisiones reproductivas. (Amnistía Internacional, 2012)

Por lo que, podemos establecer que:

- Los derechos reproductivos son un conjunto de derechos humanos.
- Se basa en el reconocimiento de libertad de decisión sin que medie fuerza o coacción alguna
- Consiste en cuándo y cuántos hijos tener, sino también el poder disponer de salud y educación.

Son considerados derechos reproductivos los siguientes:

1. Derecho a la vida
2. Derecho a la Salud
3. Derecho a la libertad, seguridad, e integridad personal
4. Derecho a decidir el número e intervalo de los hijos
5. Derecho a la Intimidad
6. Derecho al matrimonio y a fundar una familia
7. Derecho al empleo, a la seguridad social, y a la igualdad y no discriminación en razón de sus roles reproductivos.
8. Derecho a la educación, al acceso a una información adecuada para toma decisiones libres e informadas acerca de su sexualidad.
9. Derecho a modificar las costumbres discriminatorias a las mujeres. (Facio, 2005).

Si analizamos cada uno de ellos, podemos llegar a la conclusión, que efectivamente, los derechos reproductivos, no se los puede tomar como algo unitario, sino más bien es una suma de varios ingredientes (derechos), y que el producto de esto, son los derechos antes mencionados. Es clara la relación que existe entre el derecho a la vida, a la salud, educación, libertad decisoria ya sea de cuándo y cuántos hijos tener y otros, para poder determinar y establecer un concepto completo de los derechos reproductivos y la gran importancia que tiene en nuestra vida diaria.

El mencionado artículo de Amnistía Internacional, establece ciertas medidas, para buscar el pleno reconocimiento y la libre aplicación de los derechos reproductivos, se recomiendan los siguientes:

- Tomar medidas legales, normativas y de otros tipos para garantizar que las mujeres y las niñas, estén capacitadas para tomar decisiones libres e informadas sobre su sexualidad y su vida reproductiva.
- Aplicar programas con que garantizar que todas las personas, en particular las mujeres y niñas, conozcan su cuerpo, y puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, especialmente mediante educación sexual, exhaustiva.
- Revisar y reformar leyes, políticas y directrices que impongan sanciones punitivas por el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.
- Aplicar una estrategia de ámbito nacional y duración definida para garantizar el acceso universal servicios de calidad exhaustivos e integrados y a orientación e información en materia de salud sexual y reproductiva a las mujeres y las adolescentes en toda su diversidad, respetando sus derechos humanos y haciendo hincapié en la equidad.
- Garantizar que todos los organismos de gobierno, la cámara legislativa, y el poder judicial conocen y contraen el compromiso institucional de cumplir las normas internacionales de derechos humanos sobre los derechos sexuales y reproductivos, incluso impartiendo a los miembros de los organismos antes mencionados formación sobre los derechos sexuales y reproductivos. (Amnistía Internacional, 2012)

Nuestra actual Constitución, dispone lo siguiente:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En virtud de lo expuesto, podemos llegar a la conclusión de que los derechos reproductivos son derechos humanos. Los derechos reproductivos, deben ser asegurados por todo y cada uno de nosotros y más aún garantizados por la Autoridad competente. Es necesario que como individuos, reconozcamos la libertad que tienen las mujeres y las parejas para poder determinar libremente sobre sus cuerpos, claro está, siempre y cuando, no vulneren el derechos de terceros.

Es necesario que dejemos de ver a la sexualidad como algo prohibido, sino que debemos empezar a educarnos y a educar a las futuras generaciones, para que dentro de 30 años más, ya no tengamos que escuchar casos en que una mujer no puede utilizar métodos anticonceptivos porque su pareja así lo prefiera, ni tampoco, defender o analizar casos en que una mujer es despedida por encontrarse embarazada.

CAPITULO 2.-La Estabilidad Laboral y el Principio de Inamovilidad Laboral

La Estabilidad Laboral es un tema muy comentado, ya que, por una parte tenemos a los trabajadores, los cuales buscan tener una protección amplia y leyes estrictas, para que de ese modo se garantice su permanencia en su puesto trabajo; y por otra, los empleadores, los mismos que prefieren leyes flexibles en donde prevalezca la libertad para contratar y despedir a sus dependientes en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia.

La estabilidad en el Derecho Laboral, “consiste en un derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas.” (Cabanellas, Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual, 1981)

La estabilidad laboral brinda al trabajador seguridad, esto tiene varias consecuencias, algunas positivas y otras negativas, podemos empezar con las primeras. Una persona con un puesto de trabajo fijo tiene además seguridad económica, incrementa su capacidad adquisitiva, puede adquirir préstamos y así conseguir una mejor calidad de vida. Por otro lado, el trabajador puede llegar a pensar que es indispensable y puede fomentar una cultura estacionaria, lo que ocasionaría perjuicios para el empleador.

En nuestro país, existía una diferenciación entre los trabajadores del sector público y del sector privado, los primeros con estabilidad absoluta y los segundos con estabilidad relativa. En el sector público hubo un gran cambio con la introducción de la Compra de Renuncias dentro de nuestro ordenamiento mediante el Decreto No. 813 en julio de 2011, en donde cambio de estabilidad absoluta a estabilidad relativa.

“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.” (Marín, 2015)

Por lo que, si definimos lo que es el contrato de trabajo, podríamos decir que es el acuerdo entre empleador y trabajador, para que éste último preste sus servicios lícitos y personas, se encuentre bajo su dependencia y a cambio reciba una remuneración justa. De acuerdo al concepto antes mencionado se debe incluir a este concepto la estabilidad, para asegurar la permanencia en su trabajo.

2.1. La Estabilidad Reforzada

La Corte Constitucional de Colombia, tiene dentro de su ordenamiento la figura de la Estabilidad Reforzada, a pesar de que no exista una norma en donde se encuentre establecida, se encuentra presente en las sentencias de la Corte Constitucional de dicho país.

Tiene como finalidad “la permanencia en el puesto de trabajo y en la recepción de la remuneración, y busca lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional al trabajo, a todo trabajador que presente una vulnerabilidad manifiesta.” (Sindicato de Industria de los Trabajadores Profesionales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, 2015)

Los trabajadores a continuación son aquellos que se encuentran protegidos por la Estabilidad Reforzada:

- Todos los trabajadores en general, para no ser despedidos, sin justa causa, salvo el pago de indemnizaciones de la normal laboral, que no obstante no cubre otros daños que pudiese ocasionar el despido.

- Trabajadores en vulnerabilidad manifiesta: Condición de Discapacidad, Limitaciones físicas o psicológicas, mujeres en estado de embarazo, madres cabeza del hogar, con fuero sindical. (Sindicato de Industria de los Trabajadores Profesionales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, 2015)

La figura de Estabilidad Reforzada, de igual manera se encuentra dentro de la legislación colombiana, pero de manera excepcional, la Corte Constitucional dicho país, ha previsto una especial protección a un grupo de personas, a las cuales el despido, afecta de gran manera sus derechos fundamentales, y que no se puede resarcir mediante el pago de una indemnización, estos trabajadores. (Corte Constitucional de Colombia, 2010)

La Estabilidad Reforzada es aquella figura excepcional que protege a un grupo de trabajadores garantizando su derecho constitucional al trabajo, cuando el pago de una indemnización resultare insuficiente para poder remediar el daño que puede causar el despido a cualquiera de los beneficiados.

2.2. El Principio de Inamovilidad Laboral

El Despido Ineficaz, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, “busca hacer efectivo el principio de inamovilidad laboral”. (González, 2015). Por lo cual, debemos realizar un análisis de lo que consiste dicho principio.

Se señala que la inamovilidad es “un derecho consagrado a favor de determinados trabajadores, mediante al cual al patrono le está prohibido no solo despedirlos sino que tampoco puede trasladarlos o desmejorarlos, salvo aquellos casos en los cuales exista justa causa para ello, lo cual debe ser calificado previamente por la autoridad competente.” (Pico Pico, 2006)

Este último, afirma además, que el Principio de Inamovilidad Laboral, protege a un cierto grupo de trabajadores y no a la universalidad de éstos.

“La Inamovilidad laboral no es más que, el mecanismo de protección que usa el Estado contra el hecho de ser despedido sin justa causa, es decir, que el derecho estabilidad absoluta en el trabajo está protegido con la investidura de la Inamovilidad laboral, pero también está limitado al hecho de que el trabajador no incurra en alguna causal de despido”. (Órgano Informativo del Pueblo Trabajador , 2011)

Tal y como se encuentra plasmado en el cuerpo legal correspondiente el Despido Ineficaz, busca hacer efectivo el Principio de Inamovilidad Laboral, es decir, busca la protección de cierto grupo de trabajadores, para que puedan conservar su puesto de trabajo de manera indefinida, sin que exista un desmejoramiento, ni un cambio, peor aún un despido sin un justa causa, aprobado por la autoridad competente, que en nuestro caso sería el Inspector de Trabajo.

El Dr. Guillermo Cabanellas, sostiene que el Principio de Inamovilidad Laboral, es “el derecho de ciertos funcionarios para no ser despedidos, trasladados, suspendidos ni jubilados, sino por causas previstas por la ley y que ampara de modo preferente a los miembros de poder judicial, para que, sin ningún género de coacción, puedan velar por el derecho administrando justicia, guiados por su constancia y perpetua voluntad y conciencia”. (Cabanellas, Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual, 1981)

Por lo que el mencionado autor, hace referencia a la inamovilidad laboral de la que gozan los jueces para que en virtud de este principio, puedan resolver los conflictos que se presenten a su cargo sin que exista temor de un castigo o la pérdida

de su puesto trabajo, claro está, siempre y cuando su fin sea la búsqueda de la justicia y lo realicen de acuerdo a la Constitución y las leyes.

Luego del análisis de estos conceptos, podemos darnos cuenta que el Principio de Inamovilidad Laboral:

- Derecho que protege a un grupo de personas
- Los trabajadores no pueden ser despedidos, trasladados, suspendidos, ni desmejorados.
- Para poder dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo se debe realizar el trámite respectivo en la Inspectoría de Trabajo.
- Se limita la voluntad y libertad del empleador para poder dar por terminado la relación laboral.

A más que, el empleador que despide injustificadamente a un trabajador que goza de inamovilidad laboral, que en nuestro país son las mujeres embarazadas, mujeres asociado a su condición de maternidad o gestación y dirigentes sindicales, se debería reincorpóralos a su puesto de trabajo en las mismas condiciones y circunstancias y además cancelarles las remuneraciones que han dejado de percibir con el recargo del diez (10%) por ciento.

2.2.1. Principio de Inamovilidad Laboral permanente

En general la Inamovilidad Laboral, se da mientras dure la circunstancia especial, es así como a una mujer embarazada goza de inamovilidad, mientras se encuentre en este estado y desde que han transcurrido doce meses del parto. O los dirigentes sindicales mientras ejercen sus funciones hasta un año luego del cese de las mismas. Esto en nuestro país, sin embargo, en la legislación venezolana gozan de inamovilidad, pero permanente los trabajadores padres de hijos que tengan una

enfermedad de por vida o que presente una discapacidad que produzca que los mismos no puedan ser independientes, ni valerse por sí solos. (Marín, 2015)

2.2.2. Causales y Trámite para terminar la relación laboral de un trabajador con Inamovilidad Laboral.

Ahora bien, si bien los trabajadores que tiene inamovilidad laboral no pueden ser despedidos por la condición especial en la que se encuentra, sin embargo, esto no quiere decir, que a pesar de que comentan cualquier falta serán intocables, sino que el empleador tiene el derecho de solicitar la terminación del contrato laboral cuando exista una causa justificada, la misma que puede ser:

Código de Trabajo. Art. 172.- Causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato.-

El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, en los siguientes casos:

1. Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro del período mensual de labor;
2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados;
3. Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;
4. Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes, o a su representante;
5. Por ineptitud manifiesta del trabajador, respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió

6. Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Más, si fuere justificada la denuncia, quedará asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes; y,
7. Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente; o por contratar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos. (Código de Trabajo, 2017)

Por lo que, en caso de bien la mujer embarazada, mujer asociado a su condición de gestación o maternidad o el dirigente sindical, cometa alguna de las anteriores causales, el empleador puede dar por terminado el contrato previo visto bueno.

El trámite es el siguiente:

Lo solicita con patrocinio de un abogado, de igual manera que una demanda, es decir debe cumplir con requisitos legales y formales. Debe existir un fundamento legal es decir una de las causales mencionadas en el art. 172 del Código del Trabajo.

Con el fin de justificar la personería, se debe interponer a esta solicitud, lo siguiente:

- Solicitud por escrito por triplicado.
- Certificado de aportaciones al IESS
- Copia de cédula de identidad y papeleta de votación.
- RUC
- Nombramiento legal si se trata de persona Jurídico.
- Copia del contrato de trabajo legalizado, aunque esto es opcional

Posteriormente el Inspector de Trabajo notificará al trabajador, concediéndole dos días para que conteste de igual forma con patrocinio de un abogado.

Con o sin contestación, el inspector fijará una audiencia en donde recibirá las pruebas que verifiquen las imputaciones. Al tercer día concederá o negará el visto bueno.

Puede ser impugnado ante el Juez de trabajo. (El Visto Bueno , 2010)

Como bien ya conocemos, el visto bueno es una manera de dar por terminada la relación laboral, se lo realiza en la Inspectoría de Trabajo.

Generalmente a la Inamovilidad Laboral se le asocia con la Estabilidad Absoluta, que veremos a más adelante.

2.3. El Principio de Inamovilidad para Padres

Como bien ya sabemos nuestra legislación establece que la figura del Despido Ineficaz protege a mujeres embarazadas, mujeres asociado a su condición de maternidad o gestación y a dirigentes sindicales y estos gozarán de estabilidad en virtud del Principio de Inamovilidad Laboral.

Analizando la legislación venezolana, podemos establecer que la Inamovilidad Laboral, protege no únicamente a la madre, sino de igual manera al padre del bebé que está por nacer o del niño recién nacido.

Ambos padre y madre, gozan de esta protección, por el tiempo de 2 años desde el nacimiento de la criatura. Y en caso de que se una adopción, siempre que sea de niños menores de 3 años, los adoptantes gozarán de este mismo tiempo de protección.

Esto se da para que por lado, la madre no sufra de estrés ni depresión al tener temor de perder su trabajo por el hecho de estar embarazada, y tanto ella como su pareja se sientan seguros de poder mantener al nuevo miembro familiar.

Haciendo una comparación con nuestra legislación actual, podemos darnos cuenta que:

1. En Venezuela, el tiempo de protección es más largo (dos años desde el parto), mientras que en nuestro país, es mientras dure el embarazo y los doce meses de lactancia.
2. Nuestra legislación no protege con la Inamovilidad Laboral al padre mientras que el ordenamiento jurídico venezolano contempla esta protección especial.

A pesar de que, considero que esta implementación dentro del ordenamiento jurídico venezolano, se produjo por la crisis económica que se vive en dicho país, y se buscaba que sus ciudadanos no pierdan más sus puestos de trabajo.

2.4 Clases de Estabilidad: Estabilidad Absoluta

El Dr. González (2015), indica que la estabilidad absoluta, “negación de manera total de disolver una relación de trabajo por acto unilateral de voluntad, salvo causa justificada.” (González, 2015)

“El derecho del trabajador para conservar su puesto mientras lo desee y la empresa carezca de justa causa para poderlo despedir.” (Cabanellas, Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual, 1981)

La estabilidad absoluta, busca que los trabajadores no puedan ser despedidos de sus puestos de trabajo, salvo que exista una causa justificada para esto, por ejemplo, falta consecutiva por tres días seguidos, o que incurran en cualquier otra causal, para que el empleador pueda acudir ante el Inspector de Trabajo y terminar unilateralmente el contrato, sin que tenga que cancelar indemnización alguna o la reincorporación del trabajador.

Es decir, el empleador, en los casos en el trabajador goce de estabilidad absoluta, no es que puede únicamente pagar una indemnización, sino que se debe reintegrar al trabajador en su puesto y en las mismas condiciones en las que se encontraba antes.

En nuestro país, gozaban de estabilidad absoluta los empleado públicos, quienes, se les debía seguir un trámite que comenzaba con una advertencia, luego una amonestación y la última opción era la destitución, mientras que en el sector privado, los trabajadores gozan de estabilidad relativa que más adelante estudiaremos, y por lo mismo, podían ser removidos en cualquier momento. Esto cambio con el Decreto No. 813, con la incorporación en nuestra legislación de la Renuncia Obligatoria.

La Renuncia Obligatoria, trajo varias consecuencias a los trabajadores del sector público una de ellas es que miles de éstos tuvieron que dejar de trabajar a pesar de querer seguir haciéndolo, sin embargo, se les cancelaba una indemnización que iba desde los cinco salarios mínimos por cada año de servicio prestado hasta un máximo de ciento cincuenta salarios.

Lo que en pocas palabras se puede entender como despido intempestivo con otro nombre, ya que es este último, se obliga a la persona a dejar su puesto de trabajo y se le cancela un valor por los años de servicios.

La incorporación de la Renuncia Obligatoria dentro del sector público, hizo un cambio de estabilidad absoluta que existía a estabilidad relativa, tal y como existe en el sector privado.

El Dr. González (2015), determina “estabilidad absoluta o principio de inamovilidad laboral”, por lo que, se puede llegar a pensar que los dos son exactamente lo mismo.

Por lo que realizaremos una comparación de ambos para poder llegar a una conclusión:

PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD	ESTABILIDAD ABSOLUTA
Es un derecho	Es un derecho
No se puede despedir, desmejorar, o trasladar	Los autores únicamente han establecido la prohibición de despedir
Grupo de personas	Grupo de personas

Por lo que, podemos decir, que el Principio de Inamovilidad Laboral y la Estabilidad Absoluta, ya que tiene un mismo fin el cual es la protección del trabajador para que éste no pierda su puesto de trabajo, y desea manera asegure su estabilidad económica propia y la de su familia. Claro está, que este derecho, es para un cierto grupo de trabajadores y no para todos.

2.5 Clases de Estabilidad: Estabilidad Relativa

La estabilidad relativa, es aquella de la gozan todos y cada uno de los trabajadores de una sociedad, a diferencia de la estabilidad absoluta en donde es prohibido que se despida a un trabajador, en esta clase de estabilidad, los empleadores pueden prescindir de los servicios de una persona, pero deben cancelar una indemnización.

“Esta estabilidad tan solo genera a favor del trabajador, el derecho a una indemnización cuando es retirado o despedido por causa imputable a su empleador..., siendo posible persistir en el despido mediante un pago indemnizatorio.” (Marín, 2015)

El trabajador debe ser despedido sin justa causa, es decir, si se ha seguido el trámite correspondiente y el empleador ha obtenido el visto bueno ante la Inspectoría de Trabajo, el trabajador, no tendría derecho a que se le reconozca ningún valor por concepto de indemnización, salvo la cancelación de los valores que por concepto de liquidación le corresponde.

Según el Dr. González (2015), indica que estabilidad relativa es “cuando se le autoriza al patrono en grados variables, a disolver la relación de trabajo, por un acto unilateral de su voluntad, mediante el pago de una indemnización. “ (González, 2015)

En nuestro país, la estabilidad relativa es de la gozan la mayoría de trabajadores, sea del sector público o sector privado y se han dado dos grandes momentos para la estabilidad laboral ecuatoriana. La primera antes de la emitirse el decreto No. 813 que reforma al Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en donde la estabilidad absoluta de la que gozaban los servidores públicos, pasa a ser estabilidad relativa.

La segunda, la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar en la que se indica que está prohibido el despido a mujeres embarazadas o asociado a su condición de maternidad o gestación y a dirigentes sindicales, siendo el despido de estos últimos ineficaz, es decir, que no surte los efectos queridos; por lo que, pasa de estabilidad relativa a una estabilidad absoluta para un grupo de trabajadores.

Debemos analizar las clases de despidos de los que un trabajador se puede ver afectado:

1. Despido justificado: es aquel en el que existe una causa por la que el empleador da por finalizada la relación laboral, y se la debe realizar mediante el

cumplimiento del trámite ante el Inspector de Trabajo para el visto bueno del mismo, por alguna de las causas establecidas en el Código de Trabajo.

2. Despido Injustificado: como lo indica el Dr. Francisco Marín Boscán, “es la clase más común que se produce cuando el trabajador es retirado sin causa o razón.” (Marín, 2015). Es aquel que se lo conoce como Despido Intempestivo, el empleador en este tipo de despido debe cancelar al trabajador una indemnización de acuerdo al tiempo laborado.

2.6.- El Despido Discriminatorio y el Despido Injustificado

2.6.1. El Despido Discriminatorio

Art. 195.3, inciso 4, indica: En cualquier caso de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro. (Código de Trabajo, 2017)

Por lo que, los trabajadores que pueden ser objetos de despido discriminatorio son aquellos despedidos por su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos.

El Dr. Cabanellas, ha conceptualizado la discriminación como “diferenciar o distinguir cosas o situaciones entre sí, tratar con inferioridad a personas o colectividades por causas raciales, religiosas, políticas o sociales.” (Cabanellas, Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual, 1981)

La discriminación, ha sido una práctica que se ha venido realizando desde décadas atrás, es una forma de violencia que pueden ser víctimas las personas, en

este caso los trabajadores, los cuales pueden verse afectados por esta vulneración de derechos, ya sea por la edad, orientación sexual, y más.

Al establecer en la ley las palabras “entre otros”, deja abierta una ventana, por lo cual, cualquier persona trabajador que se haya visto vulnerado en su derecho al trabajo por alguna condición, podría demandar el despido discriminatorio.

Nuestra actual Constitución de la República, establece en el artículo 10.2:

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 socioeconómica, , 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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Por lo que, al establecer “entre otros casos”, cualquier trabajador que sea despedido por cualquiera de las condiciones que se encuentran en el artículo antes descrito, podrá demandar este despido y solicitar las indemnizaciones correspondientes al Despido Ineficaz, excepto el reintegro al trabajo, ya que el mismo, únicamente se encuentra previsto para éste último.

El trabajador despedido por discriminación, tendrá derecho a:

- Pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento de recargo
- Un año de remuneraciones que venía percibiendo

- Indemnización correspondiente por despido intempestivo (Código de Trabajo, 2017)

Sin embargo, a pesar de establecer las indemnizaciones correspondientes, el reintegro al puesto de trabajo considero es un tema importante y que deberían analizar nuestros assembleístas, ya que, si un empleador despide a una persona en razón por ejemplo de una filiación política, no se le está desincorporando por su mala labor o irresponsabilidad, sino porque pertenece a un partido político distinto al del patrono.

2.6.2 Despido Injustificado

El último inciso del artículo 195.3.- En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a los estipulado en la Ley Orgánica de Discapacidades. (Código de Trabajo, 2017)

De acuerdo al artículo antes mencionado, podemos establecer que el Despido Injustificado tiene como perjudicado a un trabajador que tiene una discapacidad, o la persona que tenga a su cargo una persona con discapacidad.

La Ley Orgánica define lo que es una persona con discapacidad, e indica que es aquella persona con una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que puede ser biológica, sicológica o asociativa; mientras que la persona con deficiencia o condición discapacitante, es aquella persona con disminución o supresión temporal de alguna capacidad.

Debemos empezar diciendo que tal y como lo hemos analizado en el capítulo 1, el derecho al trabajo es un derecho humano que se encuentra plasmado en nuestra Constitución, y del cual todas las personas sin distinción de ninguna puede acceder al mismo, claro está, de acuerdo a sus capacidades.

Además, en el artículo 10.2 de nuestra Constitución, se establece que se encuentra prohibido que una persona sea discriminada en razón de su discapacidad.

Resulta lógico establecer que también se busque una especial resarcimiento a los trabajadores que tenga a su cargo una persona con discapacidad, ya que como bien conocemos, existen personas con discapacidad que no pueden trabajar ni valerse por sí mismos, en razón del grado de la misma, y la pérdida del ingreso económico mensual resulta un daño no sólo hacía el trabajador, sino también hacía la persona con discapacidad.

Desde el año 2009, las empresas que cuentan con al menos veinte y cinco trabajadores, se encuentran obligados a contratar al menos una persona con discapacidad, es decir el cuatro por ciento (4%), de acuerdo al grado de la misma y a sus aptitudes. Esto tanto en el sector público como en el sector privado.

Esto con el fin de hacer una inclusión de las personas con discapacidad, y poder integrarlas a la sociedad y evitar que exista algún acto de discriminación en contra de éstos.

En caso de que una persona con discapacidad o una persona que tenga a su cargo una persona con discapacidad, sea despedida, será indemnizada de la siguiente forma:

Art. 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. (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012)

2.6.2.1 Análisis de la normativa correspondiente al trabajo de personas con discapacidad

Constitución de la República del Ecuador

Art. 47.- Derechos de las personas con discapacidad.- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.

Se conoce a las personas con discapacidad, los derechos a:

1. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Código de Trabajo

Art. 346.22.- Garantía y Protección.- El Estado garantizará la inclusión al trabajo de las personas con discapacidad, en todas las modalidades como empleo ordinario, empleo protegido, o autoempleo tanto en el sector público como privado y dentro de este último en empresas nacionales y extranjeras, como también en otras modalidades de producción a nivel urbano y rural.

El Ministerio del Trabajo mediante la Unidad de Discapacidades realizará inspecciones permanentes a las empresas públicas y privadas sobre el cumplimiento de las obligaciones y los Inspectores de trabajo impondrán sanciones en caso de incumplimiento. (Código de Trabajo, 2017)

Ley Orgánica de Discapacidades

Art. 45.- Derecho al trabajo.- Las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante tienen derecho a acceder a un trabajo remunerado en

condiciones de igualdad y a no ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo, incluyendo los procedimientos para la aplicación, selección, contratación, capacitación e indemnización de personal y demás condiciones establecidas en los sectores público y privado. (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012)

Art. 47.- Inclusión laboral.- La o el empleador público o privado que cuente con un número mínimo de veinte y cinco trabajadores está obligado a contratar, un mínimo de cuatro por ciento de personas con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condiciones físicas y aptitudes individuales, procurando los principios de equidad de género y diversidad de discapacidades. El porcentaje de inclusión laboral deberá ser distribuido equitativamente en las provincias del país cuando se trate de empleadores nacionales; y a los cantones cuando se trate de trabajadores provinciales.

Ley Orgánica de Servicio Público

Artículo 64.- De las personas con discapacidades o con enfermedades catastróficas.- Las instituciones que cuenten con más de veinte y cinco servidoras o servidores en total, están en la obligación de contratar o nombrar personas con discapacidad o con enfermedades catastróficas, promoviendo acciones afirmativas para ello, de manera progresiva y hasta un 4% del total de servidores o servidoras, bajo el principio de no discriminación, asegurando las condiciones de igualdad de oportunidades en la integración laboral. (Ley Orgánica de Servicio Público , 2016)

En caso de que por razones de la enfermedad catastrófica o discapacidad severa las personas no pudieren acceder a puestos en la administración pública, y, una persona del núcleo familiar de dicha persona sea éste cónyuge o conviviente en unión de hecho, padre, madre, hermano o hermana o hijo o hija, tuviere bajo su cuidado a la misma, podrá formar parte del porcentaje de cumplimiento de

incorporación previsto en el inciso anterior, para lo cual se emitirá la norma técnica correspondiente para la contratación de estas personas. Al primer mes de cada año, las servidoras y servidores públicos que hubieren sido integrados en el año anterior, obligatoriamente recibirán inducción respecto del trato y promoción de los derechos hacia sus compañeros y usuarios que merezcan atención prioritaria. (Ley Orgánica de Servicio Público , 2016)

Analizando los varios cuerpos legales establecidos anteriormente, podemos determinar algunos puntos importantes:

- Las personas con discapacidad gozan de los mismos derechos y oportunidades que las personas que no poseen esta condición.
- El derecho al trabajo es un derecho humano y constitucional, el cual debe ser ejercido por cualquier persona.
- Las personas con discapacidad tienen derecho a trabajar y a mantener una vida digna, sus labores deben ser acordes al grado de discapacidad y a las aptitudes de cada uno, además, se debe tener en cuenta que se tiene que dar oportunidad tanto a hombres como mujeres y debe existir diversidad en las discapacidades.
- Las empresas que tengan mínimo veinte y cinco trabajadores deben contar con el cuatro por ciento de trabajadores con discapacidad, y en caso de que la persona no pueda trabajar puede hacerlos un familiar cercano como cónyuge o conviviente, hijos, hermanos (esto último únicamente se encuentra establecido en la LOSEP).

Por lo mismo, una persona al tener alguna discapacidad o al tener a su cargo a una persona con esta condición, debe tener las mismas oportunidades que el resto, claro está que debe realizar tareas de acuerdo a sus aptitudes. El trabajo hace que una persona se sienta útil, que su mente se mantenga en actividad y joven, al restringir el

trabajo o cualquier actividad únicamente por el hecho de tener una discapacidad es convertirla en un ser inservible y no permitirle que tenga una vida digna. Considero que los empleadores deben abrirse a la idea que no todos los trabajadores son iguales y que cada uno de ellos aportan positivamente de diferente manera.

CAPITULO 3.- Trámite del Despido Ineficaz dentro de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.

La Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, entró en vigencia en abril de 2015, la misma que realizaba algunas reformas al Código de Trabajo, una de estos cambios, fue la incorporación dentro de nuestra legislación a la figura del Despido Ineficaz, el cual protege a mujeres embarazadas, mujeres asociado a su condición de gestación o maternidad y a dirigentes sindicales hasta un año luego del cese de sus funciones.

3.1. La Acción de Despido Ineficaz: tiempo para presentar la demanda. La acción de Despido Ineficaz, ¿prescribe o caduca? Citación al demandado y Medidas Cautelares

3.1.1. La Acción de Despido Ineficaz: tiempo para presentar la demanda.

Debemos empezar conceptualizando la acción, la cual es la facultad que tiene una persona para acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener una resolución judicial. (LLancari, 2010)

La demanda es el acto procesal por medio del cual se da inicio a un proceso, la misma que se la realiza ante un órgano jurisdiccional, con el objeto de que se cumpla con la pretensión planteada dentro de la misma.

El Dr. Santiago Llancari Illanez (2010), indica que: “La demanda es el primer acto jurídico procesal, que sirve como vehículo de la pretensión dirigida al órgano jurisdiccional.” (LLancari, 2010)

En la demanda, el actor, es decir, quien propone dicho ante procesal, establece los hechos, los derechos vulnerados, y la pretensión, la misma que dependería del caso en específico.

De acuerdo al artículo 195.2 del Código de Trabajo, establece:

Art. 195.2.- 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 plazo máximo de treinta días. (Código de Trabajo, 2017)

Conforme lo indica el artículo que antecede, la mujer despedida, debe interponer la acción correspondiente en el plazo máximo de treinta días desde que se produjo el despido. Ahora bien, en caso que demandaría luego de ese plazo perdería los beneficios del Despido Ineficaz y únicamente tendría la posibilidad de solicitar una indemnización por despido intempestivo como si fuera otro trabajador común.

La demanda debe interponerse ante el Juez de Trabajo, en dicho acto procesal, se puede solicitar, ya sea el reintegro al puesto de trabajo o el pago de las indemnizaciones establecidas para el despido nulo o ineficaz.

Junto con la demanda, se debe adjuntar toda la prueba correspondiente para acreditar que el despido se dio por el embarazado o por encontrarse en periodo de lactancia, ya sea documental o testimonial.

3.1.2. La acción de Despido Ineficaz, ¿prescribe o caduca?

Al momento de la introducción de la figura del Despido Ineficaz a nuestra legislación se produjeron muchos cuestionamientos, uno de ellos, era establecer si la acción de despido ineficaz en caso de no haber demandado dentro de los treinta días establecidos por la ley, prescribía o caducaba.

Es necesario realizar en primer lugar una distinción entre caducidad y prescripción, siendo la primera “la pérdida de validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla”. (Cabanellas, Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual, 1981). Añadiendo a este concepto lo establecido en la Resolución 05-2016 de la Corte Nacional de Justicia, en donde se indica que la caducidad “opera

de pleno derecho, por mandato expreso de la ley, sin que se discuta el asunto de fondo” (Resolución 05-2016 de la Corte Nacional de Justicia, 2016)

Mientras que mediante la prescripción se puede adquirir derechos o perder o extinguir derechos por el hecho de no haberlos ejercido durante un periodo de tiempo.

El Dr. Fernando González, indica: “La prescripción de la acción de Despido Ineficaz, se produce a los treinta días, al culminarse este tiempo prescribirá cualquier posibilidad de reclamo incluso el que busca el pago de la indemnización”. (González, 2015)

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el año 2016, emitió la Resolución 05-2016, en donde se establece que en caso de que los trabajadores protegidos por la figura del Despido Ineficaz, no interponga su acción dentro de los treinta días, este derecho caduca, por lo que, puede ser declarada de oficio, es decir, el juez al momento en que debe calificar la demanda debe declarar la caducidad de la acción y ordenar su archivo, sin que se deba verificar si en realidad ha existido despido a una mujer embarazada o asociado a su condición de maternidad o gestación, evacuar prueba, disponer medidas cautelares o en sí, verificar el fondo del asunto. (Resolución 05-2016 de la Corte Nacional de Justicia, 2016)

Por lo que, la acción de Despido Ineficaz, al no ser interpuesto en el plazo de treinta días desde que se produjo el hecho, caduca, y por ende, se extingue el derecho de la trabajadora y ya no pudiera beneficiarse de ya sea el reintegro al puesto de trabajo o al pago de la indemnización correspondiente a esta figura.

3.1.3. Citación al demandado y Medidas Cautelares.

Si la demanda de Despido Ineficaz, fue presentada en el plazo que establece el Código de Trabajo, el Juez, la calificará de clara y completa y ordenará que se cite

al empleador, para lo cual se dará un plazo de veinte y cuatro horas. Sin embargo, a pesar de buscar una protección más eficaz de los derechos de las mujeres embarazadas y mujeres asociado a su condición de gestación o maternidad, se debería dar un plazo más largo, ya que en caso de encontrar al empleador en persona no existiría un problema, de lo contrario no sería posible cumplir con el plazo establecido en el Código de Trabajo.

En lo referente a las Medidas Cautelares, la trabajadora puede solicitar que se le reintegre a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento en que fue despedida, esto, hasta cuando se resuelva el conflicto, lo cual debe ser pedido en la demanda y el juez de la Unidad de Trabajo, lo concederá en la calificación de la demanda.

3.2.- La Contestación en el Despido Ineficaz, tiempo en el que debe realizarse, el anuncio de prueba. La Contestación como forma de ejercer el Derecho a la Defensa.

3.2.1. La Contestación en el Despido Ineficaz, tiempo en el que debe realizarse, el anuncio de prueba.

Una vez que se haya calificado y citado al demandado, en este caso el empleador, éste debe realizar y presentar su contestación. La contestación es el acto mediante el cual el demandado, se expresa sobre cada uno de los puntos establecidos por el actor, es decir, en este caso, se pronunciará sobre si existió o no despido y sobre si éste fue por la condición de embarazo o por el periodo de lactancia de la mujer trabajadora o por otra causa. Además, que se debe anunciar la prueba que se va a evacuar el día de la audiencia como declaraciones de testigos, declaración de parte y adjuntar la prueba documental que se tenga.

Art. 195.2 inciso 2.- Admitida a trámite la demanda, se mandará citar en el plazo de veinticuatro horas a la parte empleadora y, en la misma providencia, se podrán dictar las medidas cautelares que permitan el reintegro inmediato al trabajo del trabajador afectado o la trabajadora afectada, mientras dure el trámite.

A la demanda y a la contestación se acompañarán las pruebas que se disponga y se solicitarán las que deban practicarse.

En la referida providencia se convocará a audiencia que se llevará a cabo en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la citación. (Código de Trabajo, 2017)

A pesar que en el Código de Trabajo, no existe expresamente un pronunciamiento expreso sobre el tiempo en que debe realizarse la contestación, si se establece que a la demanda y a la contestación se acompañarán las pruebas que se

disponga, además al ser el Despido Ineficaz procedimiento Sumario establecido en Código Orgánico General de Procesos, se regirá por las siguientes reglas:

Artículo 332.- Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento sumario:

8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz.

Artículo 333.- Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:

4. Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.

En las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas, contados a partir de la citación. (Código Orgánico General de Procesos, 2016)

Tanto en el Código de Trabajo como en el Código Orgánico General de Procesos, no se indica expresamente el término o plazo en el que debe realizarse la contestación, ésta debe realizarse antes de llevarse a cabo la audiencia, la misma que debe realizarse en un término máximo cuarenta y ocho horas desde la citación, por lo que el demandado debería realizar su contestación antes del término antes referido. Con dicho acto (contestación), deberá adjuntar toda la prueba necesaria para demostrar en este caso en específico que o no existió el despido, o que el mismo no se realizó por motivos del embarazo o por el periodo de lactancia.

3.2.2. La Contestación como forma de ejercer el Derecho a la Defensa.

El Derecho a la Defensa, es un derecho que se encuentra dentro de nuestra actual Constitución. Este derecho consiste en:

Art. 76. 7.- Garantías básicas del derecho al debido proceso.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a. Nadie podrá ser privado a la defensa ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b. Contar con el tiempo y con los medios **adecuados** (el resaltado es mío), para la preparación de su defensa.
 - c. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Al momento que una persona interpone una acción en contra de otra, es obligatorio que se le haga conocer de este acto al demandado, ya que al mismo tiempo, éste puede adjuntar toda la prueba que tenga y el juez tenga una visión más amplia del conflicto y se pueda llegar a la resolución del problema y se haga justicia.

Así mismo, es necesario que el demandado, tenga un tiempo prudente para poder recolectar todos los medios probatorios de los que se crea acompañado para poder demostrar su versión de los hechos.

El Despido Ineficaz, al ser una figura que busca la protección de ciertos trabajadores que se encuentran en un estado de vulnerabilidad, establece periodos muy cortos para que se lleve a cabo este proceso, sin embargo, en ninguna parte del Código de Trabajo, establece el tiempo en el que el empleador demandado debe contestar a la demanda. Y por lo que, hemos recopilado de otro cuerpo legal como lo es el Código Orgánico General de Procesos, podemos darnos cuenta que primero, la

contestación debe ser realizada antes de la audiencia, y segundo que a esta contestación se debe acompañar todas las pruebas de las que se crea asistido. Además, mencionada audiencia en un término máximo de cuarenta y ocho horas desde la citación.

Por lo que, podríamos deducir que en la calificación de la demanda, se ordenará la citación al demandado y a éste se le dará un término de unas veinte y cuatro horas para que presente su contradicción, acompañando pruebas.

Al momento de la incorporación del Despido Ineficaz en nuestra legislación, se buscó proteger los derechos de este grupo de trabajadores, sin embargo, no se debe tampoco violentar el derecho al debido proceso, y a la defensa, ya que se puede caer también en injusticias.

3.3.- La sentencia: Efectos de la Sentencia y Recursos que se pueden interponer. Indemnizaciones correspondientes.

3.3.1. La sentencia: efectos de la sentencia y recursos que se pueden interponer.

Realizada la Audiencia, en primer lugar se buscará en primer lugar, la conciliación entre las partes, en caso de no existir acuerdo entre ambas, se irá a la segunda fase, la misma que es la de pruebas y alegatos.

Luego de esto el Juez dictará sentencia en la misma audiencia, la cual puede admitir o inadmitir la demanda, el supuesto de ser el primero procederá a ordenar el pago de las indemnizaciones correspondientes o el reintegro al puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba al tiempo en que se dio el despido.

El demandado podrá interponer Recurso de Apelación, tal y como lo establece el Art. 195.2 último inciso: Contra la sentencia que admita la ineficacia será admisible el recurso de apelación con efecto devolutivo. (Código de Trabajo, 2017). Por lo que nos pondríamos pensar siguiendo con lo establecido por la ley

expresamente “será admisible el recurso de apelación contra la sentencia que ADMITA la ineficacia”.

Tal y como lo afirma el Dr. Fernando González (2015), “sólo el empleador podrá interponer el Recurso de Apelación cuando el Juez de Primer Nivel considere probado el despido”. (González, 2015)

Esto significa que en el supuesto en que el juez de primera instancia verifique efectivamente que existió despido por razones del embarazo o asociado a la condición de maternidad o gestación y admita la demanda, es decir declare con lugar la misma y ordene ya sea el reintegro o el pago, el empleador podrá interponer Recurso de Apelación, sin embargo, en caso de que se declare sin lugar y se inadmita la misma, la trabajadora, no podrá interponer este recurso.

Sin embargo, al estar en juego un derecho constitucional y al ser la trabajadora considerada por nuestra norma suprema como grupo de atención prioritaria y en base al art. 76.- Garantías básicas del derecho al debido proceso.- En todo proceso en el se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

m. Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En concordancia con lo establecido en el art. 11. 4: Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

A pesar, de que no se encuentre expresamente prohibido, el hecho de que dentro de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, no establezca la posibilidad de que la parte actora interponga Recurso de

Apelación, esta se debe conceder necesariamente en virtud de lo establecido en nuestra Constitución.

Ahora bien, debemos analizar en qué consiste el efecto devolutivo. De acuerdo al Dr. José Garrone, este efecto consiste: “En la apelación concedida en un determinado efecto: el superior entrará a entender y revisar la resolución o sentencia apelada, pero sin suspender la ejecución de las mismas. Es lo contrario de efecto suspensivo”. (Garrone, 2005).

Lo anterior, se encuentra conforme al criterio del Dr. González (2015): “no es más que la ejecución de la sentencia no se suspende por la interposición del mismo,”. (González, 2015)

Estos dos criterios nos lleva a la conclusión que al referirse con que el Recurso de Apelación podrá ser interpuesto con efecto devolutivo, el empleador debe cumplir con lo ordenado por el Juez de primera instancia y ya sea debe cancelar los valores por concepto de indemnización a la trabajadora despedida, o deber reintegrarla a su puesto de trabajo, esto mientras se desarrolla la segunda instancia.

3.3.2. Indemnizaciones correspondientes.

Art. 195.3.- Efectos.- Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes, con el diez por ciento de recargo.

Cuando la persona trabajadora, despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, 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.

Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de la misma en la

providencia inicial o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionado con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. (Código de Trabajo, 2017)

Por lo que, si el empleador, interpone Recurso de Apelación de la sentencia en donde se ha admitido la demanda y ordenado el pago de las indemnizaciones establecidas en el artículo anterior, éste deberá cancelar dichos valores, y si en segunda instancia le dan la razón a éste, la ley no establece expresamente una forma en que el empleador recuperará dicho dinero.

3.4. Análisis de un caso

Después de haber realizado un estudio de lo que consiste el Despido Ineficaz, y al conocer que esta figura fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico en abril de 2015, lo cual la convierte en una figura relativamente nueva, por lo que, es necesario realizar el análisis del número de acciones que se han interpuesto en la ciudad de Cuenca, y el análisis de un caso en concreto.

3.4.1. Análisis del número de causas que se han tramitado

De acuerdo a la información otorgada por el Consejo de la Judicatura de la provincia del Azuay, de junio de 2015 a noviembre de 2016, se han interpuesto ocho causas con el Código de Procedimiento Civil vigente en esa época, del cual se obtuvieron estos resultados:

- En los procesos 00609, 00662, 01110, 00199, se declararon en abandono por el transcurso del tiempo.
- En el proceso 00892-2015, se emitió la abstención del juez por no haber completado la demanda.

- Proceso 1067-2015, se suscribió un acta transaccional entre las partes que fue aprobada por el juez encargado.
- El proceso 00377-2016, el juez negó la demanda, sin embargo, concedió el pago de décimo tercera y cuarta remuneración, utilidades, etc. Actualmente se encuentra en casación.
- El proceso 00203-2016, el actor demandó como despido ineficaz el supuesto despido por la discapacidad que tiene, el cual debió haber sido despido Injustificado, , ya que luego de todo el estudio y análisis de páginas anteriores, podemos determinar que el despido ineficaz se aplica para mujeres embarazadas o asociado a su condición de gestación o maternidad, y a dirigentes sindicales, lo cual nunca iba a ser el caso, ya que, el actor interpuso esta demanda por el hecho de ser discriminado por su condición de discapacidad

Tabla 1

Libro	No. proceso	Materia	Acción	Asunto	Fecha sorteo
JUICIO	01371-2015-00609 (1)	TRABAJO NO_COGEP	TRÁMITE ESPECIAL	ACCION DE DESPIDO INEFICAZ	24/06/2015 15:59:06
JUICIO	01371-2015-00662 (1)	TRABAJO NO_COGEP	TRÁMITE ESPECIAL	ACCION DE DESPIDO INEFICAZ	10/07/2015 15:46:58
JUICIO	01371-2015-00892 (1)	TRABAJO NO_COGEP	TRÁMITE ESPECIAL	ACCION DE DESPIDO INEFICAZ	29/09/2015 10:51:21
JUICIO	01371-2015-01067 (1)	TRABAJO NO_COGEP	TRÁMITE ESPECIAL	ACCION DE DESPIDO INEFICAZ	30/11/2015 10:44:55
JUICIO	01371-2015-01110 (1)	TRABAJO NO_COGEP	TRÁMITE ESPECIAL	ACCION DE DESPIDO INEFICAZ	09/12/2015 16:05:24
JUICIO	01371-2016-00199 (1)	TRABAJO NO_COGEP	TRÁMITE ESPECIAL	ACCION DE DESPIDO INEFICAZ	09/03/2016 10:18:20
JUICIO	01371-2016-00203 (1)	TRABAJO NO_COGEP	TRÁMITE ESPECIAL	ACCION DE DESPIDO INEFICAZ	10/03/2016 08:36:49
JUICIO	01371-2016-00377 (1)	TRABAJO NO_COGEP	TRÁMITE ESPECIAL	ACCION DE DESPIDO INEFICAZ	27/04/2016 11:09:04

Fuente: Consejo de la Judicatura, Unidad de Estadística, mayo de 2017

Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, dentro del mismo periodo se han interpuesto cinco demandas por despido ineficaz, de las cuales:

- Los proceso 00534 y 00890, se archivaron por no completar la demanda
- El proceso 00849-2016, se archivó por haber reformado la demanda cuando en el proceso sumario no es posible la reforma.
- El proceso 00854-2016, se archivó por el desistimiento de la parte actora.
- El proceso 00894-2016, el juez inadmitió la demanda.

Tabla 2

Libro	No. proceso	Materia	Acción	Asunto	Fecha sorteo
JUICIO	01371-2016-00534 (1)	TRABAJO	SUMARIO	INDEMNIZACION POR DESPIDO INTEMPESTIVO A MUJER EMBARAZADA	08/06/2016 13:36:31
JUICIO	01371-2016-00849 (1)	TRABAJO	SUMARIO	INDEMNIZACION POR DESPIDO INTEMPESTIVO A MUJER EMBARAZADA	31/10/2016 10:10:01
JUICIO	01371-2016-00854 (1)	TRABAJO	SUMARIO	INDEMNIZACION POR DESPIDO INTEMPESTIVO A MUJER EMBARAZADA	01/11/2016 11:27:16
JUICIO	01371-2016-00890 (1)	TRABAJO	SUMARIO	INDEMNIZACION POR DESPIDO INTEMPESTIVO A MUJER EMBARAZADA	21/11/2016 13:27:33
JUICIO	01371-2016-00894 (1)	TRABAJO	SUMARIO	INDEMNIZACION POR DESPIDO INTEMPESTIVO A MUJER EMBARAZADA	22/11/2016 16:04:10

Fuente: Consejo de la Judicatura, Unidad de Estadística, mayo de 2017

De diciembre de 2016 a abril de 2017, podemos determinar lo siguiente:

Tabla 3

Columna1	Columna2	Columna5	Columna8	Columna10
JUICIO	01371-2016-00925 (1)	TRABAJO	INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INTEMPESTIVO A MUJER EN PERIODO DE LACTANCIA	05/12/2016 16:30:48
JUICIO	01371-2016-00933 (1)	TRABAJO	INDEMNIZACION POR DESPIDO INTEMPESTIVO A MUJER EMBARAZADA	13/12/2016 08:58:10
JUICIO	01371-2016-00937 (1)	TRABAJO	ACCION POR DESPIDO INEFICAZ	14/12/2016 09:07:07
JUICIO	01371-2016-00966 (1)	TRABAJO	ACCION POR DESPIDO INEFICAZ	23/12/2016 12:49:28
JUICIO	01371-2017-00105 (1)	TRABAJO	INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INTEMPESTIVO A MUJER EMBARAZADA	15/02/2017 16:02:43
JUICIO	01371-2017-00110 (1)	TRABAJO	INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INTEMPESTIVO A MUJER EMBARAZADA	17/02/2017 11:53:47

- En el proceso 0925-2016, se encuentra interpuesto el Recurso de Apelación.
- El proceso 00933-2016, 00105-2016, y 00110-2016, se archivaron por no completar la demanda.
- El proceso 00966-2016, se llegó a una conciliación

El proceso 00937-2016, se inadmite por indebida acumulación de pretensiones.

3.4.2. Análisis de un caso concreto

No. Juicio: 01371-2016-00925

Juez Encargado: Dr. Carlos Eduardo Cárdenas Rivera

Análisis de la demanda.

La demanda fue interpuesta por la Sra. Janeth Karina Guamán Arpi, indicando que el 10 de junio de 2016 mediante contrato indefinido empezó a trabajar para el Sr. Genaro Trajano Brito Peñaloza, para el cual debía realizar actividades de secretaria. El día 14 de noviembre del mismo año, al querer entregarle el certificado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de encontrarse en estado de embarazo, su empleador le indicó que ya no necesitaba sus servicios.

Además en dicho documento estableció los horarios en los que trabajaba, el lugar de trabajo, la remuneración.

La actora solicita:

- La declaratoria de Despido Ineficaz de acuerdo a la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar
- Solicita el pago de las indemnizaciones correspondientes al Despido Ineficaz, y decide el no reintegro a su puesto de trabajo. Además, de la décima tercera y décima cuarta remuneración y vacaciones.
- Pago de la bonificación por desahucio, y despido intempestivo.
- Remuneración adeudada por los 14 días del mes de noviembre más el recargo del 10%.
- Honorarios de sus defensores

El trámite para este proceso establece que es Sumario Especial, procedimiento Sumario, previsto en los artículos 332.8 y 333.4 del Código Orgánico General de Procesos, además del artículo 195 del Código de Trabajo.

Es necesario manifestar que no existe el trámite SUMARIO ESPECIAL, únicamente el trámite Sumario, el cual es el indicado para demandar el despido ineficaz, claro está con la reducción de tiempos que se establece en la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.

Se adjunta como prueba: copia del contrato entre las partes, copias de las cédulas de los testigos que presenta, certificado del facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social justificando el embarazo, y el mecanizado de la misma institución. Sin embargo, en ningún momento, se establece medios de prueba para demostrar que fue despidida por el hecho de su estado de embarazo y que efectivamente trató de entregar el certificado del médico del IESS y que

Se debe indicar que en varias ocasiones dentro de la demanda, se solicita que la prueba sea evacuada en audiencia de prueba, sin embargo, al ser el despido ineficaz tramitado en procedimiento sumario, éste se desarrolla en una única audiencia, y no existe una de prueba, como se hizo mención en la demanda.

Análisis de la Contestación.

El demandado indica lo siguiente en su contestación:

1. Mediante contrato indefinido empezó a laboral la actora desde el 10 de junio de 2016.
2. Niega que haya existido despido intempestivo, así como manifiesta que no conocía que la hoy actora se encontraba embarazada, ya que nunca se lo comentó.

3. Solicita la nulidad desde la citación por cuanto la audiencia no fue convocada como lo indica el art. 195.2, (48 horas después de la citación), y se ordene nuevamente la misma.
4. Acepta el tiempo y la remuneración por lo que pide que no se realice el juramento deferido.
5. Adjunta acta de finiquito y comprobante de ingreso de acta de finiquito, en donde se muestra que se consignó los valores que le corresponden
6. Indica que nunca se le entregó el certificado del facultativo del IESS
7. Impugna los testigos presentados, ya que no hacen constar las direcciones en donde serán notificados.
8. Inexistencia del despido intempestivo
9. Plus petitio
10. Incompatibilidad de reclamaciones ya que es un trámite especial, en donde únicamente se puede solicitar la declaración del despido ineficaz y no los demás rubros.

Anuncia como prueba el acta de finiquito, con el comprobante de ingreso en donde se encuentran los valores que no cobró.

Solicita se recepte la declaración de parte de la actora para demostrar que nunca existió despido intempestivo e indica que desconocía de este hecho de que se encontraba en estado de embarazo.

Además, las declaraciones de cuatro testigos que presenta, quienes van a responder acerca del supuesto despido intempestivo, desconocimiento del embarazo, lugar y ambiente de trabajo.

Análisis de la Sentencia

Sobre la validez, del proceso, el demandado solicita se declare la nulidad por el hecho de haberse convocado la audiencia fuera del término establecido por la ley. Estableciendo lo siguiente el juzgador:

El art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, incorporó la siguiente disposición en el Código de Trabajo:

“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, es el plazo máximo de treinta días.

Admitida a trámite la demanda, se mandará a citar en el plazo de veinticuatro horas a la parte empleador y, en la misma providencia se podrán dictar las medidas cautelares que permiten el reintegro inmediato al trabajo del trabajador afectado o la trabajadora afectada, mientras dure el trámite.

No obstante, con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (ley posterior y con el mismo rango orgánico), se establecen partir del art.54, varias normas de citación, según las cuales, cabe que se cite a una persona en días distintos si no se le encuentra personalmente.

Por lo tanto, al momento de calificar una demanda por despido ineficaz, frente a la antinomia que existe entre el plazo que según la Ley Orgánica para la Justicia Labora, se debe citar al demandado y las normas del COGEP, que prevén otras posibilidades (en caso de que no se logre realizar esta diligencia personalmente), considere este juzgador que se deben tomar en consideración los principios de aplicación contenidos en el art. 11 numerales 4 y 5 de la Constitución y al aplicar los más favorables al desarrollo del proceso como parte del derecho a la tutela judicial, en tal virtud, sería incorrecto sostener que en la acción por despido

ineficaz, sólo cabe la citación en persona (pues el plazo de 24 horas así lo sugiere), desechando o excluyendo las otras formas de citación previstas en el COGEP, que, se insiste, es el cuerpo legal adjetivo en donde se regula la institución conocida como “citación”. Por lo tanto, considera este juzgador que la citación, inclusive en el despido ineficaz procede de cualquiera de las formas recogidas en el COGEP.

A ello se debe agregar que la audiencia en este procedimiento se la lleva a cabo dentro de las 48 horas contados luego de la citación, es decir, el juzgador debe cerciorarse que fue realmente practicada para convocar a la audiencia; por lo tanto, siendo que en el auto de calificación se dispuso citar al demandado, luego de incorporada el acta de citación (y verificado que se cumplió con esta solemnidad sustancial) inmediatamente se convocó a la audiencia.

Ahora, si bien es verdad que la fecha que consta en el acta de citación es el 12 de abril de 2017, la misma no fue incorporada a los autos sino hasta el 18 de abril de 2017, según la fe de recepción e inmediatamente se convocó a la audiencia.

Se debe considerar también que el demandado solicita en su pretensión que, luego de declarada la nulidad, se ordene una nueva citación, sin embargo, si ya compareció, a la audiencia para ejercer su derecho a la defensa, contestó a la demanda, deduce excepciones, anuncia prueba, etc., no existe razón alguna para ordenar una nueva citación, pues claramente su conducta demuestra que no ha quedado en indefensión.

Por lo expuesto, se advierte que la pretensión de la parte demandada tiende más a dilatar la causa, y no ha demostrado la indefensión que supuestamente le provocó la convocatoria a audiencia para la fecha en la que efectivamente se llevó a cabo.

Al analizar esta primera parte de la sentencia, sobre la validez procesal, y sobre la nulidad que solicita el demandado se declare, se debe rescatar ciertos puntos que considero importantes:

El Juzgador dentro del presente proceso al citar la norma en el art. 195.2, la cita incompletamente, pues la parte citada, se refiere a la citación, pero no al tiempo en el que debe convocarse a la audiencia, lo cual se encuentra en el siguiente inciso de dicho artículo, el cual dice lo siguiente:

“Art. 195.2, inciso 3.- En la referida providencia se convocará a audiencia que se llevará a cabo en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la citación.” (Código de Trabajo, 2017)

Al leer esta primera parte de la sentencia, es inentendible a que se busca referir al hablar de la citación y de la audiencia, ya que debió haberse citado todo el mencionado artículo y no únicamente una parte y no la última, en donde efectivamente se encuentra cuando se debe convocar a la audiencia.

El Juzgador, establece que convocó a la audiencia una vez que se cercioró que fue realizada la citación, y que se cumplió con esta solemnidad tan importante y no se vulneró el derecho al demandado a la defensa, sin embargo, la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, por los tiempos establecidos, podemos deducir que se refería a la citación en persona, sin embargo, no se estableció absolutamente nada acerca de la citación por medio de tres boletas que si contempla el Código Orgánico General de Procesos.

De acuerdo a la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el hogar, el juzgador en la misma providencia de calificación y citación debió haber señalado día y hora la que se lleve a cabo la audiencia, lo cual no ocurrió

y se convocó a la misma, luego de que como afirmó el Juez en esta causa confirmó que se dio la citación al demandado.

Pasado ese punto sobre la validez del proceso, podemos pasar al siguiente:

La parte actora, solicita el pago de varios rubros, como son: décima tercera remuneración, décima cuarta remuneración, y vacaciones, en virtud, de economía procesal, celeridad y concentración; el demandado, indica que existe una indebida acumulación de pretensiones. Por lo que el juez establece varios criterios para poder llegar a una conclusión, los cuales analizaremos a continuación:

1. Se indica que el proceso es de un despido ineficaz, y por el hecho de ser una acción de carácter especial, se debe establecer si el despido intempestivo es ineficaz o no, y no otros valores extras.
2. Los trámites laborales se sustancian mediante trámite sumario, sin embargo, al ser una acción de despido ineficaz se debe acoger a los plazos establecidos en el Código de Trabajo, por lo que se debe cumplir con la reducción de tiempos establecidos en dicho cuerpo legal. Y cita dos normas legales:

La disposición reformativa sexta del Código Orgánico General de Procesos realiza reformas al Código de Trabajo, y en el numeral 6 de dicha disposición se establece lo siguiente: Sustitúyase el artículo 575 por el siguiente: Art. 575.- Trámite de las controversias laborales.- Las controversias individuales de trabajo, se sustanciarán en procedimiento sumario conforme lo prevé el Código Orgánico General de Procesos.

Mientras que el art. 332 del Código Orgánico General de Procesos: Se tramitarán por el procedimiento sumario: 8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de plazos previstos en el Código de Trabajo sobre el Despido Ineficaz.

3. El procedimiento sumario establecido en el Código Orgánico General de Procesos tiene términos que se deben cumplir, sin embargo, se hace una excepción cuando se trata del despido ineficaz, y se reducen estos tiempos, pero únicamente para determinar si efectivamente se trata de esta clase de despido y en caso de que así sea se pueda reparar los derechos vulnerados, ya sea por medio del reintegro o por la indemnización.
4. El Juzgador establece que son acciones diversas, la acción por despido ineficaz es autónoma y tiende a resguardar o reforzarla estabilidad de los trabajadores, por lo que todas las pretensiones distintas al despido ineficaz, requieren la amplitud de debate y prueba que se las canaliza por el procedimiento sumario. Además, se señala que a pesar de la declaratoria de ineficaz la trabajadora decide no reintegrarse, el juez está facultado de ordenar las remuneraciones pendientes con el die por ciento de recargo y la indemnización de un año de remuneración y la indemnización general, más no otros rubros.
5. La actora, indicó que en base el principio de celeridad, economía procesal, y concentración, solicitó además de la declaratoria de ineficacia del despido, los demás valores descritos, sin embargo, el juzgador indica que se puede existir una acumulación de pretensiones, siempre y cuando se puedan sustanciar en un

mismo procedimiento, tal y como lo indica el art. 145 del Código Orgánico General de Procesos. Lo que a criterio del juez esto no es posible.

Si bien es cierto que en la demanda de despido ineficaz, al ser una acción con tiempos cortos por los derechos que se pueden estar vulnerando, se busque que únicamente se solicite la declaratoria de ineficacia y con esto ya sea la reincorporación al puesto de trabajo o el pago de la indemnización correspondiente, y que los demás valores que el empleador se encuentre adeudando deban pedirse mediante un trámite distinto; sin embargo, no existe un criterio uniforme de los jueces, ya que dentro del proceso 01371- 2016-00377, el Juez, no declara el despido ineficaz, más, si otorga a la solicitante el pago de la décima tercera y cuarta remuneración, por lo que acepta parcialmente la demanda y ordena el pago de dichos valores, al ser apelada esta resolución en la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, confirma la sentencia de primera instancia; por lo que, a pesar de que considero que si serían dos acciones diferentes y en las que se deben aplicar los términos y plazos establecidos para cada uno, es necesario que exista una uniformidad de criterios, para que de esa forma exista seguridad jurídica.

6. Ahora bien, se analiza en que consiste y la finalidad del despido ineficaz, empezando con un análisis de las actas del primer debate de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, cuando se dio a conocer dicha figura y donde está intención los legisladores al crear esta nueva figura e incorporarla a nuestra legislación, y donde se establece que al ser e despido un acto de discriminación si se considera que las arbitrariedades implican actuaciones con exclusiones irrazonables que impiden el efectivo

ejercicio de derechos sobre la base de consideraciones igualitarias, el despido al ser un acto ilegítimo la ley debe franquear los mecanismos para que la parte afectada o sea el trabajador, cuente con los mecanismos y herramientas necesarias para que la vulneración a sus derechos sean reparados y las actuaciones discriminatorias cesen, y el trabajador deberá ser incorporado a su trabajo.

7. Por lo que se acepta la excepción del demandado de indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, en relación a la prueba presentada tanto por la actora como por el demandado, el juzgador llega a varias conclusiones:

1. Le corresponde a la actora demostrar que verdaderamente se dio el despido intempestivo, y que éste se produjo en virtud del embarazo.
2. Únicamente la prueba que el empleador debe demostrar, es aquella que consiste en lo que se refiere a obligaciones patronales como el pago de remuneraciones, remuneraciones adicionales, ropa de trabajo, vacaciones, y otros.
3. Las Salas de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia han determinado que “el despido intempestivo debe ser demostrado en forma contundente, es decir, que no queda duda de su existencia, demostrando en qué circunstancias de tiempo, lugar, y modo sucedieron los hechos... debe ser plenamente demostrado por quien lo alega y asume la carga de la prueba del mismo. (Fallo dictado por la Segunda Sala de lo Laboral y Social, R.O. Suplemento 78:01 de diciembre de 2009, Jurisprudencia Especializada Laboral

de la Corporación de Estudios y Publicaciones, Diciembre de 2009, Quito; pg. 57-58)

4. Los testimonios que presenta la actora, al ser preguntados y repreguntados, el juez llega a concluir que se contradecían, ya que por un lado, una de ellos afirmaba que la actora fue aislada de su puesto de trabajo, y que el siguiente día no había podido ingresar a las instalaciones, y únicamente conocía del despido lo que la actora le había comentado; así mismo, los otros testigos, indicaban que el demandado ignoraba a la trabajadora, mientras que los otros manifestaban que no podía entrar. Y todos coincidieron que no estuvieron presentes el día del despido es decir el 14 de noviembre de 2016.

5. Se hace referencia a la resolución No. 06-2016, expedida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el suplemento del Registro Oficial 873, del 31 de octubre de 2016, estableció en el art. 3 lo siguiente:

“Declarar como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho: Para que sean aplicables las garantías a la mujer en estado de gestación contempladas en el artículo 154 del Código de Trabajo, es necesario que se haya notificado previamente al empleado haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo; salvo que el estado de embarazo de la demandante sea notorio o que exista prueba fehaciente que demuestre que el empleador conocía por algún otro medio del estado de gestación de la trabajadora.”

Dentro de este proceso la actora jamás probó que efectivamente entregó el certificado del IESS y que fue el empleador quien no quiso recibir dicho documento, y por esta situación (embarazo) la despidió

Por lo que declara sin lugar la acción por despido ineficaz, dejando a salvo los derechos que puede tener la actora sobre los demás rubros solicitados, sin costas y sin honorarios a los profesionales del Derecho.

Este caso de Despido Ineficaz, tiene varios puntos sobre los cuales, se puede llegar a ciertos cuestionamientos, primero, hasta qué punto puede el Estado ayudar si se podría decir así a las mujeres en estado de embarazo (en este caso específico) para que se dé a conocer al empleador de esta condición sin que este hecho sea negado luego por el mismo.

Es necesario que exista una uniformidad de criterios, ya que si un juzgador concede el pago de otros rubros dentro de la acción de despido ineficaz, y otro no, la seguridad jurídica se ve vulnerada en ese punto.

CONCLUSIONES

- El Despido Ineficaz es el acto jurídico en el que el empleador da por terminada, unilateralmente y sin justa causa, la relación laboral existente entre una mujer embarazada, mujer por su condición de gestación o maternidad o un dirigente sindical, en este caso, hasta un año desde el cese de sus funciones. Este despido no surte los efectos jurídicos legales buscados, ya que estos trabajadores gozan de una estabilidad especial.
- Nuestra Constitución, así como también Convenios Internacionales y el Código de Trabajo, establecen que se encuentra prohibido el despido a una mujer embarazada, debiendo asegurar que la trabajadora pueda realizar su trabajo en condiciones que no afecten su salud, ni la de la criatura. Además, reiterando el derecho que tiene para una licencia por maternidad (desde que se produce el parto), de doce semanas.
- La figura del Despido Ineficaz protege también a mujeres por su condición de gestación o maternidad, sin establecer el tiempo de ésta última. La gestación es sinónimo de embarazo, por lo que creemos que existió un error al momento de redactar la norma en cuestión, sin embargo, consideramos que al establecer el término “maternidad” se trata de la lactancia, la cual tiene una duración de doce meses desde producido el parto en el sector privado. Además, las mujeres dentro de este periodo gozan de un permiso de dos horas diarias, para alimentar a su hijo o hija, buscando de esa manera crear un vínculo y otorgar proteínas y vitaminas con la leche materna.

Sin embargo, las mujeres que se encuentran dentro de este periodo prefieren no hacer uso de este derecho de dos horas diarias, para evitar perder su trabajo, y

por el mismo hecho de tener una criatura mantener una estabilidad económica, por todos los gastos que acarrea un nuevo ser.

- El Principio de Inamovilidad Laboral es el derecho que tienen ciertos trabajadores para poder conservar su trabajo indefinidamente, sin que se pueda despedírseles, salvo justa causa, señalada por ley y autorizada por la autoridad competente. No únicamente se puede despedir a la trabajadora, sino tampoco, se puede cambiar, suspender, o desmejorar su puesto de trabajo. Este principio es un limitante a la voluntad del empleador, lo cual por un lado puede traer aspectos positivos, como garantizar la estabilidad, laboral y económica de una persona, pero también tal vez obligar al empleador a mantener a personas con quienes ya no desea trabajar, lo cual puede hacer que la relación se vuelva desagradable. Debemos mencionar que esta inamovilidad laboral es temporal.
- Al comparar con otro tipo de legislaciones, primero, podemos ver que al analizar el ordenamiento jurídico colombiano, nos encontramos frente a la figura de la Estabilidad Reforzada, la cual busca la protección de personas con cierta vulnerabilidad manifiesta y que la indemnización que se les cancelaría sería insuficiente para resarcir el daño; la legislación venezolana, ha creado el Principio de Inamovilidad Permanente y el Principio de Inamovilidad para Padres.
- La Estabilidad Absoluta es un derecho que tienen los trabajadores para no ser despedidos por los empleadores sin una justa causa, y en caso de hacerlo, tienen el derecho para ser reintegrados, mientras que la Estabilidad Relativa permite al empleador a despedir a un trabajador libremente, cancelando una indemnización.

- En lo referente al trámite, al ser el Despido Ineficaz una acción especial se ha previsto el trámite Sumario, pero con las deducciones establecidos en la ley orgánica que incorporó dicha figura.
- Según los datos otorgados por el Consejo de la Judicatura en el cantón Cuenca, con el Código de Procedimiento Civil se presentaron ocho acciones por Despido Ineficaz, de las cuales una ha llegado a sentencia, la misma que declaró sin lugar el despido pero ordenando el pago de otros haberes laborales y actualmente se encuentra en casación en la Corte Nacional.
- Con el Código Orgánico General de Procesos hasta mayo de 2017, se han presentado once acciones por despido ineficaz, de los cuales uno ha llegado a sentencia, la cual se ha declarado sin lugar, y al apelar a la Corte Provincial se ha confirmado la decisión de primera instancia. Por lo que, en la ciudad de Cuenca, en un periodo de dos años, sólo el 10.53% del total de acciones presentadas han llegado a una sentencia, y de este valor, ninguno a llegar a sentencia declarando el despido ineficaz. Por lo mismo, estadísticamente, en términos relativos, esta figura no ha surtido los propósitos para lo cual fue creada.

RECOMENDACIONES

- Creo que es necesario para cambiar el pensamiento de que una mujer embarazada o mujer en periodo de maternidad es una carga más para el empleador, que cambiemos nuestro pensamiento y reeducar a las futuras generaciones para que entiendan que el hecho del embarazo cambia por un tiempo las circunstancias de una trabajadora pero que se mantienen sus capacidades por la que fue contratada. Es esencial que se otorgue algunas facilidades al empleador para poder por ejemplo cambiar de puesto de trabajo a una mujer embarazada, sin que esto se considere como despido intempestivo, siempre y cuando sea autorizado por la autoridad competente.
- Considero que es necesario hacer una reforma en la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, específicamente en el trámite que da para el despido ineficaz, ya que al referirse al Recurso de Apelación, se indica que se podrá interponer Recurso de Apelación de la sentencia que admite la ineficacia, es decir, en estricto sentido, si se declara sin lugar la demanda, la actora no podría interponer este recurso, sin embargo, esto no se encuentra previsto en la actual Constitución, en donde se indica que se puede recurrir a cualquier decisión judicial que se refieran a derechos, por lo que claramente puede este inciso vulnerar derechos constitucionales.
- Al momento de analizar el caso, y leer el proceso que se encuentra en tramitación en la Corte Nacional, podemos determinar que no se concede el despido ineficaz por la falta de prueba, si al menos este se realizó de una manera privada, es muy difícil probar que efectivamente la trabajadora comunicó al

empleador su estado de embarazo por medio del certificado de un facultativo del IESS, por lo que, considero que sería bueno que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al igual que notifica por correo electrónico, las obligaciones que los empleadores mantienen con la Institución también puedan comunicar al mismo esta situación y de esa manera se proteger a las trabajadoras. Para que de esa manera la trabajadora ya pueda únicamente demostrar que fue despedida y ya no tendría que probar que informó de su estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Aló.co. (03 de 07 de 2016). Obtenido de La Mujer a lo Largo de la Historia:
<http://alo.co/trabajo-y-dinero/dia-de-la-mujer-la-mujer-traves-de-la-historia>
- Amnistía Internacional. (Enero de 2012). *Hacer Realidad los Derechos Sexuales y Reproductivos*. Obtenido de Ebrary ProQuest:
<http://site.ebrary.com/lib/uasuaysp/reader.action?docID=10592455&ppg=36>
- Boza Pró, G. (03 de Junio de 2014). Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho al Trabajo. *THEMIS* 65, 13-26.
- Buenaño Loja, R. (2016). *Práctica del Proceso Civil y Laboral en el COGEP*.
Babahoyo: Editorial Jurídica L y L .
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta, pag. 208.
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta, pag. 560-562.
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cantillano, M. H. (2011). El Derecho Constitucional al Trabajo. *Boletín Jurídico Virtual IUS Doctrina Año 4*, 111-133.
- Carmona, E. (Diciembre de 2005). *El Principio de Igualdad Material en la Constitución Europea*. Obtenido de <http://e->

archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19182/FCI-2004-8-carmona.pdf?sequence=1

Código Orgánico General de Procesos. (05 de 2016). Obtenido de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>

Código de Trabajo. (2017). Obtenido de <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2015/03/CODIGO-DEL-TRABAJO-1.pdf>

Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Obtenido de <http://www.pucesi.edu.ec/web/wp-content/uploads/2016/04/Constituci%C3%B3n-de-la-Republica-2008..pdf>

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C- 071/10.* Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-071-10.htm>

Diccionario de la Real Academia de la Lengua . (s.f.). *Despido* . Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=DM0irh6>

El Comercio. (26 de Septiembre de 2012). *El período de lactancia se amplió a 12 meses con la reforma laboral.* Obtenido de <http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/periodo-de-lactancia-se-amplio.html>

El Visto Bueno . (21 de Julio de 2010). Obtenido de El Visto Bueno Laboral en Ecuador: <https://vistobuenolaboral.wordpress.com/>

Eurostat Newsrelease. (05 de 03 de 2015). Obtenido de <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6729998/3-05032015-AP-EN.pdf/f064bb11-e239-4a8c-a40b-72cf34f1ac6f>

Facio, A. (Junio de 2005). *Los Derechos Sexuales y Los Derechos Reproductivos.* Obtenido de http://www.radiofeminista.net/junio05/notas/alda_facio.htm

García A, S. (21 de 02 de 2012). *Utópico Terminando el Prólogo*. Obtenido de Historia del Despido Improcedente en España:

<https://sagara1977.wordpress.com/2012/02/21/historia-del-despido-improcedente-en-espana/>

Garrone, J. (2005). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: LexisNexis.

González, C. F. (2015). El Despido, Ineficaz, Discriminatorio, y la Carga de la Prueba.

Novedades Jurídicas, 46-57.

Instituto Interamericano de los Derechos Humanos. (2009). *Interpretación de los principios de Igualdad y No Discriminación para los Derechos Humanos de las Mujeres en los Instrumentos del Sistema Interamericano*. IIDH.

Ley de Fomento, Apoyo y Protección a la Lactancia Materna . (1995). Obtenido de

http://oig.cepal.org/sites/default/files/1995_ley101_ecu.pdf

Ley Orgánica de Discapacidades. (2012). Obtenido de

<file:///C:/Users/Hp435/Downloads/LEY%20ORG%C3%81NICA%20DE%20DISCAPACIDADES.pdf>

Ley Orgánica de Servicio Público . (2016). Obtenido de

<https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2017/01/LEY-ORGANICA-SERVICIO-PUBLICO.pdf>

LLancari, S. (2010). Derecho Procesal Civil, La Demanda y sus Efectos Jurídicos.

Revista Jurídica "Docentia et Investigatio", 113-126.

Marín, F. (Diciembre de 2015). La estabilidad laboral: aspectos y procedimientos en la

LOTTT. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, 11-25.

Matías, J. (12 de 09 de 2012). *Eficacia e Ineficacia. Nulidad y Anulabilidad del Acto*

Jurídico. Obtenido de <http://jaimemati.blogspot.com/2012/09/blog-post.html>

- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos . (Diciembre de 2010). *Igualdad y No Discriminación. El reto de la Diversidad*. Obtenido de Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5_Igualdad.pdf
- Montalvo Landín, A. (2016). *La Empresa y la Ley*. Infocsi.
- Organización de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización Internacional de Trabajo. (2016). *Tendencias 2016*. Obtenido de Las Mujeres en el Trabajo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/---publ/documents/publication/wcms_457094.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2000). *Convenio sobre la Protección de la Maternidad, (num.183)*. Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Organización Mundial de la Salud. (2017). *Temas de Salud*. Obtenido de Lactancia Materna: <http://www.who.int/topics/pregnancy/es/>
- Órgano Informativo del Pueblo Trabajador . (05 de Agosto de 2011). Obtenido de La Inamovilidad Laboral: <https://laclasetrabajadora.wordpress.com/2011/08/05/la-inamovilidad-laboral/>
- Pedrero, A. (25 de Abril de 2013). *Aníbal Pedrero BLOG*. Obtenido de Concepto de Ineficacia e Invalidez : <https://anibalpedrero.wordpress.com/2013/04/25/conceptos-de-ineficacia-e-invalidez/>

- Pico Pico, G. C. (Junio de 2006). *SCIELO*. Obtenido de Decreto de Inamovilidad Laboral y su aplicación por parte de la gerencia en Venezuela.:
http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-48212006000200008&lang=es
- Resolución 05-2016 de la Corte Nacional de Justicia*. (2016). Obtenido de Justificación del proyecto de Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que permite declarar de oficio la caducidad de las acciones por Despido Ineficaz:
<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2016a/16-05%20Caducidad%20de%20la%20accion%20de%20despido%20ineficaz.pdf>
- Sindicato de Industria de los Trabajadores Profesionales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. (10 de 07 de 2015). *SINPRO*. Obtenido de ¿Qué es estabilidad laboral reforzada?: <http://sinpro.org.co/noticias-1/438-que-es-estabilidad-laboral-reforzada.html>
- Suárez, C. V. (s.f.). *García Alonso*. Obtenido de El despido. Concepto, distinciones y protección contra el despido injustificado: <http://www.garciaalonso.com.ar/doc-80-el-despido-concepto--distinciones-y-proteccion-contr-el-despido-injustificado.html>
- Tenorio G., L. (09 de 1998). *El Acto Jurídico. Elementos, Ineficacia y su Confirmación*. Obtenido de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/233/pr/pr6.pdf>
- Tujillo, J. C. (1973). *Derecho del Trabajo*. Quito: Don Bosco.
- United Nations International Children's Emergency Fund, UNICEF. (s.f.). *Lactancia Materna*. Obtenido de <https://www.unicef.org/ecuador/lactancia-materna-guia-1.pdf>
- Vásquez, M. M. (2006). *Introducción a la Teoría Económica*. Cuenca.

ANEXOS