

# UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO



## “EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

**Autora:**

MARÍA AUGUSTA PULLA BUELE

**Director:**

DRA. LOURDES EULALIA ÁLVAREZ CORONEL

Cuenca-Ecuador  
2016



## RESUMEN

La publicación de una nueva ley, trae consigo la derogatoria total o parcial de otra ley y con ello, la imperiosa necesidad de conocer aquella reforma que cambia la realidad jurídica respecto de la materia que rige. Tal es el caso de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en abril de 2015, que modificó el Código de Trabajo y la Ley de Seguridad Social, siendo uno de los temas más relevantes de esta reforma, el despido ineficaz.

El tema de estabilidad laboral absoluta en Ecuador, era únicamente una ilusión para los trabajadores, y a palabras de un gran catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, Doctor Jorge Morales, la estabilidad absoluta era “simples mariposas amarillas”; sin embargo, desde abril del 2015, la estabilidad absoluta pasó de la teoría a la praxis, aunque únicamente para un grupo mínimo de trabajadores, *representantes sindicales y mujeres embarazadas o asociadas a su condición de maternidad*; debido que, por su condición de vulnerabilidad en el marco laboral, la Reforma transforma la estabilidad relativa manifestada en el despido intempestivo de estos trabajadores en ineficaz.

“La ley, una vez publicada se presume conocida por todos y no podrá alegarse ignorancia por ninguna persona”, todos los ciudadanos dentro de la circunscripción para la cual rige la nueva norma, tenemos la obligación de informarnos sobre tal, siendo este, el motivo y objetivo principal de la presente investigación, otorgar a la ciudadanía un análisis profundo de la reforma laboral precisamente sobre las disposiciones que regulan la aplicación, alcance, causas y efectos del despido ineficaz.

**PALABRAS CLAVES:** Reforma, despido intempestivo, despido injustificado, análisis, normatividad, protección, conocimiento, estabilidad laboral.



## ABSTRACT

The publication of a new law, brings the total or partial repeal of other laws and thus meet the urgent need of to know the reform that changes the legal situation regarding the matter governing. Such is the case of the Organic Law of Labor Justice and Labor Award at Home, published in April 2015, which amended the Labour Code and the Social Security Law, one of the most important issues of this reform, ineffective dismissal.

The issue of absolute job stability in Ecuador, was only an illusion for workers, and words of a great professor of the Faculty of Law of the University of Cuenca, Doctor Jorge Morales, absolute stability was "simple yellow butterflies"; however, since April 2015, the absolute stability went from theory to practice, but only for a minimum group of workers, union representatives and pregnant or associated with their role as mothers women; because, for their vulnerability in the labor framework, the Labour Code Reform transformed the relative stability manifested in the wrongful dismissal of these workers.

Under the phrase, "the law, once published is presumed known by all and cannot be claimed ignorance by anyone," all citizens within the constituency for which governs the new standard, we are obliged to inform us about such and this, purpose and main objective of this research, grant citizenship depth analysis of the labor reform precisely the provisions governing the application, scope, causes and effects of ineffective dismissal.

**KEYWORDS:** Reform, unfair dismissal, unfair dismissal, analysis, regulation, protection, knowledge, labor stability.



## ÍNDICE

<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>11</b>
1. El Despido Ineficaz. - Generalidades.....	11
1.1. Antecedentes.....	11
1.2. Concepto de Despido Ineficaz .....	14
1.3. El Despido Ineficaz en Ecuador .....	16
1.4. El Despido y la Estabilidad Laboral en la Constitución Ecuatoriana. 19	
1.5. El Despido Ineficaz en el Código de Trabajo y en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. ....	22
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>29</b>
2. Conceptos y Principios del Trabajo en relación con el Despido Ineficaz	29
2.1. Conceptos del Trabajo en relación con el Despido Ineficaz. ....	29
2.1.1. Relación de Trabajo .....	29
2.1.2. Contrato de Trabajo .....	30
2.1.3. Despido Intempestivo .....	31
2.1.4. Elementos Personales en el Despido Ineficaz .....	32
2.2. Principios en Relación con el Despido Ineficaz .....	33
2.2.1. Principio Protector .....	33
2.2.2. Principio de Estabilidad o Continuidad de la Relación Laboral .	34
2.2.3. Principio de Igualdad .....	35
2.2.4. Principio de Irrenunciabilidad.....	35
2.2.5. Principio de Razonabilidad .....	36
2.2.6. Principio de Buena Fe .....	37
2.2.7. Principio de la Primacía de la Realidad .....	38
2.2.8. Principio de Libertad de Asociación.....	39
2.2.9. Principio de Inamovilidad.....	40



**CAPÍTULO III..... 41**

3. El Despido Ineficaz a Dirigentes Sindicales.....	41
3.1. Organizaciones de Trabajadores .....	41
3.1.1. Concepto de Organización o Asociaciones de Trabajadores....	41
3.1.2. Art. 440 De las Asociaciones de Trabajadores y de los Conflictos Colectivos.....	46
3.2. Dirigentes Sindicales en el Código de Trabajo.....	48
3.2.1. Concepto de Dirigente Sindical .....	48
3.2.2. Garantías para Dirigentes Sindicales .....	49
3.2.3. Causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato <sup>51</sup>	
3.3. Indemnización por despido intempestivo .....	57
3.3.1. Trabajo a destajo.....	59
3.3.1.1. Concepto de Contrato a destajo.....	59

**CAPÍTULO IV ..... 62**

4. El Despido Ineficaz de Mujeres Embarazadas .....	62
4.1. Conceptos Generales .....	62
4.1.1. Estado de Gestación .....	62
4.1.2. Estado de Maternidad .....	63
4.1.3. Estado de Lactancia .....	65
4.2. La Mujer en el Código de Trabajo Ecuatoriano .....	66
4.2.1. Protección a la Mujer Embarazada.....	66
4.2.2. Incapacidad para trabajar .....	69
4.2.3. Derecho de Lactancia.....	71
4.3. Prohibición de Despido y Declaratoria de Ineficaz .....	72
4.4. Convenio OIT número 183 La protección de la Maternidad en el Trabajo.....	73



4.4.1. Licencia de Maternidad .....	74
4.4.2. Protección del empleo y no discriminación .....	75
4.4.3. Madres Lactantes .....	76
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>77</b>
5. Procedimiento del Despido Ineficaz .....	77
5.1. Acción del despido ineficaz.....	77
5.2. Efectos del despido ineficaz.....	79
5.3. Efectos Del Despido Por Discriminación .....	80
6. CONCLUSIONES.....	82
7. BIBLIOGRAFÍA .....	85



**Universidad de Cuenca**

**Cláusula de Propiedad Intelectual**

**MARÍA AUGUSTA PULLA BUELE**, autora de la monografía “EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 12 de julio de 2016



**MARÍA AUGUSTA PULLA BUELE**  
C.I. 010583359-4



**Universidad de Cuenca**

**Cláusula de Derechos de Autor**

**MARÍA AUGUSTA PULLA BUELE**, autora de la monografía "EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de, Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, 12 de julio de 2016

**MARÍA AUGUSTA PULLA BUELE**  
C.I. 010583359-4



## **DEDICATORIA**

*Con el amor más inmenso del mundo, dedico esta monografía a los mejores papás del mundo, Rolando y Carmen, quienes, cada día de su vida han tomado mi mano con amor y me han enseñado el valor de la honestidad, el trabajo y la familia. Los amo papitos.*

*A mis hermanas Maribel y Andrea, a quienes admiro muchísimo y que sin su consejo y ejemplo, esto no sería posible.*

*A mi hermano y sobrinos, Marco, David, Daniel y Xavier, quienes son mi orgullo y el motor que me impulsa a ser mejor cada día.*

*Y como no dedicar no solo mi monografía, sino mi vida entera a Papito Dios, que sin su bendición este objetivo no sería realidad.*

**MARIA AUGUSTA PULLA BUELE**



## AGRADECIMIENTO

Gracias a Dios por bendecir cada paso de mi vida, por protegerme y guiarme siempre por el camino adecuado. Todos y cada uno de mis logros que empiezan el día de hoy son por ti y para ti.

Agradezco a mis padres por su infinito amor, por creer en mí y por su lucha diaria en brindarme la mejor vida, sus esfuerzos papitos han tenido frutos y ahora me toca a mí corresponder tanta entrega. Jamás los defraudaré y tal como ustedes lo hicieron, lucharé cada día para que se sientan siempre orgullosos de mí.

Muchas gracias Freddy Paul Morocho por apoyarme en cada etapa de este objetivo y por ser parte imprescindible en este sueño y en mi vida. Nos espera lo mejor.

Gracias amigos míos Miriam, Marco, Omar, Manuel, Bacu, y Fabiola, por ser mi ayuda, compañía y felicidad en mi vida universitaria. Gracias Xavi Wazhco por el privilegio de tu compañía, este objetivo cumplido es por los dos.

Agradezco de manera especial a la Dra. Lourdes Álvarez Coronel, quien, con sus amplios conocimientos, experiencia, tiempo y paciencia me ha instruido tanto en el ámbito académico como en el humano, permitiéndome culminar esta monografía, mi agradecimiento sincero.



## **EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

### **CAPÍTULO I**

#### **EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

##### **1. El Despido Ineficaz. - Generalidades**

###### **1.1. Antecedentes**

El ser humano desde el principio de su historia y en razón del desarrollo del conocimiento y fuerza, para satisfacer sus necesidades, inevitablemente tuvo que vincularse con otras personas como en la actividad de la caza, en la que se produce una importante división social del trabajo: la asignación de funciones según la condición sexual y la edad, y a medida que progresó esta relación, se presentaron distintas formas de retribución por esta actividad o trabajo realizado, iniciando por el trueque, metales preciosos, etc., siendo la moneda la última y actual forma de pago que determinó la relación de trabajo como se maneja hoy, dando lugar al contrato de trabajo (individual), que según el Art. 8 del Código de Trabajo Ecuatoriano “es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”.

Formada así la relación laboral, cada país tiene su propia ley laboral que establece el régimen de esta relación y lo referente al contrato de trabajo, duración y terminación del mismo. Tal es el caso del Estatuto de los Trabajadores de España, que en su Art. 49 establece las formas de extinción del contrato de trabajo y entre ellas tenemos:



- a) Por mutuo acuerdo de las partes.
- b) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.
- c) Por despido del trabajador, etc.

Así también el Código del Trabajo argentino, Art. 61, establece las causas de terminación legal del contrato de trabajo:

- Por mutuo consentimiento;
- Por expiración del plazo fijo pactado;
- Por decisión unilateral del empleador.

El Código de Trabajo ecuatoriano en su Art. 169, plantea de forma taxativa las causas de terminación de contrato de trabajo así:

1. Por las causas legalmente previstas en el contrato;
2. Por acuerdo de las partes;
3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato;
4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio;
5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo;
6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;
7. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código;
8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; y,
9. Por desahucio.



Todo contrato de trabajo es susceptible de ser terminado, y tomando como ejemplo las legislaciones referidas anteriormente, cada país en su legislación contempla la posibilidad de que la relación laboral se extinga por decisión unilateral por parte del empleador bajo el modo que la misma ley lo establezca; pero, ¿Qué sucede si esta extinción de la relación laboral se da por decisión unilateral por parte del empleador sin que exista causa alguna y sin obedecer o seguir los planteamientos legales en cuanto a terminación del contrato laboral se refiere?

En España ante tal situación, se dictó el Decreto número 360 del 26 de octubre de 1956 (por el que se modifica el texto refundido de la ley de Contrato de Trabajo) que regula la sanción por Despido Improcedente (en nuestro país denominado Despido Ineficaz). Según este Decreto, al trabajador despedido se le concede el derecho de readmisión o una indemnización, esto en virtud del Art. 5, regla Tercera, literal b) del mencionado Decreto que establece: “Si el Magistrado en el fallo que dicte, califica al despido de procedente, declarará resuelto el contrato de trabajo sin derecho a indemnización al operario despedido, en caso contrario condenará a la empresa a que readmita al trabajador o le abone una indemnización..., concediendo la opción al empresario cuando ocupe menos de cincuenta operarios fijos y al trabajador si excediere de este número” (FRANCO, 1956).

Hoy en día en España, se mantiene esta regla, la opción del empleador entre readmisión o indemnización, más, si el trabajador despedido es un representante de los trabajadores, la opción recaerá en el trabajador.

Así también, el Código de Trabajo Colombiano regula la terminación unilateral sin justa causa de la siguiente manera:

*“la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada por parte del empleador, o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una*



*indemnización...*” (De acuerdo al tiempo de trabajo se plantea un porcentaje de pago por indemnización).

Por lo expuesto, si el empleador da por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y de manera unilateral, tendrá que indemnizar al trabajador despedido o readmitirlo a su puesto de trabajo bajo las circunstancias que cada legislación establece.

## 1.2. Concepto de Despido Ineficaz

El Despido Ineficaz se presenta no como una figura jurídica rígida, más al contrario, en cada país se presenta con su realidad y características propias, a prorrata del tiempo de trabajo, por ejemplo; sin embargo, mantiene sus elementos esenciales, como el elemento formal que es el despido sin justa causa o injustificado, y el elemento material que es la indemnización económica y/o la readmisión del trabajador.

El Código de Trabajo ecuatoriano define al despido ineficaz de la siguiente manera:

*“Art. 195.1.- **Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.** - Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara. Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187.”*

Entonces el despido ineficaz es el despido intempestivo (terminación unilateral de la relación laboral por parte del empleador) en contra de mujeres embarazadas, o mujeres asociadas a su condición de maternidad y dirigentes sindicales; de ello es básico recordar lo que es el despido intempestivo que se analizará más adelante.



“Por regla general, **la doctrina y las legislaciones de varios países** de la región se refieren como “despido ineficaz” o “nulo” a aquel que, siendo declarado como tal por autoridad competente, da derecho al trabajador a reintegrarse a su puesto de trabajo (readmisión) y recibir el pago de los “salarios caídos”, que son aquellos que no percibió durante el tiempo en el que se encontraba impedido de prestar sus servicios lícitos y personales a favor del empleador que dio por terminada las relaciones laborales sin cumplir con el trámite administrativo que autorice el despido” (Qui Toris, 2015).

Siendo la readmisión uno de los derechos que tiene el trabajador despedido, es necesario conceptualizar la misma

*“La readmisión es el derecho que tiene el trabajador de ser reintegrado a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que mantenía al momento de su separación. Si el patrono decidiere no readmitir al trabajador deberá indemnizarlo por despido intempestivo, sin perjuicio de las garantías especiales de estabilidad señaladas en nuestra legislación (ecuatoriana) para casos específicos” (Qui Toris, 2015).*

En consecuencia, el Despido Ineficaz es:

“Todo despido que tenga por móvil, alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Ecuatoriana o en la ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (Bañez García , 2014)”

Según el Código de Trabajo Ecuatoriano, el despido será ineficaz en los siguientes casos:

1. El despido intempestivo del trabajador miembro de la directiva de la Organización de trabajadores.
2. El despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara.



### 3. Despido por discriminación.

En conclusión, el despido ineficaz representa para ciertos trabajadores, seguridad laboral, la esperanza de continuar en su puesto de trabajo aun después de ser despedidos de forma intempestiva; pero, siempre y cuando estos trabajadores cumplan con la condición que establece el Código de Trabajo, ser mujeres embarazadas o asociadas a su condición de maternidad o dirigentes sindicales.

La base del despido ineficaz, es que el despido intempestivo debe ser probado y demostrando dentro de la condición señalada en el párrafo anterior. De concluir en la existencia de despido intempestivo, se determina su ineficacia, la cual debe ser declarada por Autoridad competente tal como lo señala la Doctrina y las legislaciones de varios países, y así el empleador cumpla con los efectos que señale la Ley laboral, que en el presente caso, es la readmisión más el pago de los salarios que no percibió en el tiempo que se le imposibilitó continuar trabajando.

#### 1.3. El Despido Ineficaz en Ecuador

En ciertos países el Despido Ineficaz ha sido regulado hace varios años atrás; sin embargo, en Ecuador esta figura jurídica es novísima dado que, en el tercer suplemento del Registro Oficial número 483 de fecha 20 de abril del 2015 se publica la “Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar”, reformando así el Código del Trabajo y la Ley de Seguridad Social, e incorporando a la Ley laboral ecuatoriana la figura del despido ineficaz, teniendo como fin el garantizar el principio de estabilidad laboral de las mujeres embarazadas y mujeres como consecuencia de su condición de maternidad así como de los dirigentes sindicales, y específicamente en las primeras, garantizar el principio de inamovilidad laboral.

La incorporación del despido ineficaz en la legislación ecuatoriana tiene como antecedente al **despido injustificado**, que fue incluido en nuestra legislación



por el Protocolo de San Salvador (Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos del 17 de noviembre de 1988), en que los Estados partes, incluyendo nuestro país, tienen la obligación de garantizar el goce del derecho al trabajo de todas las personas, y especialmente garantizar el literal d) del Art. 7 de dicho protocolo:

**Art. 7.- Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.**

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

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

Cabe recalcar que, en Ecuador “en la normativa laboral vigente hasta el 19 de abril de 2015, la readmisión no era obligatoria para el patrono, atendiendo al principio constitucional de libre contratación que permite al empleador decidir con qué trabajadores mantener o no un contrato individual de trabajo. Lo dicho cambió con la publicación de la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, que incorpora el concepto de “despido ineficaz” en nuestra legislación, como un despido intempestivo que recae sobre mujeres embarazadas o como consecuencia de su condición de gestación o maternidad y dirigentes sindicales” (Qui Toris, 2015).

Entonces, en los casos de “despido injustificado”, el trabajador o la trabajadora dirigente sindical o mujer embarazada o mujeres asociadas a su condición de maternidad, despedido o despedida intempestivamente, tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión a su puesto de trabajo o a cualquier otra



prestación, sin embargo estos tres derechos referidos anteriormente (indemnización, readmisión u otra prestación) son excluyentes el uno del otro, por lo que, cada Estado decide si incluir en su legislación laboral uno o más de ellos, y Ecuador por la vigencia de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, ha optado por los dos derechos, el de indemnización y el de readmisión.

De lo dicho queda claro, que la estabilidad laboral es el máximo derecho que la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar pretende garantizar; sin embargo, ni ahora, ni años atrás se ha ejercido de la misma forma para todos los trabajadores del Ecuador, puesto que a decir del Dr. Fernando González Calle en su publicación *El Despido: Ineficaz, Discriminatorio y La Carga De La Prueba* señala que:

*“En Ecuador, sobre el tema estabilidad han existido tres momentos. El primero: Quienes prestan sus servicios en el sector público estabilidad absoluta y para quienes están regulados por el Código del Trabajo estabilidad relativa, esto hasta el 12 de julio del 2011. El segundo: En esta fecha se publica el Decreto Ejecutivo Nro. 813 que reforma el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y se incorpora la denominada “renuncia obligatoria”, con esta tanto el sector público como el régimen del Código del Trabajo, están sometidos a los beneficios de la estabilidad relativa y el Tercero: con la vigencia del despido ineficaz se genera grupos de personas beneficiarias de la estabilidad absoluta o del principio de inamovilidad, los demás, públicos y privados, solo una estabilidad relativa” (Gonzalez Calle, 2015).*

En el texto anterior se puede observar dos realidades. La primera que, a pesar de la creación de varias leyes, reglamentos, reformas laborales, se sigue padeciendo de una estabilidad laboral relativa en Ecuador y aunque la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar se creó con el fin de garantizar la estabilidad absoluta, ésta solo beneficia a un grupo mínimo de trabajadores, quienes son las mujeres embarazadas, mujeres protegidas a



consecuencia de su condición de maternidad y los representantes sindicales. Segundo, la existencia de una clasificación de estabilidad: absoluta y relativa.

Conceptualizando, estabilidad relativa y absoluta de la siguiente manera:

*“Cuando se niega al patrono, de manera total, la facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad y únicamente se permite la disolución por causa justificada que deberá probarse ante la junta de conciliación y arbitraje en caso de inconformidad del trabajador.”; y Estabilidad relativa: “Cuando se 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 (De la Cueva, El nuevo Derecho mexicano del trabajo, 1978)”*

#### **1.4. El Despido y la Estabilidad Laboral en la Constitución Ecuatoriana.**

Partiendo del Concepto de estabilidad, El Dr. Viteri Llanga manifiesta que:

*“(...) es el derecho de la clase trabajadora para la permanencia y continuidad ocupacional en el medio empresarial estable para el cual ha desenvuelto sus actividades, con la recíproca obligación del empleador de no privarle del trabajo mientras no hubiere causas legales que lo motive, o hechos legales o justificables que determinen la separación (Viteri Llanga, 2008)”*

Para Mario Deveali la estabilidad laboral es:

*“es el derecho del trabajador a conservar su puesto de empleo durante toda su vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes, a no ser por alguna causa taxativamente determinada” (Deveali, 1968).*

De lo dicho, la estabilidad laboral es aquella seguridad que tiene cada trabajador de que el día de mañana continuará trabajando, teniendo la



oportunidad de seguir luchando por conseguir mejores prestaciones y beneficios laborales para alcanzar un estilo de vida digno para él y su familia.

La Constitución del Ecuador, como norma superior y fundamental en el ordenamiento jurídico, garantiza a las personas trabajadoras, una serie de derechos que son necesarios para alcanzar ese estilo de vida, o de alguna forma, lo que el Estado desea para todos sus ciudadanos, el Sumak Kawsay; que, si bien beneficia al trabajador y su familia, también genera una repercusión a nivel social. Así lo señala el Doctor Trujillo:

*“El Estado también se encuentra interesado en que los trabajadores permanezcan en sus empleos, no sólo por consideración a los intereses del trabajador, sino, sobre todo, por razones de orden social, ya que las ventajas económicas y sociales del pleno empleo no se las puede lograr con las fluctuaciones de la mano de obra; además, si el trabajo es un derecho y un deber, como lo declara nuestra constitución política, el trabajador que se queda sin empleo sin causa razonable debe tener la facultad de exigir que se le proporcione nueva ocupación o que se le compense con una pensión lo que dejare de percibir por concepto de remuneraciones” (Trujillo, 1992)*

Siguiendo el lineamiento de que la Constitución del Ecuador es garantista, en su sección tercera “Formas de trabajo y su retribución” perteneciente al capítulo sexto “Trabajo y producción” garantiza el trabajo en los siguientes artículos:

*Art. 325.- “El Estado garantizará el derecho al trabajo...”*

Ratificando este artículo con lo establecido en el artículo 33

*Art. 33.- **Naturaleza jurídica del derecho de trabajo.**- El trabajo es un derecho, 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.”*



Este artículo permite ver que la Constitución, además de ser garantista de derechos es también proteccionista.

Sin embargo, la estabilidad laboral no está establecida de forma expresa en nuestra Constitución, pero si se reconoce de forma tácita al tenor de los siguientes textos:

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

- 1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.*

A pesar de que no existe en nuestra actual Constitución (año 2008) un artículo en el que conste de manera expresa reconocida la institución de la estabilidad laboral, este artículo establece que el Estado fomentará la eliminación del desempleo, entendiéndose un compromiso en la búsqueda y creación de proyectos o inversiones que proporcionen a las personas plazas de trabajo y a la misma vez, sea este permanente.

La Constitución del Ecuador al garantizar el derecho de trabajo para todos los ciudadanos, prevé la seguridad laboral de los grupos vulnerables, entre ellos las mujeres embarazadas o mujeres asociadas a su condición de maternidad y los representantes sindicales, sujetos principales en el desarrollo de este tema, quienes resultan ser los sujetos agraviados por el despido ineficaz. En varios artículos se reconoce y protege sus derechos al trabajo tal es el caso del siguiente artículo:

*“Art. 331.- El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades.*



*Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo”*

Precisando la protección de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de maternidad en la Constitución establece lo siguiente:

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

En virtud del tema al que se refiere el presente trabajo, la seguridad y protección que la mujer embarazada debe tener en su trabajo, puesto que la Constitución de forma expresa, garantiza estabilidad laboral en dos momentos o de dos maneras, primero, “estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijos” y segundo, “prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad”. Derechos que, gracias a la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se harán efectivos en virtud de los artículos que más adelante se referirán.

### **1.5. El Despido Ineficaz en el Código de Trabajo y en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.**

El Código de Trabajo Ecuatoriano en el Capítulo X “Del Desahucio y del Despido”, que a su vez se encuentra en el Título I “Del Contrato Individual de Trabajo”, hasta antes de la publicación de la Ley Orgánica para la Justicia



Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, regulaba el despido pero únicamente bajo la figura de despido intempestivo, dado que, si cualquier trabajador era despedido sin justa causa, su empleador debía únicamente indemnizarlo de acuerdo a esta figura, es decir cancelar al ex trabajador una suma determinada de dinero.

Así el despido intempestivo en el Código de Trabajo (antes de la reforma de abril de 2015) era regulado de la siguiente manera:

**a) En los contratos a plazo fijo.**

Otorgando al trabajador despedido la posibilidad de escoger entre a) “la indemnización por despido intempestivo” planteada en el Art. 188 del Código de Trabajo (artículo que la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar no ha modificado), a manera de escala en conformidad con el tiempo de servicios; b) entre la indemnización que establecía el Art. 181 del Código de Trabajo “Indemnización por terminación del contrato antes del plazo convenido” del mismo cuerpo legal. De esta última, el empleador pagaría al trabajador una indemnización equivalente al 50% de la remuneración total, por todo el tiempo que faltare para la terminación del plazo pactado; sin embargo el Art. 181 y en concordancia con éste artículo, el Art. 189 del mismo cuerpo legal “indemnización por despido en contrato a plazo fijo”, fueron derogados en virtud del Acuerdo Ministerial No. 88 emitido por el Ministerio del Trabajo, en aplicación a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, respecto a los contratos individuales de trabajo a plazo fijo y de enganche.

El Acuerdo Ministerial No. 88 contempla que, a partir del uno de enero del 2016, NO se podrán celebrar contratos individuales de trabajo a plazo fijo y, los contratos celebrados hasta el 19 de abril de 2015 seguirán vigentes hasta la fecha estipulada de su culminación sin que puedan ser renovados, pero posterior al 20 de abril de 2015 si se podrán celebrar contratos individuales con un plazo de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015, los que tampoco



podrán ser renovados. Vencido este plazo, de no haberse presentado el desahucio, estos contratos de plazo fijo se transforman automáticamente en contratos de trabajo indefinido.

Con esta reforma concerniente a los contratos de trabajo, el Art. 14 del Código de Trabajo fue sustituido por el siguiente:

*“El contrato individual de trabajo a tiempo indefinido es la modalidad típica de la contratación laboral estable o permanente, su extinción se producirá únicamente por las causas y los procedimientos establecidos en este Código”.*

A su vez, en concordancia con estos artículos, es importante señalar que el artículo 20 del mismo cuerpo legal, dispone el intercambio de información:

*“Art. 20.- **Cruce de información.** - Para efectos del ejercicio de las facultades legales conferidas al Ministerio rector del trabajo, este podrá solicitar el intercambio o cruce de información con la base de datos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.*

*No se registrarán los contratos que deban celebrarse por escrito en el Ministerio rector de trabajo.”*

En otras palabras, con la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, los contratos de trabajo a plazo fijo fueron eliminados y en su lugar deben celebrarse contratos indefinidos, los mismos que no deben ser registrados en el Ministerio de Trabajo.

**b) En el caso de cambio de ocupación**

La Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, no reformó este aspecto, por lo tanto, siempre y cuando el trabajador reclame su indemnización por despido intempestivo dentro de los sesenta días siguientes al hecho generador, o a la orden del empleador, éste último, deberá indemnizar al trabajador como lo establece el Art. 188.

**c) Liquidación de negocio**



De igual manera, la reforma no modificó lo referente a la liquidación de negocio, de ahí que el empleador deberá indemnizar al trabajador despedido intempestivamente de acuerdo a la escala que establece el Art. 188. Tanto el Código actual y el Código anterior a la reforma establecen que *“el empleador da por terminadas las relaciones laborales, deberá pagar a los trabajadores cesantes la bonificación e indemnización previstas en los artículos 185 “Bonificaciones por desahucio” y 188 “Indemnizaciones por despido intempestivo””*.

Cabe recalcar que la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, también reformó la figura del Desahucio, puesto que el Art. 184 del Código de Trabajo vigente (después de la reforma de abril de 2015) establece que, desde el 1ero de enero de 2016 únicamente la parte trabajadora puede hacer uso de esta figura. Sin embargo, en virtud del Acuerdo Ministerial No. 88 “Norma para la Disposición Transitoria Segunda de Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar”, tanto el empleador como el trabajador pueden presentar el desahucio, siempre que el contrato celebrado entre estas partes haya sido un contrato de trabajo a plazo fijo y que se lo haya celebrado hasta el 19 de abril de 2015; o, en el caso de haber celebrado un contrato de plazo fijo desde el 20 de abril de 2015 hasta el 31 de abril del mismo año, dado que en ambos casos, estos contratos tendrán absoluta vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015. De no presentar el desahucio, el contrato a plazo fijo se transformará en Contrato de Trabajo Indefinido.

Así lo establece el Art. 3 inciso tercero y el Art. 5 del Acuerdo Ministerial No. 88:

**Art. 3.- De los contratos individuales de trabajo a plazo fijo.** - *“una vez vencido el plazo de vigencia estipulado, y de no mediar desahucio solicitado por la parte empleadora o por la persona trabajadora, dichos contratos pasan a ser contratos individuales de trabajo a plazo indefinido”*.

**Art. 5.- Del desahucio.** - *“La solicitud de desahucio de la parte empleadora o la persona trabajadora para la terminación de la relación laboral en los contratos individuales de trabajo a plazo fijo previstos en el artículo 3 del presente*



*Acuerdo, deberá ser comunicado por escrito a la otra parte, incluso por medios electrónicos, con al menos quince días a la fecha de cese definitivo de las labores, sin que se requiera la intervención del Inspector del Trabajo.*

*En caso del desahucio solicitado por la persona trabajadora, dicho plazo podrá reducirse con la aceptación de la parte empleadora, al momento de recibir la comunicación prevista en el inciso precedente. No será necesaria la comparecencia de las partes ante el Inspector del trabajo”.*

Entonces, hasta el 31 de diciembre de 2015, cualquiera de las partes de la relación laboral podía presentar el desahucio y desde el 1ero de enero de 2016 únicamente el trabajador, y en este último caso procederá, siempre que notifique al empleador su deseo de terminar la relación laboral con el plazo mínimo de 15 días; sin embargo, de ser aceptada la solicitud por el empleador, estos días pueden disminuir o el trabajador puede retirarse ese mismo día de sus labores. Además, se establece la facilidad de que esta notificación se realice incluso por medios electrónicos, con la condición de tener el respaldo correspondiente para justificar la fecha en la cual se dio y entregó la notificación.

La bonificación que por desahucio le corresponde al trabajador, ahora y antes de la publicación de la referida Ley, según el Art. 185 del Código de Trabajo, es el 25% de la última remuneración por cada año de servicios prestados para el mismo empleador. En virtud de esta bonificación por desahucio, el Art. 184 del mismo Código inciso segundo, establece que el empleador cancelará al trabajador, la misma bonificación en el caso de que la relación laboral termine por acuerdo entre las partes.

**Art. 184.- Desahucio. -**

*“También se pagará la bonificación de desahucio en todos los casos en los cuales las relaciones laborales terminen de conformidad al numeral 2 del artículo 169 de éste Código”.*

**d) Incumplimiento del empleador en el contrato por obra o a destajo**



Este caso no ha sido reformado. El empleador al no cumplir el contrato o por interrumpirlo, pagará al trabajador el valor de la parte ejecutada con un recargo que a su criterio fijará la autoridad competente que conozca de cada caso en particular.

Continuando con los cambios que ha presentado la Ley de Justicia Laboral en virtud del despido ineficaz, a partir del 20 de abril del año 2015 y específicamente hablando sobre los dirigentes sindicales, existen cambios en el Art. 187 que se refiere a “Las Garantías para los dirigentes sindicales”. En el Código de Trabajo anterior, estas garantías se reconocían no como un despido ineficaz sino al igual que los casos anteriores, la garantía se generaba cuando sobrevénía el despido intempestivo, creándose para el dirigente sindical, el derecho a la indemnización general que por despido intempestivo se refiere, establecida en el Art. 188 del Código de Trabajo; adicionalmente a esta indemnización, el empleador debía cancelar al trabajador la indemnización especial por despedir de forma intempestiva a un dirigente sindical planteada en el Art. 187 del Código de Trabajo (antes de la reforma del 20 de abril de 2015), que consistía en una cantidad equivalente a la remuneración de un año de trabajo. No obstante, con la reforma, el Art. 187 “Garantías para dirigentes sindicales” no establece ninguna indemnización para estos trabajadores, más bien regula el despido ineficaz; y la indemnización correspondiente por despido intempestivo a un dirigente sindical, queda establecida en el Art. 188 (Indemnización por despido intempestivo) para el trabajador en general, artículo que no ha sido modificado por la reforma al Código de Trabajo y que dichas indemnizaciones se analizarán en el capítulo III “El Despido ineficaz a Dirigentes Sindicales”.

Así también, en el caso de las mujeres embarazadas y como consecuencia de su condición de maternidad, el Código de Trabajo hasta antes de la reforma no protegía a las mujeres en razón de su estado ante un despido injustificado, únicamente se las indemnizaba por un despido intempestivo, y al igual que el caso anterior, estas trabajadoras tenían el derecho a la indemnización general planteada en el Art. 188, más la indemnización especial dada su condición,



establecida en el Art. 154 del Código de Trabajo, siendo “una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora sin perjuicio de los demás derechos que le asisten”.

Empero, la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar modificó el artículo 154 y se eliminó este inciso, debido a la creación de la figura del despido ineficaz, ya que, de lo anotado, este despido se consideraría nulo o de lo contrario se fijaría por esta razón la indemnización que en el capítulo IV denominado “El despido ineficaz de mujeres embarazadas” se analizará.

Además, el mismo artículo (modificado) regulaba que “la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio...”; pero como se expresó en líneas anteriores, debido a la reforma, el desahucio no puede ser aplicado por la parte empleadora.



## **CAPÍTULO II**

### **2. Conceptos y Principios del Trabajo en relación con el Despido Ineficaz**

#### **2.1. Conceptos del Trabajo en relación con el Despido Ineficaz.**

##### **2.1.1. Relación de Trabajo**

Para una mejor comprensión del presente trabajo, es necesario conocer ciertos conceptos relacionados con el despido ineficaz.

Según el Dr. Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico, se refiere en los siguientes términos a la Relación de trabajo:

*“Representa la idea principalmente derivada de la doctrina italiana, según la cual el mero hecho de que una persona trabaje para otra en condiciones de subordinación contiene para ambas partes una serie de derechos y obligaciones de índole laboral, con independencia de que exista, o no, un contrato de trabajo. De ahí que algunos autores, como Nápoli, digan que puede existir una relación de trabajo sin contrato, pero no un contrato sin relación de trabajo, de donde resulta que aquella es el contenido del contrato y éste, su continente. Sin embargo, a juicio de algunos autores, esa distinción es inexistente y carente de efectos jurídicos, porque, en la relación de trabajo, existe un contrato, aunque se de índole tácita, representado por el hecho de que una persona acuda a trabajar y ésta acepte su trabajo” (Cabanellas, 2008).*

Según la página online de la Organización Internacional del trabajo:

*“La relación de trabajo es un nexo jurídico entre empleadores y trabajadores. Existe cuando una persona proporciona su trabajo o presta servicios bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración.”*  
(Organización Internacional del Trabajo, 2016)

La relación de trabajo es entonces, aquel vínculo existente entre dos partes que adquieren derechos y obligaciones recíprocas. Una parte actúa como



trabajador, prestando sus servicios lícitos y personales o ejecutando alguna obra, y otra parte que actúa como empleador, quien se beneficia de los servicios prestados por la parte trabajadora, a quien paga una remuneración equivalente a dichos servicios.

### 2.1.2. Contrato de Trabajo

Según Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental es:

*“un contrato que tiene por objeto, la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes -el patrono, empresario o empleador- da remuneración o recompensa a cambio de disfrutar, o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra, denominada el trabajador” (Cabanellas, 2008).*

El Código de Trabajo vigente también define lo que es contrato de trabajo; sin embargo, da la definición de dos clases de contratos, contrato individual de trabajo y contrato colectivo de trabajo al tenor de los siguientes artículos:

**“Art. 8.- Contrato individual.** - *Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”.*

**“Art. 220.- Contrato colectivo.** - *Contrato o pacto colectivo es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo*



*empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto.*

*El contrato colectivo ampara a todos los trabajadores de una entidad o empresa sin ningún tipo de discriminación sean o no sindicalizados.”*

El segundo inciso de este artículo fue agregado al Código de Trabajo por la Ley para Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; sin embargo, antes de la publicación de la referida Ley, ya se aplicaba la protección a todos los trabajadores de una empresa que formen o no parte de un sindicato con el cual se suscribió el contrato colectivo.

De lo expuesto, el contrato de trabajo (precisamente el contrato individual), es aquel mediante el cual una persona que desempeña el rol de trabajador se obliga a prestar sus servicios lícitos y personales a otra persona que actúa en el rol de empleador, bajo su dependencia y con la promesa de una remuneración de acuerdo a lo que establece la ley.

### **2.1.3. Despido Intempestivo**

Según el boletín jurídico de la Cámara de Comercio de Quito, el despido intempestivo es:

*“Un acto unilateral e inmotivado expresado mediante actos externos y que refleja la voluntad del patrono, de dar por terminado el contrato. El trabajador es separado sin justa causa, o habiéndola, no se observa el procedimiento establecido por la Ley para dar por terminada la relación laboral, tal es el caso del empleador que no obtiene el visto bueno.”*  
(Camara de Comercio de Quito, 2013)

El despido intempestivo se determina en el momento en que el empleador, en forma unilateral y arbitraria, sin la existencia de causa legal alguna, sorpresivamente da por terminada la relación laboral, debiendo indemnizar al trabajador de acuerdo a lo establecido en el Art. 188 del Código de Trabajo, siempre que el despido intempestivo sea declarado por la Autoridad



competente. También se configura el despido intempestivo cuando el empleador, sin conocimiento o sin consentimiento del trabajador, altera la modalidad o condiciones del trabajo, como el cambio de ocupación, disminución de remuneración, y liquidación del negocio.

El Código de Trabajo en los Arts. 169 Y 172 establece taxativamente las formas de terminación del contrato de trabajo y las causas por las que el empleador puede dar por terminado el mismo, más si el vínculo laboral es disuelto por una razón que no prevén estos artículos, estaríamos frente a un despido ilegal configurándose así, el despido intempestivo y éste al recaer en representantes sindicales, mujeres embarazadas o cuando el despido esté asociado a su condición de maternidad, determinan el despido ineficaz.

#### **2.1.4. Elementos Personales en el Despido Ineficaz**

Los Elementos Personales se refieren a los sujetos que intervienen en este despido, teniendo por una parte al trabajador despedido, quien es la parte vulnerable de la relación de trabajo y a la vez quien sufre las consecuencias de un despido intempestivo por parte del empleador por cualquiera de los modos

indicados anteriormente, configurándose así la otra parte de esta relación, la parte empleadora, quien aplica el despido intempestivo sobre el trabajador, sin justa causa o como se manifestó, aunque existiera, no se sujeta al procedimiento legal para dar por terminada la relación laboral.

La parte empleadora está conformada por un empleador o grupo de empleadores, Personas Naturales o Jurídicas que, mediante contrato expreso o tácito, mantienen una relación laboral con un trabajador bajo su dependencia, con quien terminan la relación laboral de forma intempestiva, arbitraria y unilateral.

En el presente análisis, la parte trabajadora está conformada por una mujer en estado de gestación o que su despido esté asociada a su condición de maternidad o, por un representante sindical, que presta sus servicios para un



empleador o grupo de empleadores que sin justa causa despiden a la trabajadora o al trabajador.

De lo expuesto, si el empleador termina la relación unilateralmente de forma intempestiva a mujeres embarazadas o por su condición de maternidad, o el trabajador despedido es un representante sindical, se configura el despido ineficaz, el que, al ser declarado como tal por autoridad competente, el trabajador podrá elegir si reintegrarse a su puesto de trabajo u optar por la indemnización correspondiente de acuerdo con el Art. 195.2 del Código de Trabajo.

## **2.2. Principios en Relación con el Despido Ineficaz**

Es importante conocer los principios del Derecho Laboral que motivan la figura del despido ineficaz, dado que estos principios son la base fundamental de todo el Derecho laboral ecuatoriano. El legislador al crear las leyes laborales debe tener en cuenta los mismos, ya que en ellos se encuentran las reglas tendientes a regular este particular Derecho Social. Esto es así porque el trabajador se encuentra en una situación desigual frente al empleador y estos principios procuran equilibrar esta relación dispareja.

### **2.2.1. Principio Protector**

Este principio es uno de los más importantes en la legislación laboral, su finalidad es proteger la dignidad del trabajador y se efectiviza en base a tres reglas:

- In dubio pro operario. - En caso de duda en cuanto al alcance o interpretación de la Ley, (en este caso, garantías establecidas en la ley laboral sobre despido ineficaz, indemnizaciones, etc.,) siempre se resolverá teniendo en cuenta lo más favorable al trabajador. Esta tarea está encomendada a los Jueces, se refiere a la interpretación de la Ley.
- Norma más favorable al trabajador. - Se refiere a la aplicación de la Ley, cuando haya más de una norma jurídica que regule el despido ineficaz, la que sea más propicia al trabajador sin importar su orden jerárquico.



- Condición más beneficiosa. - Cuando una situación anterior es más beneficiosa se la debe respetar, se puede pactar en los contratos mejores condiciones laborales de las que la ley contempla, pero nunca perjudiciales. La aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables adquiridas por un trabajador; por lo tanto, no se puede introducir modificaciones a la relación laboral que perjudique al trabajador.

### **2.2.2. Principio de Estabilidad o Continuidad de la Relación Laboral**

Este principio de continuidad persigue que la relación laboral sea estable, permanente; concibiendo al contrato de trabajo (salvo excepciones) como una relación jurídica indefinida y/o estable, que tiene como fin el asegurar la permanencia del trabajador en la empresa. Como referencia tenemos la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, que en abril del 2015 eliminó del Código de Trabajo, la modalidad de contratos de trabajo individuales a plazo fijo y estableció que el modelo de contratación típica sería el contrato de trabajo indefinido; otorgando sin duda, permanencia laboral para los trabajadores. El Asambleísta de Alianza País Fausto Cayambe, en una

entrevista realizada por ANDES (Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica), manifiesta que *“los contratos de trabajo a plazo fijo vulneraban derechos a los trabajadores, ahora se tienen que utilizar contratos de tiempo indefinido, para tener estabilidad laboral, porque más o menos de 1.1 millones de contratos, más de 700 mil eran a plazo fijo, es decir les renovaban una sola vez y después botaban a los trabajadores”* (ANDES, 2015)

Entendiendo que el trabajo es un bien jurídico garantizado por la Constitución, las normas de Derecho Laboral deben procurar dar firmeza y permanencia a la relación laboral, tal es el caso de la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, con la cual, por primera vez en nuestro país se puede palpar la idea de una estabilidad absoluta para los trabajadores, aunque sea solo un mínimo grupo como lo son las mujeres



embarazadas y mujeres asociadas a su estado de maternidad y los representantes sindicales.

### 2.2.3. Principio de Igualdad

Este principio laboral, tiene su fundamento en el Art. 11 de la Constitución vigente al tenor del siguiente texto:

*Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

*Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, (...), condición socio-económica (...), ni por cualquier otra distinción. La ley sancionará toda forma de discriminación.*

Considerando en primera instancia, el principio de **igualdad ante la ley** o **igualdad legal** establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que existan privilegios de ningún tipo.

El principio de igualdad en el ámbito laboral, se concreta en la equivalencia de trato de parte del empleador hacia sus trabajadores, un trato igual, para

iguales, en iguales circunstancias. Lo que deja ver que a pesar del estado de gestación de la mujer trabajadora, ésta no podrá ser despedida, así tampoco el representante sindical, por su pensamiento ideológico político o religioso contrario al de su empleador.

### 2.2.4. Principio de Irrenunciabilidad

“Todo contrato individual que menoscabe los derechos otorgados al trabajador, por las leyes laborales, los estatutos especiales o los convenios colectivos de trabajo, será nulo en cuanto a las cláusulas que nieguen esos derechos.” (La Guía, 2010).

Entonces el principio de irrenunciabilidad, en su afán de conseguir una equidad de derechos en la relación laboral, protege en el sentido de que el trabajador



esté imposibilitado de privarse voluntariamente, de las garantías que le otorga la legislación laboral, aunque sea por beneficio propio. Lo que ha renunciado o lo que de alguna forma lo obligaron a renunciar está viciado de nulidad absoluta.

“La autonomía de la voluntad no tiene ámbito de acción para los derechos irrenunciables. Esto evidencia que el *principio de la autonomía de la voluntad* de Derecho privado se ve severamente limitado en el Derecho laboral”. (Fernandez Hernandez & Campiña Dominguez, 2015)

Así, el derecho de libre albedrío del trabajador no tendría eficacia en cuanto a renuncia de derechos, por ejemplo, una trabajadora no puede renunciar a su salario por el tiempo que tenga licencia para el parto, o aceptar uno que sea menor al establecido por ley o si quisiera reponer los días de licencia, contrario a lo establecido por Ley, la trabajadora, quisiera extender su jornada de trabajo a 18 horas cuando la jornada de trabajo diaria máxima es de 12 horas (incluido horas suplementarias).

De lo expuesto, no se le puede hacer renunciar al trabajador derechos acordados por ley y si de hecho se produce, carecería de todo valor para exigir el cumplimiento del acuerdo laboral por el trabajador; y en el caso de que el empleador, creyéndose asistido de un derecho contenido en algún documento firmado por el trabajador, y lo pretenda hacer valer ante la justicia, la autoridad competente que conozca el caso, ordenará al empleador, cumplir con todos los pagos y beneficios al trabajador, en virtud del Art. 326 numeral 2 de la Constitución del Ecuador:

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

*2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.*

### **2.2.5. Principio de Razonabilidad**

Este principio regula el ejercicio de los derechos de las partes, tomando como fundamento que los sujetos intervinientes en la relación laboral, deban proceder conforme a su conciencia.



Tanto el trabajador como el empleador deben ejercer sus derechos y obligaciones de acuerdo a razonamientos lógicos de sentido común, sin incurrir en conductas abusivas del derecho que le asiste a cada uno.

Bajo la figura de este principio y siendo análogo con el principio de proporcionalidad, un empleador no podrá de forma unilateral, rescindir el contrato laboral porque el trabajador haya cometido una falta muy leve. Se consideraría un abuso el excusarse de tal hecho para dar por terminada la relación laboral, puesto que para estas faltas leves, existen otras herramientas de las cuales se puede valer el empleador como medio sancionatorio, una llamada de atención o multa en proporcionalidad a la falta cometida por el trabajador.

Sí, tan solo por una falta leve se despliega el principio de razonabilidad, aún más, cuando de forma unilateral el empleador resuelve el contrato de trabajo contraído con un representante sindical o con una mujer embarazada o mujer asociada a su condición de maternidad. Queda claro que este despido es ineficaz, sin embargo de ocurrir el despido intempestivo, el juez deberá atenerse al principio de razonabilidad para determinar si el ejercicio del derecho que tiene el empleador de rescindir el contrato está siendo usado de manera razonable o si, por el contrario, constituye un abuso.

#### **2.2.6. Principio de Buena Fe**

El principio de buena fe, fija determinado comportamiento para ambas partes de la relación de trabajo. Conlleva un modelo de conducta social que la ley exige a las personas conforme a un modelo o prototipo de conducta social basado en la rectitud y honradez.

Sin embargo este principio es una presunción, una esperanza de que las relaciones y conductas entre trabajador y empleador se efectúen de buena fe.

En base a este principio, se supone una actuación ejecutada en forma honesta y honrada, dirigida a obtener confianza recíproca entre las partes, quienes cumplirán con sus obligaciones; por el contrario, aquel que invoque la mala fe deberá demostrarla, recayendo la carga de la prueba en éste último,



Este principio persigue el correcto proceder de las partes que intervienen en la relación laboral, y de llegar el fin de esta relación, no exista la necesidad de sanciones, ya que el empleador respetó el derecho de estabilidad de la mujer trabajadora en estado de embarazo o asociada a su condición de maternidad y del trabajador representante sindical, por su parte, estos trabajadores no abusaron de su situación, si no que la culminación de la relación laboral se debió por causas ajenas a estas condiciones especiales de los trabajadores.

### **2.2.7. Principio de la Primacía de la Realidad**

Este principio significa que, en caso de discordancia entre lo que se plasma en los documentos o acuerdos escritos y lo que sucede en la práctica, prevalece lo último.

Por el devenir social y la mutabilidad de las relaciones laborales, un documento o convenio escrito en el ámbito laboral, puede quedar desfasado en cuanto a la realidad actual de diversas relaciones; por lo tanto, hacer depender esa realidad inminente de formas rígidas y estrictas como son los contratos, resulta incongruente y contrario a la praxis. Por ejemplo, si un empleador alega que un representante sindical, jamás ha trabajado bajo su dependencia, y que de ello

no existe ningún documento escrito que justifique dicha relación como roles de pago, planillas del IESS, etc., no puede resolverse el conflicto tan solo con la palabra del empleador, la autoridad competente debe resolver en virtud de los hechos.

Con éste principio se establece una protección a la clase trabajadora, que en algunos casos carece de documentos que justifiquen el reclamo de cumplimiento de sus derechos.



## 2.2.8. Principio de Libertad de Asociación

Es necesario iniciar este tema con una de las frases de Aristóteles quien señaló "es el hombre ser sociable por naturaleza; lo es más que la abeja y todos los animales que viven agrupados".

Este principio faculta a un trabajador en sentido individual, a incorporarse o no a un sindicato u otra organización de trabajadores; en lo colectivo a constituir un sindicato u otra Organización, organizarlo y actuar externamente sin prohibiciones ni injerencias o discriminaciones de los empleadores.

La libertad de asociación o libertad sindical es un derecho fundamental y constitucional que les asiste a los trabajadores para organizarse y defender sus intereses comunes. Esta asociación comprende todos los atributos de la libertad sindical; al respecto la Constitución del Ecuador establece:

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

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

En virtud de este tema, un trabajador puede integrarse a cualquier Organización, sin temor a cualquier represaría por parte del empleador en

cuanto a su actuar dentro de dicha Organización, peor aún ser sujeto de despido intempestivo puesto que la garantía de estabilidad laboral y libertad de organización está contemplada en la misma Constitución de la República del Ecuador, siendo ratificada y haciéndose efectiva esta garantía en los Arts. 187 y 195.1 del Código de Trabajo reformado por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.



### 2.2.9. Principio de Inamovilidad

Es necesario Iniciar este tema planteando una corta definición de inamovilidad. En términos generales, es aquel mecanismo de protección que utiliza el Estado contra el hecho de que un trabajador sea despedido sin justa causa.

Este principio tiene correspondencia directa con el principio de continuidad puesto que el derecho de estabilidad absoluta en el trabajo, está investido de Inamovilidad laboral. Los trabajadores amparados por dicha figura no podrán ser trasladados, despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo; sin embargo, no significa que por estar protegidos por el principio de inamovilidad laboral, los trabajadores cometan cualquier falta a pretexto de que no puedan ser despedidos; están protegidos hasta el límite que establece la misma ley en cuanto a despido ineficaz y de existir razón para el despido, el empleador está en todo su derecho de disolver el contrato de trabajo, previo el cumplimiento de los procesos que señala la Ley, concretamente obtener el Visto Bueno por cualquiera de las causas señaladas en los Arts. 172 y 173 del Código de Trabajo y cumpliendo con el procedimiento establecido en el Art. 621 bis ídem, trámite que deberá presentarse ante el Señor Inspector de Trabajo de cada provincia, quien es la autoridad administrativa competente para declarar la terminación del contrato de trabajo.

El Doctor De La Cueva, define la inamovilidad laboral en los siguientes términos:

*“La inamovilidad laboral ocurre cuando se le niega al patrono, de manera total y absoluta, su facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad, y únicamente se permite la disolución por causa justificada”*



## CAPÍTULO III

### **3. El Despido Ineficaz a Dirigentes Sindicales**

#### **3.1. Organizaciones de Trabajadores**

De forma general, una organización es aquella asociación de personas que tienen los mismos intereses y que buscan un fin común, siendo necesario en el presente trabajo analizar que es una Organización de Trabajadores específicamente.

##### **3.1.1. Concepto de Organización o Asociaciones de Trabajadores**

Es importante iniciar este tema afirmando que la legislación ecuatoriana, de forma general da el nombre de Organización de Trabajadores al conjunto de trabajadores que se agrupa por razones laborales afines para perseguir y conseguir un propósito común; cuya clasificación comprende el Sindicato, Asociación, Comité de Empresa y Comité Especial.

El Código de Trabajo vigente no da una definición de Organización de trabajadores, sin embargo por su importancia marcada en el presente tema, es necesario remitirse a la doctrina para presentar un concepto. Al respecto, Cabanellas manifiesta lo siguiente:

*“es aquella que considera la primordial facultad de todo individuo integrante de la producción, sea como trabajador o como patrono, para unir sus esfuerzos, intereses y responsabilidad con otros pertenecientes a su mismo grupo profesional o conexo, para defensa y efectividad de sus derechos profesionales, en los varios enfoques laborales, económicos y sociales”* (Cabanellas, 2008)

Para la autora Monesterolo Graciela en su obra “Instituciones del Derecho Laboral Colectivo”, las **Organizaciones de Trabajadores** son:

*“Organizaciones permanentes de trabajadores de una misma profesión, oficio o lugar de trabajo, que persiguen de manera concertada, mejorar*



*los derechos y garantías en el desarrollo de su actividad laboral o productiva.”*

Según Cabanellas, al decir que la Organización de trabajadores, es una facultad laboral primordial de todo trabajador, se concluye en que, es un derecho inherente a la naturaleza del trabajador, que, teniendo los mismos intereses, se agrupan para hacer efectivos sus derechos sin olvidar o disminuir sus obligaciones laborales.

Si el objetivo principal de estas Organización, es defender a los trabajadores y hacer efectivos sus derechos, es necesario investir de seguridad laboral a los trabajadores y garantizar su derecho de permanencia o estabilidad laboral, para que se pueda dar la afiliación y por ende la constitución de estos organismos.

En este fin, el Estado en su labor legislativa, crea normas laborales que protegen a los trabajadores, miembros de una Organización y a su vez, les garantiza el derecho de afiliarse en la Organización de su elección, así como la desafiliación en cualquier momento. Al respecto tenemos el Art. 441 del Código de Trabajo que establece la protección que el Estado otorga a los trabajadores, siempre y cuando se persigan los fines establecidos en el mismo artículo.

*“Art. 441.- **Protección del Estado.**- Las asociaciones de trabajadores de toda clase están bajo la protección del Estado, siempre que persigan cualquiera de los siguientes fines:*

- 1. La capacitación profesional;*
- 2. La cultura y educación de carácter general o aplicada a la correspondiente rama del trabajo;*
- 3. El apoyo mutuo mediante la formación de cooperativas o cajas de ahorro; y,*
- 4. Los demás que entrañen el mejoramiento económico o social de los trabajadores y la defensa de los intereses de su clase.”*

En cuanto a la clasificación de la Organización de trabajadores, específicamente el **Sindicato**, la página online denominada Derechoecuador.com, en su investigación titulada “Asociación de trabajadores”, el Sindicato de trabajadores es:



*“El Sindicato.- Como organización laboral, es la unión libre y voluntaria de personas que ejercen una misma profesión u oficio, que se constituye con carácter permanente y con el objeto de defender los intereses profesionales de sus integrantes para mejorar sus condiciones económicas y sociales.” (Derechoecuador.com, 2013)*

Siendo así, en la legislación ecuatoriana, los sindicatos son aquellas Organizaciones conformadas en una empresa por treinta o más trabajadores, pudiendo existir más de un Sindicato en la misma empresa. Su constitución se debe a objetivos comunes, como por ejemplo ser representados, no solo ante sus empleadores sino también ante las autoridades. El primordial propósito es velar por los intereses comunes.

En cuanto a la **Asociación de trabajadores**, el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, presenta un concepto de Asociación de trabajo en el Art. 10, al tenor del siguiente texto:

*“Asociación es toda Organización de trabajadores o de empleadores que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.”*

Para Nelly Chávez de Barrera, en su obra “Derecho Laboral de los Trabajadores”, manifiesta que la Asociación no es una elección u opción que tienen los trabajadores, sino una imperiosa necesidad de los mismos, cuya base es generar fuerza social necesaria, para defender sus intereses laborales.

La Asociación de Trabajadores o Empleados, se constituye de forma similar al Sindicato, pero generalmente está formada por los trabajadores de la parte Administrativa de la empresa, con el fin de conseguir autonomía de los sindicatos.

En cuanto al **Comité de Empresa**, en términos generales, es un Sindicato pero mayoritario, es decir, que el número de afiliados para el Comité debe ser mayor que el de un sindicato. El Código de Trabajo vigente, establece en el Art. 443 que un Sindicato puede constituirse con no menos de treinta trabajadores fundadores, mientras que el Art. 452 bis ídem, establece que el Comité puede



constituirse con más del 50% de trabajadores pero nunca con menos de treinta trabajadores.

Finalizando la clasificación de las Organizaciones de Trabajadores, se encuentra el **Comité Especial**. Esta Organización observará los requisitos de constitución del Comité de Empresa y se constituirá únicamente por razones o por causas especiales, y concluirá con la finalización de las mismas; por ejemplo, para presentar un pliego de peticiones al empleador o el caso de existir un conflicto colectivo, como lo indica el Art. 512 del Código de Trabajo, que establece que en caso de conflicto colectivo, el Comité de Empresa representará a los trabajadores y de no existir tal, se formará un Comité Especial. Por lo tanto, excepcionalmente se formará el Comité Especial, si no existiera el Comité de Empresa.

Las asociaciones de empleadores y cualquiera de estas Organizaciones de trabajadores mencionadas, tienen el derecho de conformar federaciones, confederaciones, o cualquier otra agrupación sindical que contemple la Ley. Para tal efecto es necesario explicar que es cada una de estas formas de asociación.

En cuanto a **Federación**, el autor Vázquez López, en su obra titulada “El Derecho Colectivo” es:

*“la unión, alianza o liga de asociaciones o grupos organizados con finalidades comunes que pueden ser de tipo gremial, político, económico, deportivo y sindical”*

El mismo autor define **Confederación de Trabajadores** en los siguientes términos:

*“son las uniones o alianzas superiores de organismos agremiados, que abarcan y reúnen a varias federaciones de distintas ramas de actividad y a gremios distintos, su ámbito de acción es más amplio, generalmente a nivel nacional.”*



Por lo tanto, las federaciones son las asociaciones conformadas por la unión de cualquiera de las Organizaciones expuestas, y las confederaciones son las asociaciones formadas por federaciones, posicionando jerárquicamente a las confederaciones por sobre las federaciones y a estas por sobre la clasificación de Organizaciones de trabajadores, pudiendo llamarlas a estas últimas, Organizaciones de primer nivel.

Mario de la Cueva, conceptualiza federación y confederación así:

*"Los términos Federación y Confederación no tienen, técnicamente, un significado preciso: una Federación es una unión de sindicatos, en tanto que la Confederación es una unión de federaciones y sindicatos, particularmente de sindicatos nacionales..."* (De la Cueva , Derecho Mexicano, 1970).

Cada una de estas Organizaciones de trabajadores, tiene funciones y fines sobre los cuales regirse para el correcto desarrollo de las mismas, las cuales son:

(García , 2015) Las funciones primordiales:

- Representación de los trabajadores en la negociación colectiva y velar por el cumplimiento de los acuerdos adoptados.
- También actúan como representantes del afiliado cuando éste lo requiere, así como actuar como parte en los juicios o reclamaciones, asumiendo la representación del interés social.
- Promover la formación profesional
- Promover propuestas de mejoras en las condiciones de trabajo, control y ejecución de medidas de prevención de riesgos laborales.
- Participar en los procesos de contratación de nuevos trabajadores.

Cabe señalar que si estas organizaciones se han constituido conforme lo dispone la ley y si han cumplido con su registro en la Dirección Regional de Trabajo, gozan de personería jurídica, así como lo dispone el mismo Código de Trabajo:



**“Art. 442.- *Personería jurídica de las asociaciones profesionales o sindicatos.-* Las asociaciones profesionales o sindicatos gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la ley y constar en el registro que al efecto llevará la Dirección Regional del Trabajo. Se probará la existencia de la asociación profesional o sindicato mediante certificado que extiendan dichas dependencias (...).”**

### **3.1.2. Art. 440 De las Asociaciones de Trabajadores y de los Conflictos Colectivos**

El Título I del Código de Trabajo denominado de las Asociaciones de Trabajadores y de los Conflictos Colectivos, a su vez el Capítulo I titulado De Las Asociaciones de Trabajadores contiene el artículo 440 que se refiere a la Libertad de asociación.

*“Art. 440.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones.*

*Las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho de constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, así como afiliarse o retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores. Todo trabajador mayor de catorce años puede pertenecer a una asociación profesional o a un sindicato.*

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

*Cuando un empleador o empresa tuviere varias agencias o sucursales en diferentes provincias, los trabajadores en cada una de ellas pueden constituir sindicato o asociación profesional. Los requisitos de número y*



*los demás que exija la ley se establecerán en relación con cada una de tales agencias o sucursales.”*

Este artículo manifiesta que la edad mínima del trabajador para formar parte de una Organización, sindicato, federación, confederación, es mayor de 14 años, sin embargo el mismo Código de Trabajo establece que la edad mínima establecida para trabajar es 15 años, al respecto el siguiente artículo:

**“Art. 134.- Prohibición del trabajo de niños, niñas y adolescentes.-** *Prohíbese toda clase de trabajo, por cuenta ajena, a los niños, niñas y adolescentes menores de quince años. El empleador que viole esta prohibición pagará al menor de quince años el doble de la remuneración (...).”*

Por lo cual para integrar una Organización de Trabajadores, la edad mínima es de 15 años.

Continuando con el análisis del artículo 440, los empleadores en igual forma que los trabajadores, tienen derecho de participar, formar o ser miembro de Organizaciones de empleadores de toda clase, tal como lo garantiza el Código de Trabajo en el siguiente artículo:

**“Art. 458.- Asociaciones de empleadores.-** *Este Código reconoce las asociaciones de empleadores que persigan la defensa de sus intereses.”*

Conforme lo que establece el artículo 440 sobre la libertad de asociación, para la constitución de las Organizaciones de trabajadores, no se necesita de autorización previa por parte de la autoridad competente, sin embargo es necesario que los trabajadores que integran las mismas, notifiquen con este hecho al Inspector de Trabajo para que éste último a su vez, notifique únicamente con fines informativos al empleador, dentro de las 24 horas y de

esta manera queden investidos por el principio de inamovilidad laboral. Así lo contemplan los artículos:



**Art. 452.- Prohibición de despido.-** *Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá despedir a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores.*

**Art. 454.- Plazo para la notificación.-** *Recibida la notificación a la que se refiere el artículo 452 de este Código, el Inspector del trabajo la notificará a su vez al empleador, dentro de veinticuatro horas de haberla recibido y sólo con fines informativos*

El Art. 440 así como garantiza el derecho a la libre afiliación a cualquier Organización de trabajadores, también garantiza la libre separación de la misma, en cualquier momento, siempre y cuando se observe lo establecido en la Ley y en los Estatutos de dicha Organización.

## **3.2. Dirigentes Sindicales en el Código de Trabajo**

### **3.2.1. Concepto de Dirigente Sindical**

El dirigente sindical es un trabajador dependiente de la misma empresa a quien eligen los afiliados de la Organización de trabajadores internos y externos, es quien influye en otros y los motiva para que actúen con el propósito de alcanzar las metas y los objetivos de la Organización. Es aquella o aquellas personas que representan a los trabajadores ante el empleador o autoridades en contrataciones colectivas o en todas las funciones de las Organizaciones clasificadas anteriormente.

Un dirigente sindical es:

*“El trabajador elegido, por y entre los afiliados al sindicato en la empresa o centro de trabajo. Además de representar a una sección sindical de la*



*empresa, asume funciones de coordinación interna de la sección, así como de su conexión con el sindicato en que se integra” (Enciclopedia Jurídica, 2014).*

Como se ha manifestado en el presente trabajo, los representantes sindicales están investidos por el principio de inamovilidad o el derecho de estabilidad laboral, no necesariamente desde abril del 2015 que se publicó la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, si no que esta protección ya estuvo regulada en otras normas o convenios con anterioridad. Tal es el caso del Convenio 135 de la Organización Internacional del Trabajo de fecha 30 de junio de 1973, que en su artículo 1 establece:

*“Art. 1.- Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.”*

### **3.2.2. Garantías para Dirigentes Sindicales**

El artículo 187 del Código de Trabajo fue reformado por el Art. 33 de la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada el 20 de abril de 2015, disponiendo actualmente:

*“Art. 187 **Garantías para dirigentes sindicales.**- El despido intempestivo de la trabajadora o el trabajador miembro de la directiva de la organización de trabajadores será considerado ineficaz. En este caso, el despido no impedirá que el trabajador siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del periodo establecido.*

*Está garantía se extenderá durante el tiempo en que el dirigente ejerza sus funciones y un año más y protegerá, por igual, a los dirigentes de las*



*organizaciones constituidas por trabajadores de una misma empresa, como a los de las constituidas por trabajadores de diferentes empresas, siempre que en este último caso el empleador sea notificado, por medio del inspector del trabajo, de la elección del dirigente, que trabaje bajo su dependencia.*

*Sin embargo, el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo por las causas determinadas en el art. 172 de este código.”*

El Código de Trabajo, respecto de este artículo antes de la reforma disponía, que el trabajador representante de una Organización de trabajadores, no podía ser despedido intempestivamente y tampoco ser desahuciado; sin embargo, como se manifestó anteriormente, por la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, el desahucio desde el 1 de enero de 2016 no puede ser ejecutado por el empleador en virtud del Art. 30 de la misma Ley, sino únicamente por el trabajador. El actual artículo, ya no hace alusión al desahucio, sino solamente a la prohibición de despido intempestivo a dirigentes sindicales.

El artículo 187 del Código de Trabajo anterior a la reforma, contemplaba la indemnización correspondiente por despido intempestivo para los representantes sindicales; sin embargo, el actual artículo 187 ibídem concede una protección para estos trabajadores estableciendo el despido ineficaz. Para recordar, el despido ineficaz es el despido intempestivo aplicado a los trabajadores en su calidad de representantes sindicales y mujeres embarazadas o en su condición de maternidad; por lo tanto, el indicado despido, una vez reconocido por autoridad competente, otorga al trabajador la facultad de escoger entre reingresar al trabajo o la indemnización correspondiente.

La protección que ampara a los sindicalistas por despido ineficaz, los cubre desde el día en que se lleva a cabo la posesión del trabajador al cargo de

Representante de la Organización, llevada a cabo en la Asamblea General de Trabajadores, en la cual, uno de los puntos del orden del día sea la elección del



representante de la Organización; o iniciará la protección desde el día de la posesión del cargo puesto que la posesión puede ser posterior al día de la Asamblea. Para que sea efectiva la protección, se debe cumplir con dos requisitos, el nombramiento por parte de la Asamblea General y el registro en el Ministerio de Trabajo.

Tanto en la normativa del Código de Trabajo anterior a la reforma, como en el actual, continúa vigente la regulación en cuanto a si es despedido el trabajador representante sindical, no impide que continúe representando a la organización por el tiempo estipulado en los estatutos de la organización o por el tiempo para el cual fue elegido, protección que se extiende hasta por un año, posterior a la finalización de periodo de representación.

Sin embargo, como se manifestó, los representantes sindicales y las mujeres embarazadas o mujeres asociado a su condición de maternidad, no podrán cometer cualquier falta a pretexto de la protección del despido ineficaz, puesto que el empleador está facultado para dar por terminado el contrato de trabajo si el trabajador recayere en cualquiera de las causas establecidas en este mismo Código para terminar la relación laboral previo el trámite de Visto Bueno, tal como se verá en el siguiente tema.

Esta garantía de estabilidad laboral ante el despido ineficaz a los trabajadores representantes de Organizaciones, se hace presente también en el artículo 195.1 inciso segundo, así:

***“Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.-***

*(...) Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187.”*

### **3.2.3. Causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato**

El Art. 172 del actual Código de Trabajo dispone de forma taxativa, las causas por las cuales el empleador puede terminar el contrato de trabajo, siempre y cuando presente previamente el trámite administrativo de visto bueno.

A continuación, las causales:



**“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 inasistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un 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. Mas, 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 contrariar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos.”*

Respecto al numeral **uno** del Art. 172 del Código de Trabajo, se observa que la Ley considera igual grado de gravedad para disolver el contrato de trabajo, a la impuntualidad como a la inasistencia. La jurisprudencia afirma que la impuntualidad equivale a llegar tarde al trabajo como a retirarse del mismo antes de la hora de salida, ausentarse del mismo sin justificación y dentro de la



jornada. Para que el empleador termine la relación laboral basado en esta causal, las inasistencias e impuntualidades deben haberse suscitado por tres días o más, siempre que se den en un periodo de 30 días.

El numeral **dos** del Art. 172 del Código de Trabajo hace referencia a dos aspectos, la indisciplina y desobediencia al reglamento interno de trabajo, considerada como causas de despido, siendo necesario conceptualizar ambas. La desobediencia se refiere al incumplimiento de una orden directa dada por el empleador o sus representantes; y la indisciplina es la actitud de rebeldía al incumplimiento de sus obligaciones establecidas en el contrato de trabajo. Si el trabajador no cumple determinada tarea en determinado momento, es desobediencia; y si por ejemplo, el reglamento prohíbe el uso de celular en cierta área del trabajo y a sabiendas de tal regla, el trabajador lo hace, es indisciplina. Sin embargo, para que el empleador pueda dar por terminado el contrato de trabajo, estas dos causas deben ser graves, caso contrario serían sancionadas como falta leve o grave. Al respecto, el Código de Trabajo en el Art. 45 "Obligaciones del trabajador", establece que los trabajadores deberán cumplir las disposiciones del reglamento interno, y en concordancia con el Art. 172 bis ídem "Causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato" en el numeral 7, establece que el no cumplimiento de los reglamentos legalmente aprobados, constituiría causa de disolución de la relación laboral.

En cuanto al numeral **tres** del Art. 172 del Código de Trabajo, probidad significa rectitud, honradez, integridad, y la falta de probidad sería la ausencia de estas virtudes. El Art. 45, literal d, establece que es una obligación del trabajador observar buena conducta durante el trabajo. De la Cueva, en su obra "*Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*", acerca de la probidad manifiesta lo siguiente:

*"El trabajador tiene la obligación de observar una conducta social conveniente mientras subsista la relación laboral."*

La conducta inmoral, se observa cuando un trabajador, dentro de su trabajo, incurre en actos contrarios a las normas morales. En cada caso, falta de probidad o conducta inmoral por parte del trabajador, la carga de la prueba



recae sobre el empleador quien alega, que dicho trabajador, a través de hechos o palabras faltó indubitablemente a la empresa o con el patrono.

Respecto del numeral **cuatro** del Art. 172 del Código de Trabajo, hay un importante cambio. Manifiesta que el empleador está facultado para disolver el contrato de trabajo si durante la relación laboral se inferían injurias graves por parte del trabajador hacia el empleador o familiares señalados en el mismo numeral; sin embargo, el reciente Código Orgánico Integral Penal “COIP” publicado en el 2014, ya no tipifica la injuria (se eliminó esta figura jurídica) sino únicamente la calumnia de la siguiente manera:

*“Artículo 182.- **Calumnia.**- La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años...”*

Con esta reforma al Código Penal anterior, podemos observar que la reforma al Código de Trabajo no tomó en cuenta este aspecto, dado que el COIP fue reformado con anterioridad a la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, y por ende ya debería constar en ésta última la reforma en cuanto a injurias.

El numeral **cinco** del Art. 172 del Código de Trabajo se refiere a la ineptitud del trabajador, para ello es necesario saber que significa el adjetivo inepto y a que trabajador se considera inepto: El diccionario de la Real Academia define inepto así:

*“Falta de capacidad de una persona para realizar adecuadamente una actividad, función o trabajo.”*

La página jurídica Afige, da una explicación sobre la ineptitud laboral:

La ineptitud es una causa de extinción del contrato de trabajo, pero para poder proceder al despido objetivo por esta causa, deben concurrir los siguientes requisitos:



1. Que exista una verdadera falta de aptitud para el trabajo, ya sea física o psíquica que le impida al trabajador ejecutar la prestación laboral para la que fue contratado.
2. Que la ineptitud sea de cierta entidad o grado que permita apreciar que el trabajador no puede prestar sus servicios (por ejemplo la pérdida de la autorización administrativa para conducir o la no renovación de los permisos de residencia y trabajo)
3. Que la ineptitud derive de causa no imputable a la voluntad del trabajador.
4. Que la ineptitud sea posterior a la prestación efectiva de servicios y siempre que la misma no existiese con anterioridad al cumplimiento del período de prueba.

De lo dicho, esa falta de capacidad de un trabajador para realizar cierta actividad por parte del trabajador tendría que ser cierta, demostrable y que no sea voluntario.

Respecto del numeral **seis** del Art. 172 del Código de Trabajo, la Ley de Seguridad Social dispone que es obligación del empleador, en caso de relación de dependencia, inscribir al trabajador en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y al ser la ley imperativa, el incumplimiento de la ley acarrea una sanción.

El trabajador debe ser afiliado desde el primer día de trabajo, mediante un aviso de entrada, y la parte empleadora realizará el aviso de salida únicamente el último día de labores prestadas por el trabajador.

El aporte de afiliación del 20.60% (11.15% patronal y 9.45% personal), será calculado por el total de ingresos percibidos por el trabajador por concepto de remuneración, más todos los rubros detallados en el art. 11 de la Ley de Seguridad Social; remuneración que en ningún caso podrá ser inferior al salario

básico mensual o inferior a los mínimos sectoriales vigentes para cada rama de actividad económica. Al respecto, los siguientes artículos:



*Art. 73 Ley de Seguridad Social.- “**Inscripción del afiliado y pago de aportes.** - El empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconvención, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días...”*

*Art. 11 Ley de Seguridad Social.- **Materia gravada.**- (...) “En el caso del afiliado en relación de dependencia, se entenderá por sueldo o salario mínimo de aportación el integrado por el sueldo básico mensual, más los valores percibidos por concepto de compensación por el incremento del costo de vida, trabajos extraordinarios, suplementarios o a destajo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derechos de usufructo, uso, habitación, o cualesquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio.*

*Para efecto del aporte, en ningún caso el sueldo básico mensual será inferior al sueldo básico unificado, al sueldo básico sectorial...”*

De acuerdo a la denuncia injustificada del trabajador en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en contra del empleador, a la que se refiere el numeral 6, tendrá fundamento en tres casos: el primero, si se afilió al trabajador por un monto menor al que percibe mensualmente; si la afiliación no corresponde al tiempo de trabajo prestado; o si el trabajador no fue afiliado. El trabajador afectado puede denunciar estos hechos en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el órgano encargado de verificación, estudiará el caso, analizará el historial del trabajador y de ser cierta la denuncia se sancionará al empleador compeliéndolo a cancelar al trabajador las aportaciones no realizadas, además quedará asegurada la estabilidad laboral del trabajador por

dos años más. De ser falsa la denuncia, el empleador está facultado para terminar la relación laboral.



El caso de no afiliación al IESS por parte de una persona jurídica, el Código Orgánico Integral Penal COIP cataloga a este hecho como un delito contra el derecho al trabajo y a la Seguridad Social. Al respecto el art. 243 establece una sanción de tres a cinco salarios básicos del trabajador en general por cada trabajador afectado, siempre que en el término de 48 horas no se abone el valor respectivo luego de haber sido notificada. Si es una persona natural quien no afilió al trabajador o trabajadores, el COIP ubica este hecho como una contravención contra el derecho al trabajo y la sanción al empleador será pena privativa de libertad de tres a siete días, siempre que dentro del término de 48 no se abone el valor respectivo, después de haber sido notificado.

En cuanto al numeral **siete** del Art. 172 del Código de Trabajo, el empleador puede terminar la relación laboral, si el trabajador no obedece las medidas de seguridad, prevención e higiene o contrariar prescripciones médicas.

La creación de estas medidas en el trabajo constituye derechos irrenunciables para los empleadores y trabajadores, son un derecho de los trabajadores, pero también son una obligación. Los empleadores no deben permitir que el trabajador incumpla cualquiera de estas medidas, y de ocurrir, el empleador podrá ejercer su facultad sancionatoria proporcional a la infracción cometida y en caso de reincidir en la falta, el empleador podrá dar por terminada la relación laboral previo el trámite administrativo de visto bueno.

El motivo de esta causal es la seguridad de los trabajadores, así como de los bienes de la empresa, razón por la cual, su inobservancia justifica la terminación del contrato de trabajo.

### **3.3. Indemnización por despido intempestivo**

A lo largo de este proyecto de investigación se ha presentado el despido intempestivo, pero precisamente en este tema se tratará lo referente a la indemnización correspondiente por tal figura en las formas establecidas en el

Código de Trabajo, como por ejemplo, la indemnización por despido intempestivo en cuanto al cambio de ocupación.



La indemnización de acuerdo a la escala correspondiente en virtud del tiempo de labores, no ha sido modificada por la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, y se mantiene en los siguientes términos:

El Art. 188 “Indemnización por despido intempestivo”, establece que si el empleador despide de forma intempestiva al trabajador, deberá indemnizarlo según la siguiente escala:

<i>Tiempo de trabajo</i>	<i>Valor indemnización</i>
Hasta 3 años	3 remuneraciones
Más de 3 años	remuneración x c/año de trabajo (limite: 25 remuneraciones).
20 – 25 años	1 remuneración x c/año trabajo más parte proporcional de jubilación.

Este artículo además manifiesta que la fracción de un año se considerará como año completo y las indemnizaciones se calcularán en base a la remuneración percibida por el trabajador al momento del despido, más las bonificaciones de desahucio establecida en el art. 185 del Código de Trabajo.

Cuando el empleador de forma escrita y sin justa causa decide terminar la relación de trabajo, la autoridad competente dispondrá que el empleador comparezca y se ratifique o no en los hechos. Si se ratificare en su decisión, depositará al trabajador en 48 horas, el valor total correspondiente a la indemnización. De no ratificarse en el contenido del escrito, por alegar que dicho documento no es su autoría o de otro representante de la empresa, la autoridad dispondrá que el trabajador se reintegre de forma inmediata a sus labores.

El contenido de este artículo resulta ser claro, aunque se debe resaltar que la indemnización correspondiente al trabajador despedido intempestivamente, será de acuerdo a la última remuneración completa que haya percibido hasta el día en que ocurrió dicho despido; así también tendrá derecho a la bonificación



del 25% de la última remuneración percibida por cada uno de los años de servicios prestados, que le corresponde al trabajador por desahucio.

Respecto de la jubilación, si un trabajador laboró por un tiempo entre veinte a veinte y cinco años para el mismo empleador, y si es despedido, se le indemnizará de acuerdo a lo establecido en este artículo más la bonificación que por jubilación le correspondería de acuerdo a lo establecido en el Art. 216 del Código de Trabajo.

### **3.3.1. Trabajo a destajo**

#### **3.3.1.1. Concepto de Contrato a destajo**

Anteriormente se presentó a breves rasgos el contrato a destajo, sin embargo, es necesario dedicarle un tema para conocer más de esta figura.

El Código de Trabajo da la clasificación de contratos de trabajo, siendo uno de ellos el de destajo, de la siguiente manera:

*“Art. 11.- **Clasificación.**- El contrato de trabajo puede ser:*

*e) Por obra cierta, por tarea y a destajo;”*

Ante tal clasificación el legislador considero necesario y por seguridad jurídica dar una conceptualización de dicho contrato para evitar equivocaciones con los contratos mencionados en el mismo literal, contrato por obra cierta y por tarea.

Es importante manifestar que los contratos a destajo deben celebrarse obligatoriamente por escrito al tenor del Art. 19 de la ley bis ídem.

*“Art. 19.- **Contrato escrito obligatorio.**- Se celebrarán por escrito los siguientes contratos:*

*c) Los a destajo o por tarea, que tengan más de un año de duración.”*

El artículo 16 ibídem presenta la definición del contrato a destajo;



**“Art. 16.- Contratos por obra cierta, por tarea y a destajo.- (...)En el contrato a destajo, el trabajo se realiza por piezas, trozos, medidas de superficie y, en general, por unidades de obra, y la remuneración se pacta para cada una de ellas, sin tomar en cuenta el tiempo invertido en la labor.”**

Para mejor comprensión, otra definición:

*“Es aquel contrato en el que la remuneración se pacta con base a la cantidad de unidades o labores que el trabajador realice en una jornada determinada. En el contrato de trabajo por destajo, se pacta pagar un determinado valor por cada unidad producida, lo que se supone, mejora la productividad del trabajador, y a la vez, la empresa racionaliza los gastos laborales, por cuanto sólo paga por lo que el trabajador haga efectivamente.”* (Gerencie.com, 2010).

Entonces, el contrato de trabajo a destajo es aquel en el cual el trabajador solo debe mirar la realización de la unidad o producto encomendado, ya que se le cancelará únicamente por el cumplimiento de la unidad, más no por jornada de trabajo. De ello que, si cumple con muchas unidades al día, ganará más y si no realiza ninguna pues nada ganará. Sin embargo, para efectos de la remuneración por contrato a destajo, se debe considerar dos circunstancias para el pago de la remuneración. Primero, a pesar de que el trabajo a destajo no considera el tiempo invertido en el cumplimiento de la obra o unidad, la remuneración será calculada en base a la jornada ordinaria de trabajo, es decir 8 horas diarias; y segundo, que la remuneración jamás será menor al salario básico mensual establecido por ley.

El art. 55 del Código de Trabajo establece que, si el tiempo de trabajo a destajo excediere de las 8 horas diarias, ese tiempo será recargado a la remuneración en el pago de cada unidad con un 50% si el tiempo excedente estuviere

comprendido en el día hasta las 24 horas; y si se realiza entre las 24 horas hasta las 6 de la mañana con un recargo del 100% por unidad.



Así también, el art. 62 *ibídem*, dispone que el empleador no puede exigir a los trabajadores contratados bajo modalidad a destajo, laborar en días de descanso obligatorio, exceptuando los casos establecidos en el art. 52 del Código de Trabajo.

En cuanto a la indemnización, el Código de Trabajo plantea la indemnización por despido intempestivo que le corresponde al trabajador a destajo; en este caso no se aplicará la indemnización por despido intempestivo detallada en el art. 188, en su lugar tenemos la siguiente indemnización:

*“Art. 194.- **Caso de incumplimiento del empleador en el contrato por obra o a destajo.**- En el trabajo por obra o a destajo, si el empleador no cumpliera el contrato o lo interrumpiere, pagará al trabajador el valor de la parte ejecutada con más un tanto por ciento que, discrecionalmente, fijará la autoridad que conozca del asunto, sin perjuicio de lo dispuesto a este respecto en el capítulo relativo al artesano.”*

Respecto de este artículo, al trabajador bajo modalidad de contrato a destajo, se le garantiza que por lo menos reciba su remuneración correspondiente, es decir la cantidad que cubra las unidades realizadas o labor cumplida y más un porcentaje subjetivo de dinero, puesto que la ley establece que la autoridad competente, conocedora del caso en cuestión, fijará dicha indemnización.



## CAPÍTULO IV

### **4. El Despido Ineficaz de Mujeres Embarazadas**

Los trabajadores protegidos por la estabilidad que ampara la figura del despido ineficaz son los representantes sindicales y las mujeres embarazadas o

mujeres que han sufrido del despido por causas asociadas a su condición de maternidad. En este tema se analizará el caso de éstas últimas.

#### **4.1. Conceptos Generales**

##### **4.1.1. Estado de Gestación**

Al estado de embarazo se le conoce también como estado de gestación. La página Diccionario Médico Interactivo da la siguiente conceptualización de este estado:

*“Gestación (embarazo): proceso de crecimiento y desarrollo fetal intrauterino abarca desde el momento de la concepción (unión del óvulo y el espermatozoide) hasta el nacimiento. El embarazo tiene una duración de 280 días, aproximadamente, 40 semanas, 10 meses lunares o nueve meses y un tercio calendario.*

*El embarazo se inicia cuando un espermatozoide alcanza y atraviesa la membrana celular del ovulo, fusionándose los núcleos y compartiendo ambos su dotación genética para dar lugar a una célula huevo o cigoto, en un proceso denominado fecundación. La multiplicación celular del cigoto dará lugar al embrión, de cuyo desarrollo deriva el individuo adulto.* ”



#### 4.1.2. Estado de Maternidad

La maternidad es el vínculo que se crea entre la madre y su hijo. Es un estado de la mujer que no tiene momento de principio o fin, puesto que, para algunos doctores y personas, éste estado comienza desde que la madre conoce que ésta embarazada, hasta después del nacimiento del niño, incluso prolongándose hasta años después. Para otros, empieza desde el momento preciso del nacimiento del niño; y otros creen que este sentido de maternidad viene impreso en el mismo ser de la mujer, que habita en ella desde siempre.

Para mejor entender, se presenta una breve explicación de la maternidad:

*“La vivencia que tiene una mujer por el hecho biológico de ser madre. Si bien el sentimiento maternal se desarrolla a partir del nacimiento de un hijo, con anterioridad al embarazo es muy frecuente que la mujer desarrolle un instinto maternal, es decir, el anhelo de tener un hijo, cuidarlo y educarlo.”* (Definicion.mx, 2016)

El estado de maternidad es una etapa inherente a la mujer por el hecho de tener un hijo, que como se manifestó, no tiene tiempo determinado de inicio, menos aun de finalización. El estado de maternidad es indefinido. Al respecto no hay referencia que indique el límite, fecha o momento de término de este estado.

Hay criterios variados sobre la duración del estado de maternidad. Según la doctrina, decir que el estado de maternidad es el vínculo sentimental entre una mujer y su *hijo*, es minimizar o parcializar el concepto, dado que en realidad, es una experiencia de vida amplia en el tiempo, que va más allá de la edad que tenga el hijo. La maternidad debe ser entendida no únicamente como el vínculo entre madre e hijo, sino como el instinto de protección de la madre sobre su hijo, incluso cuando este crezca y sea capaz de tomar sus propias decisiones.

Desde este punto de vista, si la protección laboral (estabilidad laboral) recae sobre “las trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o *maternidad*” (Art. 195.1 Código de Trabajo), las mujeres estarían protegidas de forma indefinida, por el concepto amplio y ambiguo que



representa el estado de maternidad y por el hecho de que la Ley no ha determinado para este particular un concepto, tiempo o duración del mismo.

Sin embargo, para efectos de remuneración, seguridad social, y economía del empleador, la protección a la mujer por su condición en estado de maternidad no puede ser indefinida; imperiosamente se debe establecer un tiempo estimado del estado de maternidad, y la respuesta es la interpretación de la Ley. Por lo tanto, el Código Orgánico General de Procesos COGEP, publicado el 22 de mayo de 2015, en la Disposición Reformatoria sexta, numeral 2

dispone: Agréguese en el artículo 153 (Protección a la mujer embarazada) como último inciso el siguiente texto:

*“la o el juzgador dispondrá el reintegro inmediato al trabajo de la mujer despedida en estado de embarazo o en periodo de lactancia”.*

De lo expuesto, se interpreta que el tiempo estimado de protección laboral de la mujer asociado a su condición de maternidad, es el que recae sobre la trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia, el cual según el art. 155 del Código de Trabajo, es 12 meses a partir de la fecha del parto.

Al respecto de este tema, el Dr. Fernando González Calle manifiesta,

*“El estado de embarazo y su tiempo, no genera dudas, sin embargo: ¿Qué debemos entender por el estado asociado a su condición de gestación o maternidad?”*

*Antes de la reforma, la protección al embarazo llegaba mientras dure tal calidad, el artículo 154 del Código del Trabajo decía: “salvo en los casos determinados en el artículo 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, desde la fecha que se inicie el embarazo”, lo que llevo a que el empleador termine unilateralmente la relación laboral una vez producido el alumbramiento (...) teniendo que pagar únicamente las indemnizaciones generales. Entonces, la reforma lo que busca es evitar*



*esta situación ampliando la protección incluso una vez concluido el embarazo.*

*Sin embargo, no se ha definido con exactitud hasta que momento la trabajadora está amparada por este nuevo beneficio. La maternidad, es un tiempo no definido en la ley, quedando como única referencia para la aplicación, el periodo de lactancia por doce meses posteriores al parto a los que hace referencia el artículo 155 del mismo Código”*

Con esta explicación, y en razón del presente tema se analizará la licencia de maternidad;

La licencia de maternidad es aquel derecho y/o beneficio que la Ley laboral reconoce a la mujer que ha dado a luz a su hijo y por este derecho, se garantiza a la mujer estabilidad laboral durante todo el tiempo de gestación, parto e inclusive después del mismo por el derecho de lactancia, comprendiendo que recibirá su remuneración completa por aquel tiempo y gozará de todos los beneficios que le otorga la ley de seguridad social, siempre que a pesar de que un embarazo sea visible, se comunique debidamente y de forma oportuna al empleador.

#### **4.1.3. Estado de Lactancia**

*“La **lactancia materna** es un tipo de alimentación que consiste en que el bebé se alimente con la leche de su madre. La leche, justamente, es un alimento de características únicas que permite que la madre transmita sus mecanismos de defensa al recién nacido, mientras que el acto de amamantar logra fortalecer la relación madre-hijo.”* (Definicion.mx, 2016).

Es importantísimo presentar una explicación de lo que significa lactancia, puesto que de aquí la relevancia e interés que presta la Ley a las madres en este sentido, otorgándoles tomar un tiempo prudencial de su jornada de trabajo para alimentar a su hijo, tiempo que será remunerado.



Para concluir con el tema de conceptualización, respecto de la concepción y maternidad, el Código Civil Ecuatoriano describe para efectos jurídicos, el tiempo de nacimiento de un niño;

*“Art. 62.- De la fecha del nacimiento se colige la época de concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.”*

#### **4.2. La Mujer en el Código de Trabajo Ecuatoriano**

El Código de Trabajo Ecuatoriano en su Título I “Del Contrato Individual de Trabajo”, Capítulo VII “Del Trabajo de Mujeres y Menores”, regula la protección a las mujeres en el trabajo precisamente en los Arts. 152 al 156 en cuanto a licencia de maternidad, permiso de lactancia, incluso guardería, entre otros.

##### **4.2.1. Protección a la Mujer Embarazada**

*“Art. 152 del Código de Trabajo.- Toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales. La ausencia al trabajo se justificará mediante la presentación de un certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, a falta de éste, por otro profesional; certificado en el que debe constar la fecha probable del parto o la fecha en que tal hecho se ha producido. (...)*

*Art...(1).- Licencia por Adopción.- Los padres adoptivos tendrán derecho a licencia con remuneración por quince días, los mismos que correrán a partir de la fecha en que la hija o el hijo le fueren legalmente entregado.*

*Art...(2).- Licencia con sueldo a las trabajadoras y trabajadores para el tratamiento médico de hijas o hijos que padecen de una enfermedad degenerativa.- La trabajadora y el trabajador tendrán derecho a veinte y*



*cinco días de licencia con remuneración para atender los casos de hija o hijo hospitalizados o con patologías degenerativas; licencia que podrá ser tomada en forma conjunta o alternada.*

*La ausencia al trabajo se justificará mediante la presentación de un certificado médico otorgado por el facultativo especialista tratante y el correspondiente certificado de hospitalización.”*

El artículo 152 del Código de Trabajo, regula la licencia por maternidad y paternidad. Al efecto, las mujeres en estado de maternidad pueden hacer uso

de su licencia o permiso remunerado inmediatamente después del parto, y si se tratare de nacimientos múltiples, el plazo de licencia aumentará 10 días más. Para acceder al derecho de licencia de maternidad, se debe presentar a la parte empleadora el certificado médico que acredite el estado de embarazo y la fecha probable del nacimiento, a efectos de que por ausencia de la trabajadora, la productividad de la empresa o empleador no disminuya y se busque un reemplazo por el tiempo de licencia.

Tanto para la madre o el padre, este periodo puede alargarse dependiendo las circunstancias de gravidez del embarazo o parto por ejemplo, que sea prematuro, embarazo múltiple, cesárea o enfermedad.

*“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 período 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 amparos previstos en este Código.”*

En este artículo, está plasmado el principio de inamovilidad, continuidad que ampara a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo o por su calidad de maternidad.



Se contempla en el artículo citado, antes de la reforma de abril de 2015, con la prohibición de despido a la mujer embarazada, una estabilidad relativa, puesto que si el empleador daba por terminado el contrato de trabajo, se consideraba como despido intempestivo, y la consecuencia era la indemnización general y especial a la trabajadora afectada por tal despido; sin embargo, con la reforma al Código de Trabajo y a la Ley de Seguridad Social por la Ley de Justicia Laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar, se observara más adelante precisamente en el tema de prohibición de despido y declaratoria de ineficaz

como ésta estabilidad relativa se convierte en absoluta por imperio del despido ineficaz.

A la protección a la mujer embarazada se la conoce también como “EL FUERO DE MATERNIDAD”, según la Revista de Derecho de la Universidad de Colombia manifiesta:

*“El fuero de maternidad, consagrado en el Código Sustantivo de Trabajo, presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto, es por razón de su estado de gravidez.”*

Entonces en Colombia, el fuero de maternidad o estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia, es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez.

En Ecuador, aunque el fuero de maternidad esté plenamente garantizado por parte de la legislación laboral, es de entenderse que este fuero no opera automáticamente por el simple hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gravidez (estado de embarazo, maternidad, lactancia); es indispensable la comunicación del suceso al empleador.

En otras palabras, la mujer embarazada o en estado de maternidad, en virtud de lo que establece la misma ley, debe tener total protección laboral, pero existe una condición para tal garantía, que el empleador o sus representantes



tengan conocimiento del hecho del embarazo de la mujer, ya que el patrono no puede estar obligado a conocer o presumir por si solo el estado de embarazo de la trabajadora.

Sin embargo, por excepción se puede prescindir de esta comunicación y el “fuero de maternidad” operaría absolutamente; en el caso de que la trabajadora realice sus labores directamente con el empleador y el estado de embarazo sea completamente evidente, dándose por entendido que es de absoluto conocimiento del empleador aquel estado.

Si el empleador decidiera retirar del servicio a una trabajadora embarazada, tendría que demostrar razonablemente que el despido se dio por otra causa y no por el hecho del embarazo.

#### **4.2.2. Incapacidad para trabajar**

**“Art. 154.- Incapacidad para trabajar por enfermedad debida al embarazo o al parto.-** *En caso de que una mujer permanezca ausente de su trabajo hasta por un año a consecuencia de enfermedad que, según el certificado médico, se origine en el embarazo o en el parto, y la incapacite para trabajar, no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por esa causa. No se pagará la remuneración por el tiempo que exceda de las doce semanas fijadas en el artículo precedente, sin perjuicio de que por contratos colectivos de trabajo se señale un período mayor.”*

La ley es clara en razón de que la garantía de estabilidad laboral para la mujer trabajadora, a consecuencia del embarazo o parto, perdurará incluso después del parto de la mujer. En cuanto al sueldo que le corresponde a la trabajadora lo recibirá de manera íntegra las doce semanas de licencia posteriores al parto, así también recibirá su remuneración íntegra los siguientes nueve meses en que la jornada de trabajo disminuirá dos horas por el derecho de lactancia. Sin embargo, si el embarazo o parto generaron en la madre enfermedad o complicación que le impida presentarse a trabajar después de las doce semanas de licencia, el empleador no podrá terminar la relación de trabajo por



el tiempo de ausencia involuntaria de la trabajadora pero tampoco pagará la remuneración por el mismo tiempo; empero, si la ausencia de la trabajadora supera el año, el empleador podrá dar por terminada la relación laboral previo el trámite de visto bueno.

Esto es correcto, puesto que la enfermedad sobrevenida a la trabajadora por el embarazo o parto, no es atribuible a la trabajadora, mucho menos al empleador, por lo tanto, el empleador deberá únicamente cumplir lo establecido

por la ley, y no más allá de lo señalado en el artículo anterior, caso contrario resultare un perjuicio económico para el empleador.

Sobre la enfermedad generada por el embarazo o parto y el tiempo de licencia que deba ser otorgado por el empleador a la trabajadora, el Convenio Internacional número 183 de la Organización Internacional de Trabajo manifiesta:

*“Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones. -*

**Artículo 5.-** *Sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales.”*

La justificación para solicitar licencia en razón de embarazo es el certificado médico otorgado por un profesional del IESS o por un especialista tratante, en el cual debe constar la fecha probable del parto. Mas, si a consecuencia del embarazo o parto, la trabajadora se enfermase o se presentaran complicaciones y necesitara de un tiempo prudente para reponerse, el requisito es la presentación del certificado médico. Esta licencia especial (si se la puede llamar así) se suma a la licencia general y la trabajadora puede hacer uso de la



misma, o bien antes de la licencia general si las complicaciones son causa del embarazo; o después, si son producto del parto.

El Convenio número 183 de la OIT, no establece el tiempo de duración de esta licencia especial, puesto que queda a criterio de cada país que suscribe el Convenio, establecer dicha duración. En el caso de Ecuador, y específicamente en el Código de Trabajo, en el artículo 152, se establece el único caso de licencia especial, nacimientos múltiples, por el cual, el plazo se extiende 10 días más.

#### **4.2.3. Derecho de Lactancia**

*“Art. 155 Código de Trabajo.- **Guardería infantil y lactancia.- (...)***

*Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria. (..).”*

Luego de las 12 semanas de licencia, la trabajadora deberá incorporarse a sus labores, sin embargo, la Ley al ser proteccionista y en su deber de velar por los derechos de las madres trabajadoras, sobre todo del niño recién nacido, dispone que por el lapso de 12 meses posteriores al parto, la madre podrá tomar de su jornada normal de trabajo, dos horas para hacer valer su derecho de lactancia. Este horario será fijado por acuerdo entre las partes o por el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa. Este artículo concede a la trabajadora el derecho de lactancia por 12 meses a partir del nacimiento de su hijo, de los cuales, efectivamente serán 9 meses, puesto que los 3 primeros meses, la trabajadora hará uso de su licencia de maternidad.

La ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo, publicada el 28 de marzo de 2016 en el Registro Oficial No. 720, en el Art. 5, dispone además de la licencia general de maternidad establecida en el Código de Trabajo, una licencia especial para las mujeres en su condición de maternidad, inclusive para los padres.



Este artículo dispone que al Art. 152 del Código de Trabajo, se añada lo siguiente: el trabajador o trabajadora, concluida la licencia general o permiso por maternidad o paternidad, tendrá derecho a una licencia opcional y voluntaria, sin remuneración, hasta por nueve meses adicionales para atender a su hijo, meses que se contabilizarán dentro de los doce meses de vida de su hijo. El mismo derecho se concede a los padres adoptivos.

El periodo en que los trabajadores hagan uso de la licencia o permiso especial, será computable a efectos de antigüedad, es decir, que pese a que no recibirán su mensualidad, se entenderá como si la relación laboral se hubiese pausado,

quedando el trabajador o trabajadora cesante, sin embargo, terminados estos nueve meses y el trabajador se reintegrara a sus labores, el empleador está en la obligación de recibirlo, caso contrario se configura la figura de despido ineficaz.

Si los padres deciden optar por la licencia especial de nueve meses adicionales, podrán solicitar después de tres días en que termine la licencia general los fondos de cesantía.

Durante el periodo de licencia o permiso sin remuneración, se garantizarán las prestaciones de salud por parte del Instituto de Seguridad Social.

#### **4.3. Prohibición de Despido y Declaratoria de Ineficaz**

Una de las reformas que trajo consigo la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, que modificó tanto el Código de Trabajo Ecuatoriano y la Ley de Seguridad Social, es la prohibición de despido y declaratoria de ineficaz. Es necesario recordar que el despido ineficaz es aquella absoluta prohibición al empleador de despedir al trabajador pero únicamente en dos casos especiales; el primero, mujeres embarazadas, comprendiendo también su estado de maternidad; y el segundo, los representantes sindicales.



Se podría decir que este artículo es el diamante de la corona y es precisamente aquí en donde se despliega la razón de este tema de investigación. Con la vigencia del artículo 195 reformado del Código de Trabajo, se desvirtúa la estabilidad relativa que ha dominado la relación laboral desde el principio y se concibe una estabilidad absoluta para estos trabajadores.

*“Art. 195.1.- **Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.**- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara.*

*Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187.”*

En líneas anteriores se analizó el principio de inamovilidad, el caso de los representantes sindicales y en esta oportunidad se analizará el caso de las mujeres embarazadas y el estado asociado a su condición de maternidad.

A continuación, la protección a las mujeres embarazadas contempladas en el Convenio de la OIT.

#### **4.4. Convenio OIT número 183 La protección de la Maternidad en el Trabajo**

La garantía de estabilidad laboral y protección a los trabajadores se contemplan en diversos Convenios y Pactos internacionales, tal es el caso del Convenio número 183 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual [preámbulo del Convenio] en afán de revisar el Convenio sobre la protección de la maternidad de 1952 y la recomendación sobre la protección de la maternidad del mismo año; y persiguiendo el fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, teniendo en cuenta la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como



responsabilidad compartida y los demás, nace el Convenio 183 de la OIT, de nombre “Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000”.

En este convenio, según el artículo uno, el término **mujer** se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término **hijo** a todo hijo, sin ninguna discriminación.

De la aplicación a la mujer, refiriéndose precisamente a las mujeres trabajadoras.

#### **4.4.1. Licencia de Maternidad**

El Convenio número 183 de la Organización Internacional del Trabajo en el artículo 4, establece los parámetros generales de la licencia de maternidad y el plazo de duración:

- *1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas. (...)*
- *4. Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.”*

El Convenio contempla que la mujer en su estado de embarazo, y con la justificación de un certificado médico que indique la fecha probable del parto, tendrá derecho a una licencia de maternidad de CATORCE semanas, sin embargo esto queda a consideración de cada Estado parte de este Convenio, y Ecuador ha fijado doce semanas para licencia de maternidad.

Además establece que después del parto, obligatoriamente la trabajadora deberá tomar seis semanas de licencia, las que no se suman al periodo de licencia anterior (catorce semanas), sino que son deducibles de esas



semanas, de ahí que queda a decisión de la madre la distribución de días o semanas de licencia antes o después del parto.

#### **4.4.2. Protección del empleo y no discriminación**

Continuando con el análisis de la protección laboral a la mujer embarazada o en su condición de maternidad, específicamente el derecho de estabilidad laboral, el Convenio número 183 de la OIT en el artículo 8 dispone:

- *1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.*
- *2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.”*

El numeral 1 establece la protección a la mujer embarazada desde el momento en que la mujer queda embarazada hasta mínimo seis semanas después, como lo establece el artículo anterior (en el caso de que las ocho semanas más las haya tomado antes del parto). Si de darse el despido, el mismo artículo contempla que la carga de la prueba recae sobre el empleador en el hecho que debe demostrar que la terminación de la relación laboral, se dio por causas completamente ajenas al embarazo o maternidad.

Además el reintegro al trabajo será en las mismas condiciones o mejores de las que tenía la trabajadora en el momento en que salió por licencia de maternidad.

Así también en el artículo 9 de este Convenio, establece que toda persona o ciudadano debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad



no sea de ningún modo discriminada en el área laboral. Queda prohibido según este Convenio que para contratar a una mujer se le pida como requisito un certificado médico de si está embarazada o no, obviamente exceptuando los casos en que se prohíba que una mujer embarazada trabaje en labores que representan un peligro para la salud de la madre o del niño.

#### **4.4.3. Madres Lactantes**

En cuanto al derecho de lactancia, el Convenio en su artículo 10 dispone lo siguiente:

- 1. La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.
- 2. El período en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la práctica nacionales. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia.”

Al tenor de este artículo, el primer numeral contempla que la madre trabajadora tiene derecho a tomarse de su jornada ordinaria de trabajo un tiempo prudencial o varios para hacer efectivo su derecho de lactancia; o en lugar de estas “interrupciones” como denomina el Convenio número 183 de la OIT, tiene derecho a una disminución de la jornada. Las interrupciones o la disminución de tiempo serán establecidas de acuerdo a la realidad y necesidades de cada nación.

Según nuestro país, como ya se manifestó, para hacer efectivo el derecho de lactancia, se ha optado por la segunda opción que presenta el Convenio, la disminución de la jornada diaria de trabajo, de 8 a 6 horas diarias por un lapso de 12 meses, contados a partir del nacimiento del hijo o inmediatamente después del parto, tiempo en el que la trabajadora recibirá de forma íntegra su remuneración, es decir recibirá su remuneración por jornada completa (8 horas).



## **CAPÍTULO V**

### **5. Procedimiento del Despido Ineficaz**

#### **5.1. Acción del despido ineficaz**

El despido ineficaz, de acuerdo al artículo 195.1 del Código de Trabajo, es el despido intempestivo de mujeres embarazadas o asociado a su condición de maternidad; o de dirigentes sindicales que se encuentran cumpliendo sus funciones de representación por el periodo para el cual fueron elegidos y hasta un año después de que finalice su cargo. La garantía de estabilidad laboral que otorga la figura del despido ineficaz se extenderá un año más en virtud del artículo 187 del mismo cuerpo legal.

El artículo 195.2 ibídem establece que los trabajadores que se encuentren en las circunstancias señaladas en el párrafo anterior, despedidos intempestivamente, podrán deducir su acción ante el Juez de Trabajo de la jurisdicción del lugar en donde se produjo el despido en el plazo máximo de treinta días.

Admitida a trámite la acción de despido ineficaz, la providencia inicial contendrá: primero, la citación a la parte empleadora en 24 horas; segundo, en razón de precautar los derechos de los trabajadores y del principio pro-operario, se podrán dictar medidas cautelares que permitan el reintegro inmediato del trabajador afectado a su puesto de trabajo, mientras dure el trámite; y tercero, se convocará a audiencia, la que se llevará a cabo en 48 horas contadas a partir de la citación.

La audiencia iniciará por la conciliación, de existir acuerdo, se autorizará por sentencia; caso contrario, se evacuarán las pruebas solicitadas por las partes y se correrá traslado de la prueba documental que se acompañó en la demanda o contestación. En la misma audiencia, el Juez de Trabajo dictará sentencia.

Si la sentencia admite la ineficacia del despido, el empleador le será admisible el recurso de apelación con efecto devolutivo, es decir, se sustanciará el



recurso ante la Corte Provincial de Justicia, sin embargo, se ejecutará la sentencia de primera instancia.

Según este artículo, el plazo máximo para deducir la acción de despido ineficaz, es 30 días; determinándose así, el plazo de prescripción para dicha acción. Por lo tanto, las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de maternidad y los representantes sindicales, desde el día 31 de haberse suscitado el despido, no podrán deducir su acción y tampoco reclamar la indemnización especial.

Es importante manifestar, que la vigencia de la figura del despido ineficaz, genera en el país no solo la idea de tener estabilidad laboral absoluta, si no que ahora es una realidad social que beneficia en gran medida a estos trabajadores; sin embargo, en virtud del adagio “hecha la Ley, hecha la trampa”, es completamente improcedente el plazo establecido para la presentación de esta acción, en comparación con el art. 635 del Código de Trabajo, antes de la reforma del 20 de abril de 2015, en el cual, el tiempo en que prescribían las acciones provenientes de actos o contratos de trabajo era TRES años. Por lo tanto, el tiempo de 30 días para deducir esta acción es mínimo, improcedente y el inadecuado para obtener las pruebas necesarias y suficientes que, a más de esto, deberán acompañarse a la demanda.

En cuanto al trámite de la acción de despido ineficaz, este es Sumarísimo puesto que según este artículo, debería durar solo tres días contados a partir de la calificación de la demanda.

En estas circunstancias el Dr. Fernando González Calle en su artículo “El despido ineficaz” manifiesta:

*“Este corto periodo y con la derogatoria del ultimo inciso del artículo 154 y reforma del artículo 187 del Código de Trabajo conlleva a que si no se reclama en este tiempo, embarazada y sindicalista, ya no podrán reclamar la indemnización. Recordemos, que antes de la reforma, el tiempo para reclamar indemnizaciones por el despido en todas sus circunstancias era de tres años. Ahora, en los treinta días, prescribirá*



*cualquier posibilidad de reclamo, incluso el que busca el pago de una indemnización.”*

El término para la citación que establece este artículo (24h) también es limitante, por cuanto dicha citación solo podría ser en persona del empleador y que en ciertas ocasiones no será posible, limitando la citación por boleta única, pues conllevaría 72 horas por lo menos.

## **5.2. Efectos del despido ineficaz**

Si presentada la acción de despido ineficaz, se ha llevado a cabo el procedimiento y si la sentencia resultó a favor del accionante, es decir se declaró la ineficacia del despido de la mujer embarazada o asociada a su condición de maternidad o del representante sindical, el Juez de Trabajo ordenará en virtud del art. 195.3 del Código de Trabajo, el pago de las remuneraciones pendientes más un 10% de recargo, por cuanto la relación laboral no se ha interrumpido en razón de la declaratoria de ineficacia del despido.

El trabajador tiene la atribución exclusiva de decidir si continúa o no la relación de trabajo, si se inclina por la segunda opción es decir no continuar con la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, más la indemnización general correspondiente al despido intempestivo.

Si la parte empleadora no aceptare la resolución de la Autoridad competente, es decir se negare a mantener en sus funciones al trabajador, pese a que el Juez de Trabajo en providencia inicial ordene el reintegro inmediato del trabajador a sus labores (art. 195.2 del Código de Trabajo) será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años de acuerdo a lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal:

***“Artículo 282.- Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente:***



*La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”*

En atención al pago de los salarios caídos o pendientes más el recargo del 10% que establece este artículo, será prácticamente el salario de un mes o menos lo que se pague, puesto que esta acción de despido ineficaz prescribe en 30 días contados desde el día de despido.

Como se manifestó en el tema anterior, el trámite del despido ineficaz, al tenor del literal 2 y 4 del artículo 195.2 del código de trabajo, durará tres días contados desde la calificación del mismo, más por el incumplimiento en la práctica de los términos y plazos procesales, resulta necesario que se hubiese establecido un número de salarios caídos, con el fin de que esta acción se resuelva en el menor tiempo posible; caso contrario se retrasaría el proceso, siendo conveniente para el accionante el aumento de salarios caídos a cobrar.

Esta figura del Despido Ineficaz, pone a prueba el criterio analítico jurídico de los Jueces de Trabajo, puesto que tienen la tarea de calificar la pertinencia del reintegro del trabajador a sus labores como medida cautelar, esto en virtud del actuar malicioso de algunos trabajadores que sin la existencia de despido ineficaz quieren garantizarse estabilidad laboral y el pago de remuneración por el tiempo que dure el proceso, el que desde el inicio fue improcedente.

### **5.3. Efectos Del Despido Por Discriminación**

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, agregó al art. 195 del Código de Trabajo, varios artículos que regulan el despido ineficaz, entre ellos el art. 195.3 que establece los efectos de esta figura jurídica. Este último artículo, en sus dos últimos incisos regula el despido injustificado por discriminación, el cual, no es considerado como despido



ineficaz, por cuanto si se declara el despido, al trabajador no se le concede el derecho de reintegrarse a sus labores.

Este artículo establece, si un trabajador es despedido de forma intempestiva por discriminación, ya sea por su condición de adulto mayor, orientación sexual o cualquiera de las causas establecidas en el art. 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador, pero no que sea el caso de mujeres embarazadas o en su condición de maternidad o representantes sindicales, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la indemnización general que corresponda por despido intempestivo. Pero, en este caso de despido, no es aplicable el derecho de reintegro al trabajo.

El art. 195.3 del Código de Trabajo establece los efectos del despido injustificado de un trabajador con discapacidad, o del trabajador que tenga a su cargo la manutención de una persona con discapacidad. Si estos trabajadores son despedidos, serán indemnizados de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Discapacidades:

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

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

La Ley de Discapacidades, garantiza estabilidad laboral a las personas con capacidades especiales, y en caso de despido sin justa causa, la sanción al empleador será indemnizar al trabajador con el total de su mejor remuneración de 18 meses, esto más la indemnización correspondiente de despido intempestivo; y si el trabajador es despedido por discriminación, le corresponde además la indemnización equivalente a un año de remuneración.



## **6. CONCLUSIONES**

El presente proyecto de investigación resultó ser apasionante debido a la modificación que tuvo la legislación laboral en cuanto a despido intempestivo.

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar publicada el 20 de abril de 2015, modificó el Código de Trabajo Ecuatoriano y la Ley de Seguridad Social, poniendo en vigencia la figura del despido ineficaz, que llegó a fijar por primera vez en el país, estabilidad laboral absoluta para ciertos grupos de trabajadores, quienes son las mujeres embarazadas, mujeres asociadas a su condición de maternidad y representantes sindicales, eliminando la estabilidad relativa, aquella etapa en que al trabajador se lo despedía y la única sanción para el empleador y a la vez opción para el trabajador era la pecuniaria.

Es indudable el beneficio que la figura del despido ineficaz otorga a estos trabajadores, como el hecho de que, antes de la reforma del 20 de abril de 2015, se protegía sólo a las mujeres en estado de embarazo, dado que la Ley establecía que, no podían ser despedidas de forma intempestiva desde la fecha que inicie el embarazo, es decir, que cuando el mismo terminaba, en la fecha misma del parto, la protección terminaba y la parte empleadora podía terminar la relación laboral y cancelar únicamente las indemnizaciones generales por despido intempestivo; ahora, por la acción del despido ineficaz, se extiende esta protección hasta el estado de maternidad.

Otro grupo de trabajadores beneficiados con la vigencia de la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, son los trabajadores discapacitados, a quienes, no se beneficia con el derecho de readmisión, sin embargo, la indemnización correspondiente por despido fundado en razón de discriminación es más alta.

Si bien es cierto, la figura del despido ineficaz, llegó a asegurar el trabajo y a proteger a las mujeres embarazadas, mujeres en su condición de maternidad y representantes sindicales, también es cierto que no se creó más beneficios para los trabajadores que la readmisión al puesto de trabajo (si así lo decide el



trabajador afectado), puesto que, los trabajadores, tanto las mujeres embarazadas, o asociadas a su condición de maternidad y los sindicalistas, ya tenían el derecho a recibir el valor de un año de remuneración si eran despedidos de forma intempestiva, más los artículos que establecían esta indemnización fueron modificados, y se agregó esta indemnización a las disposiciones agregadas al art. 195 del Código de Trabajo. Además hay que tomar en cuenta, que el tiempo de prescripción de la acción de despido ineficaz es demasiado corto, a consideración de los tres años para la prescripción que establecía el Código de Trabajo antes de la reforma del 20 de abril.

En cuanto al despido ineficaz de las mujeres asociadas a su estado de maternidad, existe un vacío legal, debido a que la legislación laboral no ha definido el tiempo que dura la maternidad, mas, corresponde interpretar que este tiempo es el que la Ley otorga al derecho de lactancia. Además que nuestro país otorga solo 12 meses posteriores al parto, para este derecho, en comparación de otros países como Venezuela que el derecho de lactancia es de dos años.

Cabe recalcar, que el país está en una etapa de iniciación o conocimiento de esta figura, puesto que su vigencia es solamente de un año y su efectividad es aún incierta, sin embargo es un gran avance en el ámbito laboral, por el cual, los trabajadores beneficiados pueden gozar de estabilidad y hacer efectivo su derecho mediante la acción del despido ineficaz, mas, si se mira desde un punto de vista opuesto, estos mismos trabajadores bien pueden mal utilizar esta acción, con el fin de garantizarse estabilidad laboral y remuneración por todo el tiempo que dure el trámite, de lo cual el Juez de Trabajo, deberá analizar la pertinencia de otorgar al trabajador, la medida cautelar de reintegro a las labores, dejando de ser el trabajador la parte débil de la relación de trabajo. Sin dejar de lado, que los trabajadores, precisamente hablando de las mujeres embarazadas o en su condición de maternidad y los sindicalistas, amparándose en la protección que establece el despido ineficaz, abusen del fuero de estabilidad, con faltas injustificables, abandonos constantes del lugar de trabajo, o en el caso de los sindicalistas, tomando decisiones o provocando situaciones debido a su posición y condición. En tal caso, el empleador deberá



armarse de pruebas de convicción para que con justo derecho, pueda terminar la relación de trabajo previo el seguimiento del trámite correspondiente.



## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República del Ecuador
- Código de Trabajo Ecuatoriano, (2015),
- Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar
- Código Orgánico Integral Penal
- Código Civil
- Ley de Seguridad Social
- Ley Orgánica de Discapacidades,
- Convenio OIT 183 La protección de la Maternidad en el Trabajo, (2002), Ginebra.
- Protocolo de San Salvador.
- Estatuto de los Trabajadores de España
- Código Orgánico General de Procesos
- CABANELLAS Guillermo, (2008). Diccionario Jurídico Elemental.
- FRANCO Francisco, Ministerio de Trabajo, Decreto de 26 de Octubre de 1956 por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo, Madrid, <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1956/360/A08085-08087.pdf>
- FERNANDEZ CALLE, Fernando, (2015), El Despido Ineficaz, Discriminatorio y la Carga de la Prueba, Ecuador, Dropbox.
- DE LA CUEVA Mario, (1970), Derecho Mexicano del Trabajo, México.
- DE LA CUEVA Mario, (1978), Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, México
- GOÑI SEIN José Luis, (1997), La Reiteración del Despido Ineficaz, Navarra, Editorial Aranzadi.
- SAVEDRA CHANDUNVI Jaime, (2000), Estabilidad Laboral e Indemnización, Perú.
- VITERI LLANGA Joaquín, (2008), El salario, México.
- TRUJILLO Julio Cesar, (1992), Estado Social y Constitucional de Justicia y de derechos.



- DEVEALI Mario,(1968), El Derecho de Trabajo, Depalma
- SÁNCHEZ Isidro, ORTIZ Manuel, RUIZ Manuel, (1993), España Franquista Causa General y actitudes sociales ante la Dictadura, España, Ediciones La Mancha, pág. 176
- FERNANDEZ HERNANDEZ, María Jesús, CAMPIÑA DOMINGUEZ Gema, (2015), Contratación Laboral, España, Ediciones Paraninfo S.A., pág. 36
- NAJUN ZARAZAGA A., (2007), Manual de Derecho del Trabajo, Individual, Colectivo y de la Seguridad y Prevención Social: El Nuevo Derecho, Buenos Aires.
- MONESTEROLO G., (2011), Instituciones del Derecho Laboral Colectivo: Herramientas Didácticas, Quito-Ecuador, Corporación de Estudio y Publicaciones.
- VÁSQUEZ LÓPEZ J. (2010), Derecho Laboral Colectivo, Ecuador, Editorial Jurídica Cevallos.
- BAÑEZ GARCÍA Fátima, Ministerio de Empleo y Seguridad, El despido injustificado, (2014), [en línea], Chile, Disponible en [http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia\\_7/contenidos/guia\\_7\\_17\\_3.htm](http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_3.htm)
- Ecuador Legal Online, Liquidación de trabajo, (2015), [en línea], Ecuador, [Consulta 1 de septiembre de 2015]. Disponible en <http://www.ecuadorlegalonline.com/laboral/liquidacion-trabajo/>
- Definicion.Mx, Definición de Indemnización, (2015), [en línea], Argentina, [Consulta 1 de septiembre de 2015]. Disponible en <http://definicion.mx/indemnizacion/>
- Definición ABC, Definición de embarazo, (2016), [en línea], [Consulta 1 de septiembre de 2015]. Disponible en <http://www.definicionabc.com/salud/embarazo.php>
- PEDRERO LOAIZA, Aníbal Alejandro, Concepto de Ineficacia e Invalidez, (2013), [en línea], Ecuador, [Consulta 1 de septiembre de 2015]. Disponible en <https://anibalpedrero.wordpress.com/2013/04/25/conceptos-de-ineficacia-e-invalidez/>



- Cámara de Comercio de Quito, Boletín Jurídico Consulta Laboral, (2013) [en línea], Ecuador, [Consulta 1 de septiembre de 2015]. Disponible en: [http://www.lacamaradequito.com/uploads/tx\\_documents/conlab0509.pdf](http://www.lacamaradequito.com/uploads/tx_documents/conlab0509.pdf)
- QUI TORIS, Andrés Chong, Derecho del Trabajo, El Derecho de readmisión, (2015), [en línea], Ecuador, [Consulta 5 de septiembre de 2015]. Disponible en <http://www.derechodeltrabajo.ec/el-derecho-de-readmision/>
- ANDES, Eliminación de contrato a plazo fijo en Ecuador genera estabilidad laboral para los trabajadores, (2015), [en línea], Ecuador, [Consulta 5 de abril de 2016]. Disponible en <http://www.andes.info.ec/es/noticias/eliminacion-contrato-plazo-fijo-ecuador-genera-estabilidad-laboral-trabajadores.html>
- Derechoecuador.com, Asociaciones de trabajadores, (2013), Ecuador, [Consulta 20 de abril de 2016]. Disponible <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derecholaboral/2005/11/24/asociacioacuten-de-trabajadores>
- AFIGE, La ineptitud sobrevenida del trabajador como causa del despido, (2009), Ecuador, [Consulta 18 de abril de 2015]. Disponible en <http://aulavirtual.afige.es/webafige/informacion-sobre-la-ineptitud-del-trabajador-como-causa-de-despido>
- MONTERO LEIDA C. Medicopedia, Diccionario Médico Interactivo, Gestación, (2011), Venezuela, [Consulta 4 de julio de 2016] [http://www.portalesmedicos.com/diccionario\\_medico/index.php/Gestacion](http://www.portalesmedicos.com/diccionario_medico/index.php/Gestacion)