

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

El despido ineficaz establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de Abogada

Autor:

Maythé Cristina Pallchisaca Loja

Director:

Lourdes Eulalia Álvarez Coronel

ORCID:  0000-0001-9166-853X

Cuenca, Ecuador

2024-08-06

Resumen

La figura jurídica del despido ineficaz se incorporó en la legislación ecuatoriana en el año 2015 a través de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar con la intención de proteger la estabilidad laboral de las personas trabajadoras en estado de embarazo, maternidad y dirigentes sindicales debido a los constantes despidos arbitrarios que han sido sujeto este grupo de trabajadores. Esto significó un gran avance en el ámbito laboral, sin embargo, hasta la actualidad se han presentado dificultades en la práctica, que no han permitido la aplicación efectiva de la norma y de cierta manera se han afectado los derechos de las personas. Por lo que, el presente proyecto de investigación tiene como finalidad determinar cuáles son las deficiencias que presenta la regulación del despido ineficaz. Para ello, se empleó el método explorativo, descriptivo y cualitativo para mostrar el avance histórico, conceptos básicos, la regulación del despido ineficaz en el Código del Trabajo, así como examinar las legislaciones de otros países y obtener elementos que podrían beneficiar a la legislación ecuatoriana, y por último se complementa con los criterios de los profesionales en derecho a través de una entrevista personal. Finalmente, con este estudio se determinó que la regulación del despido ineficaz presenta deficiencias, siendo la caducidad la principal de ellas. Por lo que, es pertinente que se considere la posible reforma con el fin de que se cumpla con el objetivo propuesto por el legislador.

Palabras clave del autor: mujeres embarazadas, dirigentes sindicales, estabilidad laboral



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

The legal figure of ineffective dismissal was incorporated into Ecuadorian legislation in 2015 through the Organic Law for Labor Justice and Recognition of Work in the Home with the intention of protecting the labor stability of pregnant workers, maternity and union leaders due to the constant arbitrary dismissals that this group of workers have been subject to. This meant a great advance in the labor field, however, until now there have been difficulties in practice, which have not allowed the effective application of the law and in a certain way have affected the rights of individuals. Therefore, the purpose of this research project is to determine which are the deficiencies in the regulation of ineffective dismissal. For this purpose, the explorative, descriptive and qualitative method was used to show the historical progress, basic concepts, the regulation of ineffective dismissal in the Labor Code, as well as to examine the legislations of other countries and obtain elements that could benefit the Ecuadorian legislation, and finally it is complemented with the criteria of the legal professionals through a personal interview. Finally, with this study it was determined that the regulation of ineffective dismissal presents deficiencies, being the expiration the main one of them. Therefore, it is pertinent to consider the possible reform in order to comply with the objective proposed by the legislator.

Author Keywords: pregnant women, union leaders, labor stability



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.
Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de contenido

Introducción.....	8
Capítulo I.....	9
Nociones básicas del despido ineficaz.....	9
1.1. Antecedentes.....	9
1.2. Definición del despido ineficaz.....	10
1.3. Sujetos protegidos por la figura jurídica del despido ineficaz.....	11
1.3.1. Personas trabajadoras en estado de embarazo o de gestación.....	11
1.3.2. Personas trabajadoras en condiciones asociadas a la maternidad.....	12
1.3.3. Personas trabajadoras que se acojan a la licencia voluntaria sin remuneración para el cuidado de los hijos.....	13
1.3.4. Dirigentes sindicales.....	13
1.4. Principios que se relacionan con el despido ineficaz.....	15
1.4.1. Principio protector.....	15
1.4.2. Principio de Irrenunciabilidad.....	16
1.4.3. Principio de continuidad o estabilidad.....	17
1.4.4. Principio de la primacía de la realidad.....	18
1.4.5. Principio de Razonabilidad.....	18
1.4.6. Principio de Buena Fe.....	18
1.4.7. Principio de libertad de asociación.....	19
1.4.8. Principio de Inamovilidad.....	20
1.5. El despido ineficaz y su relación con los derechos protegidos en el Ecuador.....	21
1.5.1. Derecho al trabajo.....	21
1.5.2. Derecho a la seguridad social.....	23
1.5.3. Derecho a la igualdad y no discriminación.....	24
1.5.4. Derecho a la libertad reproductiva.....	25
Capítulo II.....	27
La regulación del despido ineficaz.....	27
2.1. El despido ineficaz en el Código del Trabajo.....	27
2.1.2. Procedimiento para accionar el despido ineficaz.....	27
2.1.3. Efectos del despido ineficaz.....	29
2.2. Legislación comparada.....	31
2.2.1. Colombia.....	31
2.2.1.1. Fuero de maternidad.....	32

2.2.1.2. Fuero de salud.....	32
2.2.1.3. Fuero sindical	33
2.2.1.4. Fuero de acoso laboral.....	34
2.2.2. Costa Rica.....	35
2.2.2.1. La trabajadora embarazada y en período de lactancia	35
2.2.2.2. Fuero sindical	37
2.2.2.3. Adolescentes trabajadores.....	38
2.2.2.4. Las personas trabajadoras denunciantes de hostigamiento sexual.....	39
2.2.2.5. Las personas denunciantes y testigos de actos de corrupción.....	40
2.3. Venezuela.....	41
2.3.1. Inamovilidad	42
2.3.2. Fuero sindical	43
Capítulo III	45
Deficiencias o falencias en la regulación de la figura jurídica del despido ineficaz.....	45
3.1. Análisis de las deficiencias del despido ineficaz.....	45
3.1.1. La caducidad.....	46
3.1.2. El reintegro del trabajador a su puesto de trabajo	47
3.1.3. Condición de maternidad	48
3.1.4. Carga de la prueba	49
3.1.5. Indebida acumulación de pretensiones.....	50
3.1.6. Causas de despido ineficaz en dirigentes sindicales.....	51
Conclusiones.....	53
Recomendaciones	55
Referencias.....	56
Anexos	61

Dedicatoria

A Dios y a la Virgen, por permitirme llegar a este momento, el cual no hubiese sido posible sin la sabiduría y fortaleza necesaria para enfrentar este camino lleno de aprendizajes, experiencias y bendiciones.

A mi mamá Cristina. Mi pilar fundamental, que siempre se ha preocupado por mi bienestar, por inculcarme cada uno de los valores y que, con su amor, paciencia, me ha educado y me he convertido en la mujer que soy. Sus consejos y cada palabra han sido mi fortaleza para seguir esta carrera, y cumplir cada una de mis metas. Esto es por ti mamá, gracias por confiar en mí y enseñarme a ser valiente, perseverante y apoyarme en todo momento.

A mis hermanos, Estefanía y Martín por estar presente en cada paso de mi vida, por su apoyo incondicional, y sobre todo por ser quienes me alientan a seguir cada objetivo propuesto.

A Lucas mi compañero fiel, quien alegra mis días y que a pesar de su vejez me acompaña de manera incondicional.

A Diego por brindarme su apoyo durante mi camino universitario, por cada consejo y por impulsarme a seguir adelante.

A Denisse, por todos esos años vividos desde la infancia, por enseñarme muchas cosas y por ser esa persona que siempre está conmigo y que ha sido luz en mi camino.

Agradecimiento

Agradezco a Dios, a la Virgen, a mis padres, familia, amigos y a todas las personas que me han brindado su apoyo incondicional, por guiarme y alentarme a lo largo de la carrera y durante cada paso de mi vida.

A mis amigas Mabel, Yurak y Sofía que han estado a lo largo de la carrera, con las que compartí buenos y malos momentos y que han hecho que este camino universitario sea más fácil de sobrellevar, gracias por su amistad sincera.

A mi directora de tesis, la Dra. Lourdes Álvarez que supo guiarme con sus conocimientos en el desarrollo de esta investigación.

Introducción

Desde el año 2015 mediante la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se incorporó la figura jurídica del despido ineficaz con la finalidad de asegurar la estabilidad de los trabajadores en particular de las mujeres embarazadas, maternidad y los dirigentes sindicales que históricamente han sido despedidos de forma injusta debido a su condición. Pero, la regulación del despido ineficaz en el Código del Trabajo ha generado ciertos problemas que se visualizan en la práctica. Por esta situación es de suma importancia realizar un análisis de la figura jurídica del despido ineficaz.

Este proyecto de investigación se desarrolla en base al método explorativo, descriptivo y cualitativo con la finalidad de plasmar un análisis minucioso de la normativa y de esta manera determinar las deficiencias que presenta la regulación del despido ineficaz.

De este modo, la presente investigación se presenta a través de tres capítulos: En el primer capítulo se desarrolla la parte histórica y conceptual respecto al despido ineficaz, así como su relación con los principios y derechos reconocidos en los cuerpos legales. Posteriormente, en el segundo capítulo se analiza la regulación del despido ineficaz, su procedimiento y los efectos que produce la declaratoria del despido ineficaz de acuerdo al Código del Trabajo y por último se realiza un análisis de la figura jurídica en la legislación de otros países en donde se presentan elementos que pueden beneficiar a la legislación ecuatoriano. Para finalizar, en el tercer capítulo se describe las deficiencias de la regulación del despido ineficaz a través de la doctrina y de los criterios de profesionales del derecho laboral, lo cual permite sugerir posibles reformas con el fin de mejorar la normativa respecto al despido ineficaz y de esta manera no se vulneren los derechos de las personas trabajadoras.

Capítulo I

Nociones básicas del despido ineficaz

1.1. Antecedentes

El ser humano desde sus inicios se dedicó a las actividades de caza, pesca y agricultura para subsistir. Luego el trabajo se basaba en la esclavitud, pues los más débiles llamados esclavos realizaban las tareas que les ordenaban sus amos, ya que estos eran de su propiedad. Después los campesinos se dedicaban a trabajar en las tierras de los señores feudales a cambio de obtener una parte de lo que se recolectaba en las tierras.

Luego surgen las grandes fábricas, por lo que los campesinos se trasladan a la ciudad para trabajar en las máquinas a cambio de un salario, de esta manera se expande el comercio, nace la gran competencia, sin embargo, creció la explotación laboral en las fábricas, ya que las jornadas de trabajo eran muy extensas, con salarios muy bajos y las condiciones de seguridad e higiene eran pésimas en el trabajo. De igual manera los trabajadores eran despedidos de manera arbitraria por el empleador y sin percibir una prestación a causa del despido. Todos estos hechos se dieron ya que la única fuente normativa era el contrato de trabajo en donde las condiciones del contrato eran fijadas únicamente por el empleador y del mismo modo este las podía modificar por otras (Lalanne, 2011)

Pero, más tarde se dan importantes cambios en el trabajo, se crean varias leyes teniendo como principio fundamental la libertad de trabajo y consecuentemente nace el derecho laboral.

De esta manera el Ecuador ratifica el Protocolo de San Salvador, que en su artículo 7 establece que:

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo 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 cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional. (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999)

Además, con la Constitución de la República del Ecuador de 2008, en adelante CRE, la cual se encuentra vigente en la actualidad, se desprenden una serie de derechos y garantías a los trabajadores. De igual manera el Código del Trabajo para evitar que el empleador despida arbitrariamente al trabajador establece las causas para terminar legalmente el contrato individual, contenido en el artículo 169 del Código del Trabajo.

A pesar de estos avances en el ámbito laboral, continuaban los despidos específicamente a grupos vulnerables. Entonces, el legislador vio la necesidad de crear una figura legal que proteja los derechos de estos trabajadores, es por eso que en el año 2015 se incorpora la figura jurídica del despido ineficaz como una medida de protección para las personas trabajadoras en estado de embarazo, maternidad y, dirigentes sindicales, mediante la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, en el Registro Oficial Suplemento No. 483.

De esta manera se incorpora la figura jurídica del despido ineficaz que se encuentra establecido en el Código del Trabajo en el artículo 195.1 y siguientes, con el objetivo de garantizar la estabilidad laboral de las personas en estado de embarazo, maternidad y dirigentes sindicales y consecuentemente terminar con los despidos arbitrarios.

1.2. Definición del despido ineficaz

Para iniciar con el análisis del despido ineficaz es necesario tener claro la conceptualización del término despido, según Cabanellas (2006), “Despido, significa privar de ocupación, empleo, actividad o trabajo.

En derecho laboral se entiende estrictamente por despido, la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo realizada unilateralmente por el patrono o empresario” (p.157). Mientras que el término ineficaz significa “no eficaz”, es decir que no se logró el resultado que se esperaba. (Real Academia Española, 2014).

Entonces, existe despido ineficaz cuando el empleador sin causa legal y de manera unilateral decide despedir al trabajador, pero este despido no es válido ya que con esto el empleador vulnera los derechos de la persona trabajadora.

Por otra parte, la Corte Nacional de Justicia (2016) se refiere al despido ineficaz como:

La acción que pretende garantizar la permanencia en el lugar de trabajo a la persona embarazada o en condición de maternidad y a los que realizan funciones de dirigentes sindicales, esto quiere decir que, al producirse el despido intempestivo, éste no surte sus efectos. (p.3)

Por lo tanto, el despido ineficaz se puede entender como la acción unilateral del empleador de dar por finalizada la relación laboral, sin embargo, no surte los efectos jurídicos debido a la protección especial que tiene el trabajador por su condición de embarazo, maternidad y por ejercer funciones como dirigente sindical. Por lo que, el despido es nulo, y el trabajador tendrá el derecho de reintegrarse a su puesto de trabajo. Además, la CRE, consagra varios derechos y uno de ellos es el trabajo considerado como un derecho fundamental e irrenunciable de las personas, por ende, la condición del trabajador no puede ser causa para que el empleador despidiera a los trabajadores.

1.3. Sujetos protegidos por la figura jurídica del despido ineficaz

1.3.1. Personas trabajadoras en estado de embarazo o de gestación

Hurtado (2014), define el embarazo como:

El proceso de crecimiento y desarrollo de un nuevo individuo en el seno materno, el cual se produce cuando un espermatozoide atraviesa la membrana celular del óvulo, se unen los núcleos y dan lugar al cigoto que se implanta en el útero. Durante esta etapa la mujer sufre varios cambios fisiológicos, metabólicos, morfológicos. Mientras que la gestación hace referencia al período comprendido entre la concepción y el nacimiento el cual tiene una duración de 38 o 40 semanas. Finalmente, estos dos términos en la práctica son utilizados como sinónimos. (p.16)

Las mujeres embarazadas o en estado de gestación han sufrido discriminación por parte de los empleadores ya que estos consideran que por su estado no son eficaces en su labor y además implican una carga económica, por ende, los empleadores evitaban contratarlas. De igual manera si la mujer en el ejercicio de sus actividades laborales quedaba embarazada inmediatamente era despedida por el empleador. Por estas circunstancias era necesario dar mayor protección a las mujeres por las dificultades que atraviesan en esta etapa de su vida, es así que el Estado a través de la CRE protege la vida desde la concepción, ya que los roles reproductivos de la mujer no pueden ser limitantes para que pueda desenvolverse en el ámbito laboral.

El Código del Trabajo también contiene normas que protegen a las mujeres embarazadas.

El artículo 153 del Código del Trabajo manifiesta que el empleador no puede terminar el contrato de trabajo a causa de que la mujer se encuentre embarazada, además tiene

derecho a una licencia con remuneración de 12 semanas por el nacimiento del hijo y durante este tiempo no podrá ser reemplazada de manera definitiva. Asimismo, el artículo 154 del mismo cuerpo legal menciona que si la mujer embarazada permanece ausente de su trabajo hasta por 1 año debido a la enfermedad que se origine en el embarazo o en el parto y la incapacite trabajar, el empleador por esta causa no puede dar por terminado el contrato de trabajo, para ello la trabajadora debe justificar la enfermedad con el certificado médico correspondiente. Además, el empleador no está obligado a pagar la remuneración cuando se exceda de las 12 semanas señaladas en el artículo 153 del Código del Trabajo, sin perjuicio de lo que se indique en los contratos colectivos de trabajo. Finalmente, indica que la mujer embarazada no podrá ser despedida intempestivamente desde que inicia el embarazo, para ello justificará con el certificado médico correspondiente, sin embargo, el empleador podrá despedir por las causas determinadas en el artículo 172 del Código de Trabajo. (Código del Trabajo, 2005)

Para obtener la garantía establecida en el artículo 154 del Código del Trabajo “el trabajador debe notificar previamente al empleador mediante el certificado correspondiente, salvo que el embarazo sea notorio o exista prueba fehaciente que el empleador tenía pleno conocimiento de su embarazo” (Corte Nacional de Justicia, Resolución 06-2016, 2016). En ese sentido, la mujer embarazada cuenta con estabilidad en su puesto de trabajo siempre y cuando justifique su situación.

1.3.2. Personas trabajadoras en condiciones asociadas a la maternidad

La maternidad no tiene una definición estricta debido a su complejidad, sin embargo, históricamente ha sido asociado únicamente a las mujeres debido a su dimensión biológica, por ende, se considera que la maternidad es el proceso que atraviesa la mujer durante el embarazo hasta que termina con el alumbramiento de un nuevo ser, sin embargo, no se puede limitar sólo a esta dimensión, ya que continúa la crianza de ese nuevo ser.

El Estado en su deber de precautelar la salud y bienestar de la madre como del recién nacido, concede la licencia remunerada, que se encuentra en el artículo 152 del Código del Trabajo y establece que:

Después del alumbramiento, la madre tiene un permiso de 12 semanas, pero se extiende a 10 días adicionales en caso de parto múltiple. Mientras que, el padre tiene el permiso de 15 días si se trata de parto normal, pero se amplía 5 días más en caso de cesárea o parto múltiple. Además, la licencia por paternidad se extiende por 8 días más

cuando el bebé nace prematuro o bajo cuidados especiales, y 25 días más cuando el hijo nace con una enfermedad terminal o discapacidad severa. Por último, la norma señala que, si fallece la madre durante el parto o en el goce de la licencia por maternidad, el padre puede tomar la totalidad o el resto del período de licencia que le correspondía a la madre. Cabe mencionar que para gozar de este derecho el padre o la madre debe presentar el certificado médico correspondiente. (Código del Trabajo, 2005)

Además, para asegurar el crecimiento del niño se establece que “durante los 15 meses a partir de que haya concluido la licencia por maternidad, la jornada de la madre lactante durará 6 horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria” (Código del Trabajo, 2005).

1.3.3. Personas trabajadoras que se acojan a la licencia voluntaria sin remuneración para el cuidado de los hijos

El cuidado y la atención de los padres en los primeros años de vida de los hijos es fundamental para el crecimiento y desarrollo saludable del niño, ya que estos permitirán su posterior desenvolvimiento. Por eso el Estado para asegurar el bienestar del niño durante esta etapa crucial, otorga la licencia sin remuneración al padre o la madre para el cuidado de los hijos.

El artículo 152.1 del Código del Trabajo manifiesta que:

El trabajador puede optar por acogerse a la licencia voluntaria no remunerada para el cuidado de los hijos, una vez que ha concluido la licencia de maternidad o paternidad. Esta licencia se permite hasta 15 meses y aplica para los padres, madres, así como para los padres adoptivos. Además, cabe mencionar que durante este periodo de licencia sin remuneración se garantizan las prestaciones de salud por parte de la seguridad social. Y finalmente la norma expresa que si el empleador despide al trabajador luego del uso de la licencia sin remuneración este despido será ineficaz. (Código del Trabajo, 2005)

1.3.4. Dirigentes sindicales

Argudo et al. (2020) define al dirigente sindical como: “Aquella persona designada como representante de la organización de trabajadores” (p.6).

Entonces dirigente sindical es la persona que forma parte de una organización y que ha sido elegida para representar y velar por los intereses de los trabajadores.

La CRE permite a los trabajadores de forma libre formar asociaciones. De igual modo

el Código del Trabajo establece la libertad de asociación, y para pertenecer a la asociación es indispensable tener más de 15 años y el trabajador debe expresar por escrito el interés de pertenecer a dicha organización. Pero, para ser miembro de la directiva el trabajador debe ser mayor de edad (18 años).

Entonces, los trabajadores tienen el derecho de asociarse sin ningún inconveniente y el empleador deberá respetar su decisión, y una vez que se forme la asociación de trabajadores el Estado será el responsable de proteger la asociación siempre y cuando la asociación de trabajadores cumpla con una de las finalidades establecidas en el artículo 441 del Código del Trabajo, que expresa lo siguiente:

La asociación de trabajadores para que sea protegida por el Estado debe cumplir con cualquiera de los siguientes fines: La capacitación profesional, la cultura y educación de carácter general o aplicada a la correspondiente rama del trabajo, el apoyo mutuo mediante la formación de cooperativas o cajas de ahorro y los demás que entrañen el mejoramiento económico o social de los trabajadores y la defensa de los intereses de su clase. (Código del Trabajo, 2005)

Además, las organizaciones de trabajadores deben obtener personería jurídica, para ello se requiere que estén legalmente constituidas y registradas en la Dirección Regional del Trabajo.

También, el Código del Trabajo contiene normas que establecen dos momentos de protección:

Primero, cuando los trabajadores deciden formar una organización.

El artículo 452 establece que el empleador no podrá despedir a los trabajadores que se hayan reunido en asamblea general para constituir un sindicato, comité de empresa o cualquier clase de organización de trabajadores desde que los trabajadores notifican al inspector de trabajo y hasta que se integre la primera directiva. Esta protección es para los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva. (Código del Trabajo, 2005)

Entonces, este artículo menciona la prohibición de despedir a los trabajadores que deciden formar una organización. Por lo que, si el empleador infringe esta disposición el trabajador tiene derecho a recibir la indemnización de 1 año de remuneración, pero para obtener esta indemnización el trabajador debe seguir el proceso de despido ineficaz.

Segundo, cuando los trabajadores son miembros de la directiva.

El artículo 187 del Código del Trabajo establece que, el despido intempestivo del trabajador que es miembro de la directiva será considerado ineficaz, y en este caso la garantía que tiene el dirigente sindical despedido intempestivamente es que podrá seguir ejerciendo sus funciones hasta que termine su periodo, pero una vez que termine su periodo se extiende 1 año más. Esta protección aplica tanto para los dirigentes de las organizaciones formadas por trabajadores de una misma empresa, como las constituidas por trabajadores de diferentes empresas, pero en este último caso el inspector del trabajo debe notificar al empleador sobre la elección del dirigente que trabaja bajo su dependencia. No obstante, el empleador podrá terminar legalmente la relación laboral por las causas contenidas en el artículo 172 del Código del Trabajo. (Código del Trabajo, 2005)

Cabe señalar, que antes de esta reforma el artículo 187 del Código del Trabajo establecía que el dirigente sindical despedido intempestivamente tenía derecho a reclamar la indemnización por despido intempestivo más la indemnización de 1 año de remuneración, sin embargo, actualmente la norma establece que el dirigente sindical despedido intempestivamente para obtener la indemnización especial de 1 año de remuneración debe ejercer la acción por despido ineficaz.

Además, es pertinente mencionar que para ser beneficiario de la protección como dirigente sindical es necesario que el dirigente sindical tenga nombramiento y conste en el registro de la Dirección Regional del Trabajo. También es importante notificar al empleador sobre la designación del trabajador como dirigente de una organización sobre todo de aquella organización constituida por trabajadores de diferentes empresas para que el empleador tenga conocimiento de esa situación.

1.4. Principios que se relacionan con el despido ineficaz

Los principios provenientes del derecho laboral se encuentran consagrados en instrumentos nacionales e internacionales con la finalidad de proteger y garantizar una relación equilibrada entre las partes. Por ende, es importante mencionar los principios que se relacionan con el despido ineficaz, los cuales se señalan a continuación.

1.4.1. Principio protector

Este principio permite equilibrar la relación laboral que durante años ha sido basada en

la desigualdad, puesto que el trabajador al depender económicamente del empleador aceptaba condiciones desfavorables para su vida. Entonces, este principio se establece con el propósito de compensar esa desigualdad y proteger favorablemente al trabajador.

El principio protector está conformado por tres reglas:

- **In dubio, pro operario:** Criterio que debe ser utilizado por las autoridades administrativas y judiciales cuando exista duda sobre el alcance de una norma, en este sentido deberán optar por aquella que sea más favorable al trabajador, tal como establece el artículo 326 numeral 3 de la CRE (Guerrón, 2001).
- **La norma más favorable:** Manifiesta que en caso de que exista más de una norma que sea aplicable en el caso concreto, debe optarse por aquella que sea más beneficiosa al trabajador sin importar la jerarquía de las normas (Guerrón, 2001).
- **La condición más beneficiosa:** Determina que la aplicación de una nueva norma no puede reducir las condiciones beneficiosas que tiene el trabajador (Guerrón, 2001).

El principio protector se relaciona con el despido ineficaz ya que el juzgador para resolver la acción lo debe hacer en base a las normas que regulan el despido ineficaz, teniendo en cuenta que el trabajador se encuentra protegido y más aún cuando se trata de personas trabajadoras en estado de embarazo, maternidad y dirigentes sindicales.

1.4.2. Principio de Irrenunciabilidad

Guerrón (2001), define a la irrenunciabilidad como: “Aquella limitación de la autonomía de la voluntad, tendiente a evitar que un trabajador se desprenda de uno o más de sus derechos, en especial los nacidos de la protección mínima legal en beneficio del empleador” (p.37).

Este principio se encuentra en la CRE, así como en el Código del Trabajo. La CRE en su artículo 326 numeral 2 expresa que “Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). De igual manera el Código del Trabajo en su artículo 4 indica que “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario” (Código del Trabajo, 2005).

Entonces, el artículo 326 numeral 2 y el artículo 4 de los respectivos cuerpos legales manifiestan que los derechos laborales son irrenunciables, es decir que los trabajadores

no pueden renunciar a sus derechos reconocidos en los instrumentos nacionales e internacionales, por ende, cualquier estipulación que implique renuncia a sus derechos no tendrán validez.

El principio de irrenunciabilidad se relaciona con el despido ineficaz ya que protegen los derechos del trabajador en este caso de las mujeres embarazadas, en periodo de maternidad y de los dirigentes sindicales, que son un grupo vulnerable dentro de la sociedad. Pues, en este caso la mujer trabajadora no podrá renunciar al derecho a la licencia remunerada por maternidad ya que el acto de renunciar a este derecho sería nulo.

1.4.3. Principio de continuidad o estabilidad

Según Pulla (2016), “el 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” (p.34).

Este principio se consolida debido a la gran cantidad de despedidos que se daba cuando los trabajadores reclamaban mejores condiciones de trabajo, puesto que, tenían largas jornadas de trabajo y con una remuneración ínfima. Incluso las mujeres embarazadas eran despedidas una vez que el empleador tenía conocimiento de su situación. Es así que, el principio se establece para que las personas permanezcan en sus puestos de trabajo de manera estable y obtener los beneficios que provienen del contrato de trabajo.

El Estado para garantizar la estabilidad de las personas trabajadoras en el año 2015 mediante la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo estableció como modalidad típica los contratos indefinidos y de esta manera eliminó los contratos a plazo fijo (Pulla, 2016).

El principio de continuidad se relaciona con el despido ineficaz porque asegura la estabilidad laboral de las mujeres en estado de gestación, maternidad, así como a los dirigentes sindicales. Por lo que, si el empleador despide a este grupo de personas sin causa legal, el trabajador tiene derecho a reintegrarse al puesto de trabajo y el empleador tiene la obligación de recibirlo. De esta manera se garantiza la permanencia en los puestos de trabajo de este grupo de trabajadores.

1.4.4. Principio de la primacía de la realidad

El principio de la primacía de la realidad según Guerrón (2001), “significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos” (p.51).

En este principio prima la realidad de los hechos, que lo pactado entre el empleador y trabajador en un contrato. De esta manera se logra evitar que el empleador simule una realidad para beneficiarse y perjudicar al trabajador.

Este principio es importante en los casos de despido ineficaz puesto que el juzgador debe analizar todos los hechos para tomar una decisión, ya que el empleador podría alegar la renuncia del trabajador mediante el documento respectivo y el desconocimiento del estado de embarazo para evadir responsabilidades, cuando realmente el empleador despide a la trabajadora por el estado de embarazo, entonces es fundamental que los jueces tengan en cuenta este principio a la hora de resolver este tipo de conflictos.

1.4.5. Principio de Razonabilidad

Este principio consiste en que el empleador y trabajador deben proceder conforme a la razón. Por lo que, el empleador no puede abusar de su facultad por el hecho de que el trabajador está a su cargo, sino al contrario debe ejercer sus facultades de manera coherente. En definitiva, este principio sirve para evitar que los sujetos de la relación laboral incurran en conductas abusivas (Guerrón, 2001).

El principio de razonabilidad se relaciona con el despido ineficaz ya que los jueces deben considerar este principio para determinar si la facultad del empleador de terminar la relación laboral fue razonable o no. Por ejemplo, cuando una trabajadora se encuentra con un embarazo riesgoso y el empleador le despide porque no desempeña de manera eficiente su actividad laboral.

1.4.6. Principio de Buena Fe

Calucho (2014), sostiene que:

Se espera una actuación con honradez tanto del trabajador como de su patrono desde el momento de celebración del contrato de trabajo como durante la ejecución y en la extinción del mismo. Principio que invoca además la actuación

limpia, honesta de los representantes legales de las partes, es decir de los litigantes durante todo el proceso laboral. (p.33)

Este principio se refiere a la buena actuación del empleador y trabajador desde que inicia la relación laboral, hasta que termina la misma. En caso de que la relación laboral llegue a su fin por causas ajenas a la condición del trabajador, no se establecerá sanciones, puesto que, el empleador respetó el derecho a la estabilidad de la persona trabajadora en estado de embarazo, maternidad y del dirigente sindical, y los trabajadores no abusaron de su condición (Pulla, 2016). Pero, si la terminación de la relación laboral es por la condición del trabajador, y este ejerce la acción por despido ineficaz, durante el proceso las partes deberán actuar con honestidad ya que en base a lo presentando el juez tomará una decisión.

1.4.7. Principio de libertad de asociación

Pulla (2016) manifiesta que:

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. (p.39)

El principio de libertad de asociación se encuentra consagrado en la CRE y en el Código del Trabajo garantizando a los trabajadores y empleadores el derecho a la libertad de asociación conforme la ley.

Respecto a la CRE en su artículo 326 numeral 7 contiene lo siguiente:

El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

[...] 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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

También este principio se encuentra en varios Convenios, y uno de los que ha ratificado el Ecuador es el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación.

De esta manera un trabajador puede ser parte de cualquier organización, sin temor a que el empleador le despidiera por pertenecer a la organización, ya que cuentan con estabilidad laboral, garantía que se encuentra establecida en el artículo 195.1 del Código del Trabajo.

El principio de libertad de asociación se relaciona con el despido ineficaz porque el juzgador para resolver los casos de despido ineficaz debe tener en cuenta la protección especial que tienen los dirigentes sindicales de una organización y de esta manera sancionar al empleador por vulnerar los derechos que tiene el dirigente sindical.

1.4.8. Principio de Inamovilidad

Cabanellas (2006), define a la inamovilidad como “el derecho de ciertos empleados y funcionarios especialmente los jueces y magistrados, a no ser despedidos, trasladados, suspendidos ni jubilados, sino por alguna de las causas previstas en la ley” (p.240).

De acuerdo a la legislación ecuatoriana el principio de inamovilidad permite la estabilidad laboral absoluta que tienen las mujeres en estado de embarazo, maternidad y los dirigentes sindicales ya que, el trabajador no puede ser separado de su puesto de trabajo de forma arbitraria, y en caso de que el empleador realice este acto, el trabajador tiene derecho a presentar la acción por despido ineficaz para poder ser reintegrado a su puesto de trabajo.

Entonces, el principio de inamovilidad “tiene un límite en su aplicación en el tiempo” (Arévalo, 2018). Debido a que la protección especial aplica únicamente para las mujeres en estado de embarazo, maternidad y los dirigentes sindicales.

En base a este principio las mujeres en estado de embarazo, maternidad y los dirigentes sindicales no pueden ser despedidos de sus puestos de trabajo, porque cuentan con la garantía de la estabilidad laboral absoluta debido a su condición de vulnerabilidad. Sin embargo, el empleador sí podrá despedir a este grupo de trabajadores por las causales legalmente establecidas en el artículo 172 del Código del Trabajo siguiendo el trámite respectivo.

El principio de inamovilidad se relaciona con el despido ineficaz ya que en razón de este principio se considera ineficaz el despido intempestivo de la mujer en estado de embarazo, maternidad y del dirigente sindical. Por lo tanto, los jueces para resolver casos de despido ineficaz deben tener en cuenta este principio que protege únicamente a este grupo de personas por su situación.

1.5. El despido ineficaz y su relación con los derechos protegidos en el Ecuador

Las personas por el hecho de existir adquieren derechos fundamentales los cuales se encuentran reconocidos y garantizados en la normativa nacional e internacional. El despido ineficaz se encuentra vinculado con ciertos derechos tales como: el derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, derecho a la igualdad y no discriminación y derecho a la libertad reproductiva.

1.5.1. Derecho al trabajo

El trabajo es “aquella actividad propiamente humana que hace uso de las facultades físicas, morales e intelectuales, conducentes a obtener un bien o servicio necesario para la satisfacción propia y a veces ajena de algún tipo de necesidad” (Guerra, 1998, p.46).

Por su parte la CRE en su artículo 33 expresa que:

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

Además, el trabajo al ser un derecho este debe ser remunerado de manera justa, el cual no debe atentar la dignidad humana, tal como establece el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, que expresa lo siguiente:

[...] 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

Por otro lado, el Código del Trabajo, establece lo siguiente: “El trabajo es un derecho y un deber social. El trabajo es obligatorio, en la forma y con las limitaciones prescritas en la Constitución y las leyes” (Código del Trabajo, 2005).

Mientras que el artículo 3 del Código del Trabajo expresa que:

[...] Ninguna persona podrá ser obligada a realizar trabajos gratuitos, ni remunerados que no sean impuestos por la ley, salvo los casos de urgencia extraordinaria o de necesidad de inmediato auxilio. Fuera de esos casos, nadie

estará obligado a trabajar sino mediante un contrato y la remuneración correspondiente. En general, todo trabajo debe ser remunerado. (Código del Trabajo, 2005)

En este sentido, el artículo 2 del Código del Trabajo manifiesta que el trabajo es un derecho y es obligatorio conforme lo establecido en la ley. Mientras que el artículo 3 del mismo cuerpo legal indica que el trabajador tiene la libertad de realizar trabajos lícitos, por los cuales deben ser remunerados, por ende, nadie está obligado a realizar un trabajo de forma gratuita excepto los casos señalados en la ley.

Por otra parte, la OIT promueve el trabajo decente, que implica tres cosas. Primero, que las personas realicen un trabajo productivo que les permita generar ingresos para vivir con dignidad. Segundo, que el trabajador y su familia puedan obtener protección social y tercero, que los trabajadores puedan organizarse libremente y participar en la toma de decisiones cuando estén de por medio sus derechos. En ese sentido, existe Trabajo Decente cuando se cumple con los principios y derechos como: La libertad de asociación y sindical, el derecho a la negociación colectiva, la abolición del trabajo forzoso, la erradicación del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo (Organización Internacional del Trabajo, 2009).

La sección tercera de la CRE desprende varios aspectos importantes respecto al trabajo. Primero se reconocen dos modalidades de trabajo, el trabajo dependiente y el trabajo autónomo. Segundo establece la prohibición de toda forma de precarización como la intermediación laboral y la tercerización, así como la contratación por horas. Tercero reconoce que los jóvenes tienen derecho a ser sujetos activos en la producción, así como en las labores comunitarias, de autosustento y cuidado familiar. Cuarto reconoce y garantiza el derecho al trabajo de comunidades, pueblos y nacionalidades. Quinto reconoce como labor productiva el trabajo remunerado de auto sustento y cuidado humano que se realiza en los hogares. Y sexto reconoce a las personas trabajadoras el derecho a recibir una remuneración justa que permita cubrir las necesidades básicas (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En base a lo indicado el trabajo es un derecho fundamental de todas las personas, por ende, la condición de embarazo, maternidad o por ejercer funciones como dirigente sindical, no pueden ser un impedimento para acceder a un empleo ya que este derecho se encuentra consagrado en los cuerpos normativos y además que es responsabilidad del Estado garantizar este derecho a todas las personas sin ninguna distinción.

1.5.2. Derecho a la seguridad social

Grisolia (2011) define el derecho a la seguridad social como:

El conjunto de normas jurídicas que protegen frente a las contingencias sociales, como la salud, vejez o la desocupación. Se trata de casos de necesidad biológica y económica. Este derecho ampara al trabajador dependiente, al autónomo y también al desempleado, de las contingencias de la vida que pueden disminuir la capacidad de ganancia del individuo. Se materializa mediante un conjunto de medidas y garantías adoptadas a favor de los hombres para protegerlos contra ciertos riesgos. (p.719)

Por otra parte, la OIT define a la seguridad social como “un derecho humano que responde a una necesidad universal de protección contra ciertos riesgos de la vida y necesidades sociales”. (Organización Internacional del Trabajo, 2023)

De esta manera se puede decir que la seguridad social es un derecho del ser humano establecido en los cuerpos legales con el fin de que la persona pueda acceder a una protección frente a circunstancias de la vida. La CRE establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable, y es responsabilidad del estado garantizar este derecho, de esta manera el artículo 34 señala lo siguiente:

[...] El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Respecto a las contingencias que cubre el seguro, el artículo 369 de la CRE señala lo siguiente:

El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud. El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral [...]. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Además, cabe señalar que el sistema de seguridad social es público y universal de acuerdo a la CRE, y cubre las contingencias a través de las instituciones como:

1. Ministerio de Salud Pública (MSP)
2. Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES)
3. Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA)
4. Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL)
5. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)

Por lo tanto, es importante que el Estado garantice el derecho a la seguridad social para que las personas trabajadoras puedan acceder a las prestaciones en situaciones delicadas como el caso de las personas en estado de embarazo, maternidad, a través de las instituciones que prestan estos servicios. Teniendo en cuenta que, si el empleador despide a la trabajadora que se encuentra embarazada o en el periodo de maternidad estaría afectando al derecho a la seguridad social, lo cual puede ser perjudicial para la salud de la mujer como del niño.

1.5.3. Derecho a la igualdad y no discriminación

La igualdad y la no discriminación son conceptos complementarios, tanto así, que la igualdad tiene una connotación positiva que garantiza que las personas sean iguales en el goce y ejercicio de sus derechos; mientras que, la no discriminación, supone la necesidad de que las personas no sean tratadas con distinciones injustas y arbitrarias (Páez, 2020).

Es decir que las personas gozan de los mismos derechos sin ninguna distinción tal como menciona la DUDH y la CRE.

La CRE en el artículo 11 numeral 2, expresa lo siguiente:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se

encuentren en situación de desigualdad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Además, la CRE establece que es responsabilidad del estado garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral en particular de las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia. Por lo que, el artículo 331 de la CRE establece lo siguiente:

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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Mientras que la Ley Orgánica de Servicio Público, en adelante LOSEP, establece que en los cargos del sector público debe existir paridad de hombres y mujeres, para ello el Estado debe garantizar el proceso de elección.

De esta manera tanto hombres como mujeres tienen derecho a acceder a un puesto de trabajo sin distinción alguna, así como a recibir una remuneración justa, y el Estado es quien debe promover y garantizar los derechos de las personas, y que estos no sean vulnerados por terceros. Por lo tanto, el estado de embarazo, maternidad, y por ser dirigente sindical no es motivo para que el empleador disminuya la remuneración, le cambie de puesto o despida al trabajador.

1.5.4. Derecho a la libertad reproductiva

Los derechos sexuales y reproductivos “son parte de los derechos humanos y son derechos inherentes al ser humano que permite tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre el número y espaciamiento de los hijos” (López y Pérez, 2020, p7).

Entonces, en base a este derecho los seres humanos tienen la libertad de decidir sobre su vida reproductiva, el cual se encuentra consagrado en el artículo 66 de la CRE en los siguientes términos: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

También, es importante mencionar que el Estado es el responsable de garantizar los derechos reproductivos del trabajador. El artículo 332 de la CRE señala lo siguiente:

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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

También cabe mencionar que los derechos reproductivos abarcan los derechos humanos reconocidos en los instrumentos nacionales e internacionales tales como:

- Derecho a la vida
- Derecho a la salud
- Derecho a la libertad, seguridad e integridad personal
- Derecho a la intimidad
- Derecho al matrimonio y a fundar una familia
- Derecho a la igualdad y a la no discriminación
- Derecho al empleo y a la seguridad social
- Derecho a la educación
- Derecho a la información adecuada y oportuna.
- Derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer.
- Derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación. (Facio, 2008)

Por lo tanto, los derechos reproductivos son derechos humanos que permiten tomar decisiones de manera libre sobre la vida sexual y reproductiva, por lo que, el número de hijos no debe ser impedimento para acceder a un puesto de trabajo o en su defecto para despedir al trabajador, ya que se estaría vulnerando el derecho reproductivo del trabajador.

Capítulo II

La regulación del despido ineficaz

2.1. El despido ineficaz en el Código del Trabajo

El 20 de abril del año 2015 a través de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar se establece la figura jurídica del despido ineficaz en los siguientes términos:

Código del Trabajo, Artículo 195.1 Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz. Se considera 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. (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015)

De esta manera el despido ineficaz se establece para garantizar al trabajador la permanencia en su puesto de trabajo, en particular de aquellas personas que se encuentren en condición de embarazo, maternidad, así como a los dirigentes sindicales, protegiendo exclusivamente a estos grupos vulnerables, ya que antes de esta reforma, el Código del Trabajo solamente se refería a la figura jurídica del despido intempestivo con su respectiva indemnización de acuerdo a los artículos 187 y 188 del mismo cuerpo legal. Pero, la indemnización que establecía el artículo 187 del Código del Trabajo antes de la reforma era una indemnización especial equivalente a la remuneración de un año, sin necesidad de que el trabajador realice el trámite que actualmente es el despido ineficaz.

2.1.2. Procedimiento para accionar el despido ineficaz

Cuando el empleador termina la relación laboral de manera unilateral y el trabajador se encuentra en estado de embarazo, maternidad o es dirigente sindical, una vez despedido el trabajador tiene derecho a plantear la acción por despido ineficaz. Para ello debe seguir el siguiente procedimiento.

- La acción por despido ineficaz debe ser tramitada por el procedimiento sumario teniendo en cuenta la reducción de los plazos conforme al artículo 332 numeral 8 del Código Orgánico General de Procesos, en adelante COGEP, que establece

lo siguiente: “Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, se aplicará los términos reducidos como en el caso de niñez y adolescencia” (Código General de Procesos, 2015).

- El proceso inicia con la presentación de la demanda, la misma que debe cumplir con los requisitos del artículo 142 del COGEP, sin embargo, cabe aclarar que la demanda debe contener sólo lo relacionado con el despido ineficaz por lo tanto se debe solicitar como pretensión el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo, y no otro tipo de pretensiones.
- Esta demanda debe presentarse en el plazo máximo de 30 días ante el Juez de Trabajo competente, ya que si la acción no se presenta durante ese plazo opera la caducidad, esto conforme a la Resolución 05-2016 de la Corte Nacional de Justicia. Caducidad que ha sido objeto de varias críticas, de hecho, se considera que con esa caducidad “el trabajador pierde la protección que la CRE y las leyes le garantizan al trabajador” (Ayala, 2023).

Es por eso que varios profesionales del derecho coinciden que el plazo para presentar la acción por despido ineficaz es muy corto sobre todo para la mujer que se encuentra en estado de embarazo o maternidad, por ende, consideran que el plazo debe ser más flexible, y de esta manera no se vulneraría los derechos consagrados en la CRE.

- Luego, el juez observará si la demanda cumple con todos los requisitos del artículo 142 del COGEP, para poder calificar, pero si en ese momento evidencia que en la demanda se “incorpora otras pretensiones relativas a derechos laborales, solamente admitirá a trámite la demanda únicamente lo que respecta a la declaratoria del despido ineficaz, dejando el derecho de la persona trabajadora a reclamar por vía separada los demás beneficios laborales” (Corte Nacional de Justicia, Resolución 05-2021, 2021).
- Una vez calificada la demanda de clara y completa, el juez ordenará citar al demandado. Además, “el juez en esa misma providencia podrá dictar medidas cautelares que permitan el reintegro inmediato del trabajador afectado mientras dure el trámite” (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015).
- Citado legalmente el demandado deberá presentar la contestación a la demanda, para ello tendrá 10 días conforme al artículo 333.3 del COGEP, la contestación deberá contener lo señalado en el artículo 151 del COGEP. Además, se deberá acompañar las pruebas, y solicitar aquellas que deben practicarse.

- Luego, el juez deberá convocar a la audiencia única que se llevará a cabo en el plazo máximo de 20 días que serán contados desde la citación.
La audiencia iniciará con la conciliación de las partes, y en caso de llegar a un acuerdo éste será autorizado por sentencia y a falta de acuerdo entre las partes se seguirá con la sustanciación de la misma, dando paso a la práctica de las pruebas solicitadas, concluida la etapa probatoria, se presentarán los alegatos y finalmente el juez de Trabajo dictará sentencia. (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015)
- Si el juez en su sentencia declara la ineficacia del despido, el demandado podrá interponer el recurso de apelación con efecto devolutivo. Para ello, tendrá 5 días para presentar por escrito a partir de la notificación de la sentencia por escrito, de acuerdo al artículo 257 del COGEP.

2.1.3. Efectos del despido ineficaz

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar en su artículo 35 añade el artículo 195.3 que hace referencia a los efectos de la declaratoria del despido ineficaz, los cuales son:

1. “Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el 10% de recargo” (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015).

Entonces, cuando el juez declara la ineficacia del despido, se entiende que la relación laboral continua, y si el trabajador decide reintegrarse a su puesto de trabajo el empleador tiene la obligación de recibir al trabajador obligatoriamente, y además tendrá que cancelar las remuneraciones que no percibió el trabajador con el recargo del 10% por el tiempo que duró el trámite del despido ineficaz.

2. Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo. (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015)

Es decir, si se declara el despido ineficaz y el trabajador toma la decisión de no permanecer en el puesto de trabajo, tiene derecho a que su empleador le cancele la

indemnización equivalente a un año de remuneración, además de la indemnización general por despido intempestivo.

3. Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de la misma en la providencia inicial, o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015)

Este numeral se refiere al hecho de que se haya dispuesto el reintegro inmediato del trabajador a su puesto de trabajo y el empleador se niega a cumplir con dicha disposición, el empleador será sancionado conforme el artículo 282 del COIP por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, que establece una pena privativa de libertad de 1 a 3 años

4. En cualquier caso, de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro. (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015)

Este numeral se refiere a los casos de despido intempestivo por discriminación en donde se pretende que el juez declare que la relación laboral ha terminado unilateralmente por el empleador a causa de discriminación y como sanción el empleador deberá pagar la indemnización de un año de remuneración al trabajador afectado, por ende, no aplica el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo.

5. “En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en el Ley Orgánica de Discapacidades” (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015).

Este numeral se refiere al despido injustificado de la persona que posee discapacidad o del trabajador que tiene a su cargo una persona con discapacidad, en este caso el trabajador despedido por la condición de discapacidad, tiene derecho a recibir una indemnización equivalente a 18 meses de la mejor remuneración conforme el artículo

51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, que es una indemnización adicional a la que le corresponde por ley.

De lo dicho cabe señalar que la declaratoria de ineficacia del despido de acuerdo al artículo 195.3 del Código del Trabajo procede en los casos de las personas trabajadoras en estado de embarazo, maternidad y dirigentes sindicales, por lo que los efectos son únicamente los que constan en los numerales uno, dos y tres del artículo 195.3 del Código del Trabajo, pero el despido intempestivo por discriminación y el despido injustificado de las personas con discapacidad que constan en los numerales cuarto y quinto del artículo 195.3 del mismo cuerpo legal son dos figuras jurídicas distintas y que no están amparados por la figura jurídica del despido ineficaz.

2.2. Legislación comparada

La figura jurídica del despido ineficaz se encuentra establecida en varios países de Latinoamérica, pero con ciertas diferencias que son propias de cada país. Para conocer más a fondo esta figura jurídica es importante considerar las concepciones de la legislación comparada, específicamente de Colombia, Costa Rica y Venezuela.

2.2.1. Colombia

En el ordenamiento jurídico colombiano existen normas que protegen a la mujer durante el embarazo y la lactancia.

La Constitución Política de la República de Colombia, en adelante CPC, en su artículo 43 establece que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado. Además, la CPC menciona que el Estado tiene la obligación de garantizar la estabilidad laboral de la mujer incluso en el periodo de maternidad (Constitución Política de Colombia, 1991).

Respecto a la estabilidad laboral la Corte Constitucional expone que la estabilidad laboral reforzada, se entiende como:

- a) El derecho a conservar el empleo.
- b) A no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad.
- c) A permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación.
- d) A que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la causal objetiva, y en caso de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz. (Corte Constitucional, Sentencia T-118/19, 2019)

Pero, esta estabilidad laboral reforzada solamente posee las personas trabajadoras sujetas a los fueros los cuales se señalan a continuación.

2.2.1.1. Fuero de maternidad

Este fuero protege exclusivamente a la mujer embarazada o en lactancia, en el Código Sustantivo de Trabajo se encuentran normas que se refieren a este grupo de personas. Es así que, el artículo 239 expresa la prohibición de despedir a la mujer embarazada o que se encuentre dentro de las 18 semanas posteriores al parto sin autorización previa del Ministerio de Trabajo que asegure una justa causa y en caso de ser despedidas sin autorización de la autoridad, la persona trabajadora tiene derecho a recibir una indemnización adicional de 60 días de trabajo fuera de las otras indemnizaciones que le corresponda. De igual manera esta prohibición se extiende al trabajador que tiene pareja o cónyuge que se encuentre embarazada o en el período posterior al parto dentro de las 18 semanas, y no cuente con un empleo formal, en este caso para activar la prohibición deberá el trabajador notificar de forma verbal o escrita a su empleador el estado de su pareja, así como la declaración juramentada que no cuenta con un empleo. Además, establece el máximo de un mes para adjuntar la prueba que demuestre el estado de embarazo (Código Sustantivo del Trabajo, 1951).

Entonces, la mujer embarazada o en periodo de lactancia no podrá ser despedida de manera unilateral por el empleador, salvo que el empleador haya obtenido la autorización del inspector de trabajo de acuerdo a las causales establecidas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, el artículo 241 se refiere a la nulidad del despido, y expresa que el despido efectuado por el empleador al trabajador que se encuentre en descansos remunerados o licencias por enfermedad debido al estado de embarazo o parto, no producirá efecto alguno (Código Sustantivo del Trabajo, 1951).

2.2.1.2. Fuero de salud

En cuanto al fuero de salud se refiere a las personas que poseen alguna limitación o discapacidad física o mental para desarrollar las actividades laborales. Respecto a la limitación la Corte Suprema de Justicia en el año 2023 señala que para ser beneficiario de la protección hay que demostrar tres aspectos.

Primero, el factor humano que se refiere a la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, de mediano o largo plazo. Segundo, el factor contextual que se

refiere al análisis del cargo, sus funciones, requerimientos y el entorno laboral. Tercero, la contrastación e interacción entre estos dos factores. De esta manera concluye que, si el trabajador demuestra estos 3 aspectos se declara ineficaz el despido y procede el reintegro con el pago de salarios, y la indemnización conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (Corte Suprema de Justicia, SL1152-2023, 2023).

Además, la Ley 361 de 1997 en su artículo 26 establece lo siguiente:

[...] Ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin la autorización tendrán derecho a una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas. (Ley 361, 1997)

De lo expuesto se puede aludir que está prohibido despedir a las personas con alguna discapacidad, sin embargo, hay una salvedad que es cuando exista autorización del Ministerio del Trabajo. Pero en caso de contravenir esta prohibición el despido es ineficaz y por lo tanto el empleador deberá reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo, así como cancelar los salarios que ha dejado de percibir, la indemnización correspondiente y demás prestaciones conforme la ley.

2.2.1.3. Fuero sindical

Respecto al fuero sindical según el Código Sustantivo del Trabajo “es una garantía que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros puestos sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo” (Código Sustantivo del Trabajo, 1951).

En este artículo se menciona que gozan de este fuero ciertos trabajadores, por lo que inmediatamente surge la pregunta ¿Quiénes forman parte de este fuero? Para ello es necesario recurrir al artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que están amparados por este fuero “los fundadores del sindicato, los trabajadores que ingresan al sindicato y los miembros de la junta directiva y subdirectiva del sindicato” (Código Sustantivo del Trabajo, 1951).

Entonces, el fuero sindical es una garantía que tienen aquellas personas que fundaron el sindicato, trabajadores y miembros de la directiva del sindicato. Por lo que, no podrán

ser despedidos sin justa causa, ya que, para poder despedir a los trabajadores amparados por el fuero sindical, el empleador debe iniciar el proceso de levantamiento de fuero sindical ante el juez de trabajo. Por lo tanto, si no existe el procedimiento de levantar el fuero sindical, el despido es ineficaz, y el trabajador tiene derecho al reintegro con el correspondiente pago de salarios y las demás prestaciones de acuerdo a la ley.

2.2.1.4. Fuero de acoso laboral

Generalmente los trabajadores que son víctimas de acoso laboral al momento de tomar la decisión de plantear la acción legal, temen por su puesto de trabajo. Es por eso que, la legislación colombiana para evitar las represalias hacia los trabajadores establece en el artículo 11 de la Ley 1010 que:

Quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, tienen la siguiente garantía: La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los 6 meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa o judicial verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento. (Ley 1010, 2006)

Por lo que, “esta garantía se activa cuando la autoridad verifica si los hechos constituyen o no acoso laboral conforme a los artículos 7 y 8 de la ley 1010” (Corte Suprema de Justicia SL17063, 2017).

Entonces, el ordenamiento jurídico de Colombia establece la prohibición de despedir a la persona trabajadora que haya sufrido acoso laboral y por ende ejerce los procedimientos de acuerdo a la ley, ya que se encuentran protegidos por el fuero de acoso laboral. Si se produce el despido dentro de los 6 meses, contados a partir de la petición o queja que presenta el trabajador, y la autoridad haya verificado los hechos, este despido es ineficaz y por tanto la autoridad ordenará el reintegro del trabajador.

2.2.1.5. Fuero de pre pensionado

Este fuero protege a las personas que están por recibir la pensión por vejez, ya que los empleadores para evitar cancelar esa pensión deciden despedir de manera arbitraria, vulnerando los derechos del trabajador.

Los pre pensionados son “los servidores que les falta tres años o menos para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez” (Corte Constitucional, SU-003/18, 2018).

Entonces, el fuero de pre pensionados tiene la finalidad de garantizar la permanencia en el puesto de trabajo, así como asegurar las cotizaciones en el sistema de pensiones, del trabajador. Por lo que, si el empleador despide al trabajador por esa situación, el despido es ineficaz, y de inmediato deberá ordenarse el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo.

Por lo tanto, el despido ineficaz de la legislación colombiana es similar a la del Ecuador que se caracteriza por no surtir los efectos por el hecho de que el despido es en contra de la mujer en estado de embarazo o maternidad y los dirigentes sindicales, sin embargo en la legislación de Colombia además del grupo de mujeres embarazadas y dirigentes sindicales existen otros sujetos protegidos como son: las personas con discapacidad, las personas que son víctimas o testigos de acoso laboral, y las personas que están próximas a jubilarse. Además, en ambos países esta norma tiene como finalidad mantener al trabajador en su puesto de trabajo, es por eso que, una vez que se declare la nulidad del despido se genera el reintegro de este grupo de personas a sus puestos de trabajo.

2.2.2. Costa Rica

En el ordenamiento jurídico de Costa Rica existen normas que brindan una protección especial, a los trabajadores que enfrentan ciertas circunstancias, esto con el objetivo de asegurar la estabilidad en el puesto de trabajo. Las personas que poseen esta protección especial son:

2.2.2.1. La trabajadora embarazada y en período de lactancia

El Código de Trabajo prohíbe el despido a la trabajadora por su condición, en específico el artículo 94 señala lo siguiente:

El empleador no podrá despedir a la trabajadora que se encuentra embarazada, en lactancia o en goce de la licencia sin una causa justificada. Sin embargo, procede el despido si la trabajadora comete falta grave de acuerdo al artículo 81 del Código del Trabajo, en este caso el empleador debe comprobar dicha falta ante la Dirección Nacional y el inspector de trabajo, quien resolverá de acuerdo al procedimiento sumario. Además de manera excepcional la autoridad podrá dictar una medida cautelar provisional. Para gozar de esta protección la trabajadora debe dar aviso al empleador de su estado de embarazo con el certificado médico. (Código de Trabajo, 1943)

También cabe señalar que la mujer trabajadora embarazada de acuerdo al artículo 95 del Código del Trabajo “goza de manera obligatoria de una licencia remunerada por maternidad que es durante el mes anterior al parto y los 3 posteriores a él. Estos 3 meses se consideran como el periodo mínimo de lactancia, el cual puede ser prorrogado por prescripción médica” (Código de Trabajo, 1943).

Además, durante este periodo de lactancia la mujer trabajadora tiene derecho a una hora de su jornada laboral para amamantar a su hijo, de acuerdo al artículo 97 del Código de Trabajo.

Por otro lado, la norma establece que, para ser beneficiario de la protección la mujer embarazada o en lactancia, debe dar aviso al empleador mediante un certificado médico, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que “no es obligatorio, aunque la trabajadora debe acreditar por cualquier medio de prueba que el empleador estaba enterado de la gravidez ya sea porque era evidente o porque esta le comunicó, incluso en el instante mismo del despido” Corte Suprema de Justicia, (como se citó en Gómez, 2008).

Pero, si el empleador despide a la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia, la trabajadora tiene derecho:

A acudir ante el juzgado, conforme lo dispuesto en el artículo 94 bis del Código de Trabajo, y en este caso el trabajador podrá optar por la reinstalación o dar por terminado el contrato de trabajo con responsabilidad patronal. En todo caso, el empleador deberá pagar, además de la indemnización a que tenga derecho y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de preparto y posparto, y los salarios que hubiera dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar 8 meses de embarazo. Pero en el caso de la trabajadora en período de lactancia además del derecho a la cesantía, se debe fijar en sentencia los daños y perjuicios causados. (Código de Trabajo, 1943)

Entonces, estos artículos manifiestan la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada o en lactancia, ya que, en caso de contravenir esta prohibición, el despido será ineficaz.

2.2.2.2. Fuero sindical

Debido a los actos de discriminación antisindical Costa Rica estableció medidas para proteger a este grupo sindical. De hecho, el fuero sindical establece que “los líderes o representantes de los trabajadores no pueden ser despedidos por decisión patronal, mientras ostenten su mandato” (Navarrete y Campos, 2001).

Además, el artículo 363 del Código de Trabajo establece lo siguiente:

Se prohíbe las acciones u omisiones que tiendan a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las coaliciones de trabajadores. Cualquier acto que de ellas se origine es absolutamente nulo e ineficaz y se sancionará, en la forma y en las condiciones señaladas en el Código de Trabajo, y demás leyes. (Código de Trabajo, 1943)

De igual manera el Código de Trabajo señala que forman parte de este fuero:

- Los trabajadores miembros del sindicato en formación, quienes deberán notificar al Departamento y al empleador para gozar de la protección.
- Los dirigentes del sindicato mientras ejerzan sus cargos y hasta 6 meses después del vencimiento de su cargo.
- Los afiliados que presenten su candidatura para ser miembros de la junta directiva, quienes cuentan con protección de 3 meses, desde que se comunique al Departamento de Organizaciones Sociales.
- Los representantes libremente elegidos por los trabajadores, quienes gozarán de la misma protección establecida para los dirigentes del sindicato (Código de Trabajo, 1943).

Por lo tanto, el empleador que despida sin justa causa al trabajador que es miembro o dirigente del sindicato, será sancionado de acuerdo a lo que dispone el artículo 368 del Código de Trabajo, en los siguientes términos:

[...] El juez laboral competente declarará nulo e ineficaz ese despido y, consecuentemente, ordenará la reinstalación del trabajador y el pago de los salarios caídos, además de las sanciones que corresponda imponer al empleador, de acuerdo con este Código, sus leyes supletorias y conexas. Si el trabajador manifiesta expresamente su deseo de no ser reinstalado, se le deberá reconocer, además de los derechos laborales correspondientes a un despido sin

justa causa, una indemnización equivalente a los salarios que le hubiesen correspondido durante el plazo de la protección no disfrutada. (Código de Trabajo, 1943)

Por lo tanto, está prohibido que el empleador realice actos que perjudiquen al sindicato, incluso el despido al trabajador por el hecho de pertenecer a un sindicato, ya que el fuero sindical protege a los miembros, dirigentes y afiliados del sindicato, pero si el empleador despide a estos trabajadores el despido es nulo e ineficaz y por tanto el juez deberá ordenar la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo y el empleador deberá cancelar los salarios que dejó de percibir, pero si el trabajador decide no reinstalarse el empleador deberá reconocer los derechos laborales que le corresponde por despido sin justa causa e indemnizarle con los salarios que le hubiere correspondido.

2.2.2.3. Adolescentes trabajadores

El ordenamiento jurídico de Costa Rica reconoce el derecho al trabajo a “las personas mayores de 15 años y menores de 18 años, y solo se podrá limitar cuando la actividad genere un riesgo para la salud” (Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998).

De igual manera la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por Costa Rica en su artículo 32, numeral 1 dispone que:

“Los Estados Parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso para su salud” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

Entonces, los adolescentes trabajadores al ser un grupo vulnerable, la ley les otorga una protección especial.

De esta manera el Código de la Niñez y Adolescencia regula el despido de las personas trabajadoras adolescentes. El artículo 90 establece el despido con responsabilidad patronal en donde el empleador deberá notificar el despido del adolescente trabajador a la Dirección Nacional e Inspección de Trabajo, dentro del plazo del preaviso, quien advertirá los derechos indemnizatorios que se originan en el despido (Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998).

Por otro lado, el artículo 91 establece el despido con justa causa el cual debe ser previamente autorizado por la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, a través del procedimiento, en el que se verificará la existencia de la causal argumentada por el empleador, y resolverá. Pero mientras el asunto se resuelve el despido no podrá

ser ejecutado. Finalmente, la norma establece que el empleador que incumpla esta disposición tendrá responsabilidad y el adolescente trabajador tendrá derecho a la indemnización correspondiente conforme los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo o en su defecto la reinstalación (Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998).

Entonces, estos artículos pretenden asegurar el puesto de trabajo del adolescente ya que el empleador para despedir con o sin justa causa debe cumplir con la notificación o con la autorización de la autoridad correspondiente y cancelar las indemnizaciones correspondientes.

2.2.2.4. Las personas trabajadoras denunciantes de hostigamiento sexual

El acoso u hostigamiento sexual es definido como “toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, y que provoca efectos perjudiciales en las condiciones materiales de empleo, en el desempeño laboral, en el estado general de bienestar personal” (Ley contra el Hostigamiento o Acoso sexual en el empleo y la docencia N°7476, 1995). Por eso las empresas tienen la responsabilidad de establecer políticas internas con la finalidad de prevenir y sancionar las conductas de hostigamiento sexual.

Las manifestaciones de acoso sexual conforme al artículo 4 de la Ley 7476 son las siguientes:

1. Requerimientos de favores sexuales que impliquen:
 - a) Promesa, implícita o expresa, de un trato preferencial, respecto de la situación, actual o futura, de empleo.
 - b) Amenazas, implícitas o expresas, físicas o morales, de daños o castigos referidos a la situación, actual o futura, de empleo o de estudio de quien las reciba.
 - c) Exigencia de una conducta cuya sujeción o rechazo sea, en forma implícita o explícita, condición para el empleo.
2. Uso de palabras de naturaleza sexual, escritas u orales, que resulten hostiles, humillantes u ofensivas para quien las reciba.
3. Acercamientos corporales u otras conductas físicas de naturaleza sexual, indeseados y ofensivos para quien los reciba. (Ley contra el Hostigamiento o Acoso sexual en el empleo y la docencia N°7476, 1995)

Además, la misma ley establece que no podrán sufrir perjuicio personal en su empleo las personas que denuncien ser víctima de hostigamiento sexual o en su defecto haya

comparecido como testigo de las partes (Ley contra Hostigamiento o Acoso sexual en el empleo y la docencia N°7476, 1995).

Entonces, el empleador debe asegurar que los trabajadores de una organización no sufran hostigamiento sexual y en caso de existir denuncias por los trabajadores víctimas de hostigamiento sexual o en su defecto son testigos de ese procedimiento, no podrán ser despedidos debido a que se encuentran protegidos de acuerdo a la ley.

Asimismo, el artículo 15 establece que quien haya formulado una denuncia de hostigamiento sexual, sólo podrá ser despedido por causa justificada, originada en falta grave que se encuentra establecida en el artículo 81 del Código de Trabajo.

Por último, la ley establece que, si se comprueba que el despido es por la denuncia de hostigamiento sexual o por ser testigo de la denuncia, y no por las causales justas, el trabajador denunciante tiene la facultad de terminar con el contrato de trabajo y recibir los rubros que le corresponden o puede solicitar regresar a su puesto de trabajo. Además, tendrá derecho a la indemnización por daño moral cuando mediante sentencia, se compruebe el hostigamiento (Ley contra Hostigamiento o Acoso sexual en el empleo y la docencia N°7476, 1995).

Entonces, estos artículos protegen a la persona trabajadora que denuncia el hostigamiento o acoso sexual, ya que si el empleador decide despedir deberá tramitar el despido en base a las causales establecidas en el Código de Trabajo ante la Dirección Nacional y esta será quien resolverá si existe o no justa causa para el despido. Pero, si se prueba que el despido fue por la denuncia de hostigamiento sexual, el trabajador afectado tendrá derecho a terminar el contrato con los salarios que dejó de percibir, así como recibir la indemnización correspondiente o en su defecto puede solicitar de manera expresa que desea regresar a su puesto de trabajo.

2.2.2.5. Las personas denunciantes y testigos de actos de corrupción

El artículo 4 de la Ley 10437 prohíbe el despido, suspensión, destitución en contra de las personas trabajadoras denunciantes o testigos de actos de corrupción, y se extiende esta protección a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad y terceras personas, cuando se genere en el mismo contexto laboral (Ley 10437 Protección de la personas denunciantes y testigos de actos de corrupción contra represalias laborales, 2024).

Por lo tanto, si el empleador de una organización despide al denunciante o testigo de un presunto caso de corrupción, el trabajador debe acudir al juez de trabajo y tramitar mediante el procedimiento sumario, conforme al artículo 540 y siguientes del Código de Trabajo, además puede solicitar medidas cautelares como la reinstalación o que cese la perturbación que alega la víctima, esto de acuerdo al artículo 12 de la Ley 10437. Y en este caso le corresponde al empleador aportar las pruebas para demostrar que las medidas no constituyen represalias hacia el trabajador.

Finalmente, si el juzgador comprueba que el despido se produjo por el hecho de que el trabajador presentó la denuncia o fue testigo dentro del procedimiento en el caso de corrupción, en su sentencia ordenará al empleador el pago de daños y perjuicios causados al trabajador, así como el pago de una multa que va de 1 a 1000 salarios según la gravedad de la conducta, conforme a los artículos 13 y 20 de la ley 10437.

Por lo tanto, el despido nulo e ineficaz establecido en Costa Rica es similar a la figura jurídica del despido ineficaz en Ecuador en cuanto a la protección especial que tienen las personas embarazadas o en periodo de lactancia y las personas pertenecientes al fuero sindical, sin embargo, el derecho laboral de Costa Rica, extiende esta protección a las personas denunciantes y testigos de actos de corrupción, a las personas denunciantes de hostigamiento sexual, y sobre todo a los adolescentes trabajadores, que en este caso el empleador debe cumplir con la notificación a la autoridad competente sobre el despido, de lo contrario el despido será nulo e ineficaz. Algo particular de Costa Rica es el pago de las multas que tiene que cancelar el empleador de acuerdo a la gravedad de su conducta, mientras que en el caso de Ecuador se establece la pena privativa de libertad conforme al COIP en caso de que el empleador no cumpla con el reintegro dispuesto por la autoridad. Por último, ambas legislaciones coinciden con la reinstalación o reintegro del trabajador.

2.3. Venezuela

En Venezuela se consagra la protección especial a ciertos trabajadores con la finalidad de garantizar la estabilidad en el trabajo. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 93 establece lo siguiente: “La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos” (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999). De esta manera la norma establece que los despidos contrarios a la Ley o la Constitución serán nulos, es decir no surte efecto alguno, pero

el despido nulo se configura cuando el empleador despide a los trabajadores protegidos por el fuero sindical o inamovilidad, ya que estos despidos son contrarios a la ley.

2.3.1. Inamovilidad

El artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en adelante LOTT, establece que los trabajadores protegidos de inamovilidad “no podrán ser despedidos, ni trasladados, ni desmejorados sin una causa justificada la cual deberá ser previamente calificada por el Inspector del Trabajo” (Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2012).

Los trabajadores protegidos por inamovilidad laboral de acuerdo al artículo 420 de la LOTT son:

1. Las trabajadoras en estado de gravidez, desde el inicio del embarazo hasta dos años después del parto.
2. Los trabajadores desde el inicio del embarazo de su pareja, hasta dos años después del parto.
3. Los trabajadores y trabajadoras que adopten niños o niñas menores de tres años, gozarán de inamovilidad por el lapso de dos años desde la fecha en que el niño o la niña sea dado o dada en adopción.
4. Las trabajadoras y trabajadores con hijos o hijas con alguna discapacidad o enfermedad que le impida o dificulte valerse por sí misma o por sí mismo.
5. Los trabajadores y trabajadoras durante la suspensión de la relación de trabajo.
6. En los demás casos comprendidos en esta ley, otras leyes y decretos. (Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2012)

Los supuestos de suspensión, que señala el numeral 5 del anterior artículo de la LOTT, se refiere a los casos de enfermedad o accidente común no ocupacional que no exceda los 12 meses, la licencia de maternidad o paternidad, el servicio civil o militar, el conflicto colectivo, la privación de libertad en el proceso penal, sin sentencia condenatoria, el permiso para el cuidado del cónyuge, ascendientes y descendientes hasta el primer grado de consanguinidad, por el tiempo acordado entre las partes, la licencia de estudios concedida por el patrono y los casos fortuitos o de fuerza mayor que tengan como consecuencia la suspensión temporal de las labores, autorizada por la inspección del trabajo dentro de las 48 horas siguientes, la cual no podrá exceder de 60 días (Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2012).

Así que, los trabajadores protegidos por inamovilidad no podrán ser despedidos, por el empleador sin una causa justificada y calificada por el inspector de trabajo, sin embargo, si el empleador despide a un trabajador amparado por inamovilidad el despido se considerará nulo.

2.3.2. Fuerosindical

El artículo 419 de la LOTTT establece que gozan de fuero sindical:

- Los trabajadores solicitantes del registro de una organización sindical desde el momento de la solicitud, hasta 15 días después de registrada o negado su registro.
- Los integrantes de la junta directiva desde el momento de su elección hasta 3 meses después del cese de sus funciones.
- Los trabajadores de una organización sindical que realice elecciones sindicales desde el momento de la convocatoria, hasta la proclamación de la junta directiva.
- Los trabajadores que han sido postulados a una elección sindical hasta 60 días después de proclamada la junta directiva.
- Los trabajadores durante la tramitación y negociación de una convención colectiva de trabajo o de un pliego de peticiones a partir del día en que sea presentado ante la inspectoría del trabajo, hasta el término de su negociación.
- Los primeros y las primeras cinco integrantes de la junta directiva de la seccional de una entidad federal cuando se trate de un sindicato nacional que tenga seccionales en entidades federales desde el momento de su elección hasta 3 meses después del cese de sus funciones como integrante de la junta directiva de la seccional.
- Los trabajadores durante la tramitación y negociación de una reunión normativa laboral hasta el término de su negociación.
- Los trabajadores durante el ejercicio de una huelga, tramitada conforme la ley (Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2012).

Entonces, el patrono para despedir al trabajador amparado por el fuero sindical o inamovilidad debe solicitar previamente la autorización al inspector del trabajo, conforme lo previsto en el artículo 422 de la LOTTT. Y si el patrono no obtiene la autorización del inspector del trabajo y despide al trabajador, el despido será nulo y en este caso el trabajador puede solicitar el reenganche, el pago de salarios y demás beneficios correspondientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 425 de la LOTTT y una vez que el inspector del trabajo ordene el reenganche debe cumplirse caso contrario será

obligado mediante la fuerza pública. Finalmente, la LOTTT indica que la decisión del inspector del trabajo sobre el reenganche es inapelable, sin embargo, deja a salvo para que las partes puedan acudir a los tribunales. (Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2012)

Por lo tanto, el despido nulo establecido en Venezuela es similar a la figura del despido ineficaz en Ecuador, pues ambas legislaciones protegen a la mujer embarazada, y al fuero sindical, sin embargo, Venezuela amplía esta protección a la pareja de la mujer embarazada, y el tiempo es hasta 2 años después del parto, de igual manera esta protección es para los trabajadores que adopten un niño y trabajadores con hijos que poseen alguna discapacidad y trabajadores que se encuentren en la suspensión de la relación de trabajo. Por otro lado, Venezuela no trata de manera amplia el despido nulo pues únicamente manifiesta que las personas protegidas por inamovilidad laboral y fuero sindical no podrán ser despedidas ya que este despido sería contrario a la ley y por tanto sería nulo, de esta manera la norma no precisa de forma clara los efectos de la declaración, como en el caso ecuatoriano. En la legislación ecuatoriana la finalidad de esta norma es que el trabajador se mantenga en su puesto de trabajo, por eso durante el proceso el juez podrá dictar el reintegro como medida cautelar, sin embargo, en Venezuela se habla únicamente del reenganche cuando el trabajador solicita mediante el procedimiento y una vez que el inspector de trabajo acepte, este ordenará al empleador que cumpla con esa decisión.

Capítulo III

Deficiencias o falencias en la regulación de la figura jurídica del despido ineficaz

3.1. Análisis de las deficiencias del despido ineficaz

El despido ineficaz es una figura jurídica muy importante y valiosa dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano; sin embargo, existen varias críticas respecto a la regulación de esta figura jurídica.

La acción por despido ineficaz, se lleva a cabo por el procedimiento sumario (con términos reducidos) el cual se caracteriza por la celeridad, es decir que los procesos no serán tan largos y el trabajador afectado recibirá la respuesta de la administración de justicia en un menor tiempo.

Por eso Lanas (2015), manifiesta que:

La acción de despido ineficaz tiene como ventaja el acceso a un proceso sumario, mientras que los otros despidos discriminatorios tienen que seguir el trámite normal por despido, por ende, considera que con esto se ha ganado principalmente en agilidad, al someter el despido ineficaz a un procedimiento abreviado.

El artículo 195.2 del Código del Trabajo establece que el trabajador tiene 30 días para presentar la acción por despido ineficaz, esto con el fin de que las personas afectadas acudan de inmediato a la administración de justicia y de esta manera proteger los derechos laborales, en particular de las mujeres en estado de embarazo o maternidad y de los dirigentes sindicales, sin embargo, este plazo para varios limita los derechos del trabajador afectado.

En este sentido Ayala (2023), manifiesta que la regulación del despido ineficaz falla respecto al plazo para ejercer la acción que se encuentra establecido en el artículo 195.2 del Código del Trabajo, puesto que, al no presentar la acción dentro de los 30 días, hace que pierda la protección que la CRE y las leyes le garantizan al trabajador. Por eso considera importante que se implementen medidas para mayor efectividad de la norma, a fin de que el trabajador afectado pueda hacer valer sus derechos reconocidos en la ley.

Del mismo modo Naranjo (2021), menciona que el plazo de 30 días para proponer la acción de despido ineficaz afecta el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa que se encuentran en los artículos 75 y 76 numeral 7 de la CRE, ya que no se cuenta

con el tiempo adecuado para preparar la defensa de las personas trabajadoras afectadas, teniendo en cuenta que a la demanda se debe acompañar las pruebas que generalmente no están al alcance del trabajador afectado. Por eso considera necesaria la reforma legal, teniendo en cuenta los derechos del trabajador.

Además, es importante mencionar que, en el caso de las mujeres en estado de embarazo o maternidad, durante esta etapa pueden presentar dificultades que pueden perjudicar a la mujer o en su defecto al hijo que está por nacer.

Es por eso que, Quishpi (2021) señala que se debe ampliar el plazo para presentar la acción ya que esto permitiría contar con el debido tiempo para presentar la acción de despido ineficaz y reunir todas las pruebas necesarias puesto que, para las mujeres por su estado de embarazo o maternidad es complicado.

Por lo tanto, los autores coinciden que la deficiencia de la regulación del despido ineficaz es respecto al plazo contenido en el artículo 195.2 del Código del Trabajo, teniendo en cuenta los diversos riesgos a los que están expuestas las mujeres en su etapa de embarazo o maternidad, por lo que es pertinente ampliar el plazo.

Además de estos puntos de vista es importante analizar las deficiencias de esta figura jurídica desde la perspectiva de los jueces. Para ello he realizado entrevistas de manera personal a los Jueces de la Unidad de Trabajo de la ciudad de Cuenca.

Los jueces manifestaron que el despido ineficaz es una figura jurídica muy importante que protege la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas, en estado de gestación y dirigentes sindicales, protección que nace a raíz de la CRE, sin embargo, en la práctica han podido evidenciar que existen deficiencias en la norma del despido ineficaz.

3.1.1. La caducidad

Por su parte, el Dr. Cristian Verdugo (Anexo A), menciona que:

La deficiencia es respecto al límite temporal que ha planteado el legislador en el artículo 195.2 del Código del Trabajo, puesto que los 30 días es un tiempo muy corto para poder plantear esta acción teniendo en cuenta que la demanda debe presentarse con todas las pruebas necesarias que deben ser adjuntadas al proceso. Por lo que la caducidad limita los derechos de la mujer embarazada.

C. Verdugo (comunicación personal, 12 de marzo, 2024)

Por otro lado, el Dr. Carlos Cárdenas (Anexo B) sostiene que:

El tiempo de 30 días para presentar la acción de despido ineficaz es deficiente y de hecho considera que este presupuesto normativo es regresivo y limitativo. Primero es regresivo porque antes la mujer embarazada tenía un plazo de 3 años para accionar a la indemnización cuando era despedida por el empleador, pero cuando se instaura el despido ineficaz el artículo 195.2 del Código del Trabajo establece que la acción debe ser reclamada en un plazo de 30 días, es decir, si no acciona dentro de este plazo la acción caduca, caducidad que vino dada por la Resolución 05-2016 de la Corte Nacional de Justicia. Y segundo, es limitativo porque si la trabajadora afectada se entera después de este tiempo ya no podría accionar. Además, este tiempo no es suficiente para obtener los medios probatorios. C. Cárdenas (comunicación personal, 10 de noviembre, 2023)

3.1.2. El reintegro del trabajador a su puesto de trabajo

Uno de los efectos de la declaratoria de ineficacia del despido es el reintegro al trabajo, sin embargo, generalmente la decisión del trabajador es no reintegrarse al puesto de trabajo y recibir la indemnización que le corresponde conforme el segundo inciso del artículo 195.3 del Código del Trabajo.

En este contexto, el Dr. Cristian Verdugo señala que, “en la práctica el reintegro no se da ya que las mujeres aseguran que el ambiente laboral sería desfavorable para el trabajador y por ende prefieren recibir la reparación económica” C. Verdugo (comunicación personal, 12 de marzo, 2024).

De igual forma, el Dr. Carlos Cárdenas expresa que:

El reintegro del trabajador, en la práctica no se da, de hecho, hasta el momento no ha tenido un solo caso en que la mujer trabajadora haya querido el reintegro. Es más, en las demandas suelen poner la siguiente frase: “desde ya indico que no me voy acoger al reintegro”, entonces eso es indicio que el reintegro no está siendo efectivo en la práctica. Pero no descarta que el reintegro podría ser más eficaz para el fuero sindical, ya que ellos podrían tener más interés de regresar a trabajar C. Cárdenas (comunicación personal, 10 de noviembre, 2023)

Además, el artículo 195.3 establece que, al haberse dispuesto el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo y el empleador se niega a cumplir con esa disposición, será sancionado con la pena establecida en el COIP por el incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.

En ese sentido, el Dr. Cristian Verdugo, expresa que “no se debe obligar al empleadora mantener esa relación contractual, cuando no es su deseo, puesto que las relaciones privadas se rigen bajo el principio de autonomía y libertad contractual” C. Verdugo (comunicación personal, 12 de marzo, 2024). De igual modo el Dr. Carlos Cárdenas señala que en base a la libertad de contratación, el hecho de que el legislador establezca obligar a una persona privada a mantener esos lazos contractuales, puede ser un exceso del legislador, pero, mientras la norma está vigente se debe aplicar en esos términos. C. Cárdenas (comunicación personal, 10 de noviembre, 2023)

3.1.3. Condición de maternidad

El primer inciso del artículo 195.1 del Código del Trabajo manifiesta que el despido ineficaz aplica en el caso de “las personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad”, en cuanto a la “condición de maternidad” podría generar ciertos conflictos debido a la complejidad del término.

En relación a esto, el Dr. Cristian Verdugo expresa que:

Los términos son claros en nuestra legislación, aunque se está dando una interpretación amplia, incluso por los mismos jueces de la Corte Nacional de Justicia, ya que al preguntarnos ¿Hasta cuándo se considera la condición de maternidad? genera un problema, puesto que la maternidad es durante toda la vida de la mujer, y en ese contexto muchos piensan que si el empleador despide a la mujer por una condición asociada con un hijo adulto se trataría del despido ineficaz, sin embargo, considera que es un criterio errado y de hecho desnaturaliza la protección temporal que la norma le da a la mujer por su condición. C. Verdugo (comunicación personal, 12 de marzo, 2024)

En cambio, el Dr. Carlos Cárdenas menciona que:

La condición de maternidad establecida en el artículo 195.1 del Código del Trabajo, puede generar problemas ya que la maternidad no se pierde, no es que se deja de ser madre porque el hijo ya cumplió un año, siempre hay otros roles asociados. Aunque en la práctica pasa dos cuestiones, el despido se produce cuando la mujer estaba embarazada o luego del alumbramiento, pero pasado el período de lactancia no ha tenido ningún caso, sin embargo, no descarta esa posibilidad. C. Cárdenas (comunicación personal, 10 de noviembre, 2023)

3.1.4. Carga de la prueba

Respecto a la carga de la prueba el artículo 169 del COGEP, establece que es obligación de la parte actora probar los hechos que propone en la demanda y que niega el demandado. De acuerdo a esta norma en las causas de despido ineficaz la carga de la prueba le corresponde al trabajador, por lo que surge la inquietud ¿Qué tan complicado es para el trabajador probar el despido?

En relación a este tema, el Dr. Cristian Verdugo señala que:

Es complicado para el trabajador probar el despido y esto es porque el trabajador presta sus servicios bajo el principio elemental del derecho laboral que es la buena fe y no está reuniendo paso a paso las pruebas para demostrar que existe un tipo de intención unilateral del empleador de terminar la relación laboral, incluso los empleadores al conocer que le corresponde la carga de la prueba al trabajador no deja evidencia palpable o visible de cómo ocurrieron las cosas, entonces resulta difícil muchas de las ocasiones que el trabajador pueda probar el despido. C. Verdugo (comunicación personal, 12 de marzo, 2024)

De igual manera, el Dr. Carlos Cárdenas, ratifica que

Es difícil para el trabajador probar el despido, ya que generalmente ocurre en un espacio cerrado, los centros de trabajo son privados la mayoría de veces, en donde el empleador no deja nada por escrito y en caso de que algún compañero de trabajo presencie el hecho, es muy difícil que declare por temor a perder su puesto de trabajo, por ende recurren a testigos referenciales, los cuales generalmente inciden en varias contradicciones y en consecuencia el juzgado no tiene la certeza de los hechos. Por lo tanto, considera que la Corte Nacional de Justicia podría dar un cambio jurisprudencial, reconociendo las limitaciones que tienen los trabajadores en este caso las mujeres embarazadas de demostrar un despido que generalmente ocurre en estos espacios. Tal vez algo similar a los casos de violencia en donde reconocieron que no es fácil probar algo que ocurre en la intimidad del hogar, incluso la declaración de la víctima tiene mucho peso, entonces podría darse un giro respecto a la probanza del despido. C. Cárdenas (comunicación personal, 10 de noviembre, 2023)

Al conocer que es complicado para el trabajador probar el despido por la dinámica que se maneja respecto a la carga de la prueba, se podría considerar la reversión de la carga de la prueba en los casos de despido ineficaz, es decir que “le corresponda de forma

directa al empleador sin necesidad de que haya afirmado explícitamente los hechos, teniendo en cuenta que el empleador cuenta con los medios probatorios para corroborar o desvirtuar las alegaciones del trabajador” (Escobar y Arroba, 2022, p.40).

3.1.5. Indebida acumulación de pretensiones

Uno de los problemas que se presentaban en las causas de despido ineficaz era la indebida acumulación de pretensiones por ello la Corte Nacional de Justicia en el año 2021 resolvió que:

Las personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones demanden la declaratoria de ineficacia del despido previsto en los artículos 195.1, y siguientes del Código del Trabajo, los jueces, que al calificar la demanda, evidencian que a más de la pretensión exclusiva de esta norma, el accionante incorpore otras pretensiones relativas a derechos laborales, admitirán a trámite la demanda únicamente en lo que respecta a la declaratoria del despido ineficaz, dejando el derecho de la persona trabajadora a reclamar por vía separada los demás beneficios laborales. (Corte Nacional de Justicia, Resolución 05-2021, 2021)

El Dr. Cristian Verdugo indica que:

La Resolución 05-2021 de la Corte Nacional de Justicia fue correcta ya que al incluir como pretensión el pago de otros rubros se desnaturaliza la acción del despido ineficaz, dado que la intención del legislador es que se declare ineficaz el despido y se reincorpore al trabajador, y al incluir otras indemnizaciones los procesos serían incluso hasta más largos. C. Verdugo (comunicación personal, 12 de marzo, 2024)

Del mismo modo, el Dr. Carlos Cárdenas manifiesta que:

La Resolución 05-2021 de la CNJ es adecuada por dos cosas. Primero, porque la acción es para debatir el despido y si se declara como ineficaz el trabajador puede regresar al trabajo, entonces continúa la relación laboral, por ende, no tiene sentido las otras pretensiones. Segundo, para proponer varias pretensiones en una demanda de acuerdo al artículo 145 del COGEP se debe cumplir con los 3 requisitos, en este caso no se cumple con el segundo y tercer requisito ya que hay incompatibilidad al reclamar otros rubros y los términos para el despido ineficaz son distintos de acuerdo al COGEP. Entonces, esta

resolución vino a solventar un problema práctico, aunque en la actualidad se siguen presentando las demandas con esa particularidad, pero lo que se hace ahora es admitir a trámite sólo las pretensiones específicas del despido ineficaz, dejando a salvo las otras. C. Cárdenas (comunicación personal, 10 de noviembre, 2023)

Respecto a este problema puedo aludir que la Resolución de la Corte Nacional de Justicia fue justa y necesaria para aclarar el alcance de la acción por despido ineficaz, sin embargo, es importante que los abogados tengan en cuenta esta resolución al momento de presentar la acción por despido ineficaz.

3.1.6. Causas de despido ineficaz en dirigentes sindicales

La acción por despido ineficaz es muy utilizada por las mujeres en estado de gestación o embarazo, en el periodo de lactancia, a diferencia de los dirigentes sindicales que no acuden a la vía judicial. En efecto, el Dr. Cristian Verdugo considera que esta situación se da porque “no existen numerosas organizaciones sindicales” C. Verdugo (comunicación personal, 12 de marzo, 2024).

Asimismo, el Dr. Carlos Cárdenas señala que:

En su juzgado no ha conocido ninguna causa, y cree que no es muy utilizada por parte los dirigentes sindicales porque las organizaciones sindicales cuando están consolidadas en las empresas su representación pesa mucho a la hora de tomar decisiones por parte del empleador, pero con esto no quiere decir que no exista despidos a dirigentes sindicales. C.Cárdenas (comunicación personal, 10 de noviembre, 2023)

Por último, el Dr. Carlos Cárdenas agrega dos situaciones que se presentan en los juzgados:

1. El empleador para evitar despedir a la trabajadora en estado de embarazo, genera conductas intencionales como, por ejemplo, deja de pagar su remuneración, le disminuye su remuneración con el objeto de forzarle a que solicite el visto bueno. Y en ese sentido los abogados consideran que si la relación laboral termina de esta forma entonces procedería el despido ineficaz, cuando no es así, de hecho, están interpretando más allá de lo que el legislador ha señalado. C. Cárdenas (comunicación personal, 10 de noviembre de 2023)

De esta situación considero que, al generar estas conductas intencionales, el trabajador sería afectado ya que no podría reclamar el despido ineficaz y el empleador únicamente cancelaría las indemnizaciones que le corresponde conforme al artículo 191 del Código del Trabajo, debido a que la norma no establece este tipo de situaciones.

2. Los abogados no cumplen con los términos establecidos para el despido ineficaz conforme el artículo 332 numeral 8 del COGEP y el artículo 333 del COGEP, pues creen que el procedimiento solo se reduce en el término para contestar la demanda y no en los otros términos. C. Cárdenas (comunicación personal, 10 de noviembre, 2023)

En síntesis, la figura jurídica del despido ineficaz ha sido un gran avance para el ámbito laboral, sin embargo, existen deficiencias en su regulación, por eso es importante que la Asamblea Nacional tome en cuenta los diversos criterios para mejorar la norma.

Conclusiones

El despido ineficaz consiste en el acto por el cual el empleador despide de forma arbitraria y sin causa legal a los trabajadores en condición de embarazo, maternidad y a los dirigentes sindicales, pero este despido no es válido por la protección especial que tiene este grupo de trabajadores, por ende, el trabajador tiene derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo.

Esta figura jurídica se encuentra regulada en el Código del Trabajo, para proteger la estabilidad laboral de los trabajadores en condición de embarazo, maternidad y de los dirigentes sindicales y de esta manera terminar con los despidos injustos. Por lo que, si el trabajador es despedido de forma arbitraria puede reclamar sus derechos de acuerdo a lo dispuesto en el Código del Trabajo.

Si bien el despido ineficaz es una figura jurídica muy valiosa dentro de la legislación ecuatoriana, sin embargo, en la práctica se ha podido evidenciar que existen deficiencias en la regulación del despido ineficaz.

De esta investigación se determinó que la principal deficiencia que presenta la figura jurídica del despido ineficaz es respecto al tiempo de 30 días para presentar la acción por despido ineficaz, ya que si no lo hace dentro de este tiempo la acción caduca conforme a la resolución 05-2016 de la Corte Nacional de Justicia. Además, respecto al reintegro del trabajador a su puesto de trabajo no está siendo efectivo en la práctica puesto que la persona afectada decide obtener la indemnización, ya que, si regresa al lugar de trabajo este no sería el mismo para desarrollar las actividades laborales lo cual no es saludable para el trabajador; a pesar de que el legislador creó esta figura jurídica con la intención de que el trabajador permanezca en su puesto de trabajo. También, respecto a la carga de la prueba de acuerdo a lo previsto en el COGEP generalmente los empleadores niegan el despido y por ende le corresponde al trabajador probar el despido, lo cual es difícil debido a que esto ocurre en espacios cerrados en donde existen limitaciones. Otra de las deficiencias que tiene la norma es respecto al término “condición de maternidad” por tener una concepción compleja, muchos realizan una interpretación amplia que terminan desnaturalizando la acción. Finalmente, cuando se incorporó el despido ineficaz, las acciones se presentaban con varias pretensiones, lo cual generó problemas para los jueces, sin embargo, la Corte Nacional de Justicia solventó este problema a través de la resolución 05-2021, pero a pesar de esto, en la actualidad las demandas se siguen presentando de esa manera.

Por estas circunstancias, es importante mejorar la disposición legal del despido ineficaz, a través de una reforma con el fin de lograr la protección efectiva de los derechos de las personas, y de este modo los trabajadores tengan mayor seguridad jurídica.

Por último, cabe señalar que en las entrevistas los jueces se refirieron especialmente a la mujer en condición de embarazo o maternidad, debido a que durante su experiencia como juzgadores de la Unidad Laboral con sede en Cuenca no han tenido causas que presenten los dirigentes sindicales, por el hecho que en el Austro no hay gran cantidad de organizaciones sindicales, sin embargo, cabe aclarar que en la Costa si se presentan estos casos debido a que existen más organizaciones sindicales.

Recomendaciones

De acuerdo a este estudio la posible reforma en la acción del despido ineficaz indudablemente sería respecto al plazo, el cual debe ser más amplio. El plazo podría ser de 6 meses para presentar la demanda, tal como mencionó el Dr. Verdugo. Mientras que, de la legislación comparada se podría adoptar el tiempo de protección que establece la legislación venezolana que es hasta dos años después del parto, tanto para la mujer embarazada como para el cónyuge, ya que según el ordenamiento jurídico ecuatoriano la protección es hasta los 15 meses luego de la licencia de maternidad o paternidad remunerada. Otra reforma podría ser respecto al tema probatorio, pues en la legislación ecuatoriana la carga de la prueba le corresponde a la parte actora conforme el artículo 169 del COGEP, entonces se podría establecer que en el despido ineficaz la carga de la prueba le corresponda al empleador debido a las limitaciones que tiene el trabajador para demostrar este despido.

Además, recomiendo que el legislador aclare el tiempo de protección respecto a la condición de maternidad para evitar interpretaciones amplias como mencionó el Dr. Verdugo.

También, es importante que los profesionales se formen constantemente para que al momento de acudir a la administración de justicia presenten las acciones de manera correcta, ya que se ha observado que en ciertos aspectos no tienen conocimientos claros.

Asimismo, se debe realizar capacitaciones a los trabajadores en general sobre el tema del despido ineficaz para que sepan actuar inmediatamente en esos casos.

Además, creo necesario que la Corte Nacional de Justicia mediante una resolución debería aclarar sobre los términos reducidos que son especiales en la acción por despido ineficaz para que los profesionales del derecho puedan presentar los recursos en los tiempos correspondientes.

Por último, es indispensable que en las unidades educativas del país se dicte materias que traten sobre los derechos que poseen los trabajadores dentro de una relación laboral para que así tengan la plena confianza de saber cómo actuar frente a este tipo de conflictos, considerando que los conflictos se evitan educando a las personas tal, como mencionó el Dr. Verdugo.

Referencias

- Arévalo, J. (2018). *Los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia de un despido intempestivo en contra de una mujer embarazada* [Tesis de pregrado, Universidad de las Américas]. Archivo digital. <https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/9342/1/UDLA-EC-TAB-2018-13.pdf>
- Argudo, L., González, M. y Tamayo, F. (2020). La garantía de inamovilidad y el despido ineficaz en la República del Ecuador. *Polo del Conocimiento*. 5(2)p.6. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7435334.pdf>
- Ayala, R. (2023). La caducidad del plazo para presentar la acción de despido ineficaz de la mujer trabajadora por motivos de embarazo. *Defensa y Justicia*, 38. <http://www.defensayjusticia.gob.ec/wp-content/uploads/2023/10/REVISTA-48-DEFENSA-Y-JUSTICIA-1.pdf>
- Cabanellas, G. (2006). Inamovilidad. *En Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta S.R.L. https://biblioteca.corteidh.or.cr/engine/download/blob/cidh/168/2021/11/74898_2.pdf?app=cidh&class=2&id=36379&field=168
- Cabanellas, G. (2006). Ineficaz. *En Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta S.R.L. https://biblioteca.corteidh.or.cr/engine/download/blob/cidh/168/2021/11/74898_2.pdf?app=cidh&class=2&id=36379&field=168
- Calucho, P. (2014). *El despido intempestivo en la legislación ecuatoriana y la estabilidad laboral* [Tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes]. Archivo digital. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2778/1/TUAAB025-2014.pdf>
- Campos, C. y Navarrete, E. (2001). *La estabilidad Laboral en Costa Rica*. [Tesis de pregrado, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología]. Archivo digital. <https://repositorio.ulacit.ac.cr/bitstream/handle/20.500.14230/9563/029219.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Código de la Niñez y la Adolescencia. Asamblea Legislativa. 06 de febrero de 1998. [2023 última reforma] (Costa Rica). http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=1&nValor1=1&nValor2=43077&IResultado=4&strSelect=se
- Código de Trabajo. Asamblea Legislativa. 29 de agosto de 1943. [2024 última reforma] (Costa Rica). https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=8045

Código del Trabajo. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No. 167.16 de diciembre 2005. [2023 última reforma] (Ecuador).

<https://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2024/01/CODIGO-DE-TRABAJO.pdf>

Código General de Procesos. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No. 506. 22 de mayo de 2015. [última reforma 2023] (Ecuador).

<https://palora.gob.ec/Descargar/18/leyes-descargadas-de-fielweb/95/codigo-organico-general-de-procesos-cogep.pdf>

Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial 27.622. 07 de junio de 1951. [última reforma 2024] (Colombia).

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Oficial Extraordinaria No.36860. 30 de diciembre de 1999. [última reforma 2009] (Venezuela).

https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. [última reforma 2021] (Ecuador).

https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf

Constitución Política de Colombia. Diario Oficial No. 116. 20 de julio de 1991. [última reforma 2024] (Colombia). <http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica>

Convención sobre los Derechos del Niño. Registro Oficial 378. 15 de febrero de 1990. (New York). https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/convencion_derechos_nino.pdf

Corte Constitucional. (2018). Sentencia SU-003/18. (Colombia).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU003-18.htm#:~:text=SU003%2D18%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Por%20regla%20general%2C%20los%20empleados.confianza%20que%20exige%20su%20labor>

Corte Constitucional. (2019). Sentencia T-118/19. (Colombia).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-118-19.htm>

Corte Nacional de Justicia. (2016). Resolución No. 06-2016. Registro Oficial 873. (Ecuador).

- https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2016/16-06%20Triple%20reiteracion%20-Garantias%20laborales%20a%20mujer%20gestante.pdf
- Corte Nacional de Justicia. (2021). Resolución No. 05-2021.(Ecuador)
<https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-05-Acumulacion-indebida-acciones-despido-ineficaz.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2017). SL17063. (Colombia).
<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bdic12017/SL17063-2017.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2023). SL1152-2023. (Colombia).
<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bjul2023/SL1152-2023.pdf>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1947. (París).
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Escobar, E y Arroba, D. (2022). La carga de la prueba en el despido intempestivo. *Conciencia digital*, 5 (3), p.40.
<https://doi.org/10.33262/concienciadigital.v5i3.2201>
- Facio, A. (2008). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. Editorama S.A.
<https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%201.%20Los%20derechos%20reproductivos-DH.pdf>
- Gómez, M. (2008). *Dirección de asuntos jurídicos. Asesoría Externa*. [DAJ-AE-137-08]. Costa Rica. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-137-08%20sobre%20notificacion%20del%20embarazo%20y%20situacion%20de%20una%20interina.pdf>
- Grisolia, J. (2011). *Manual de Derecho Laboral*. Abeledo Perrot. (7ª ed.).
<http://librodigital.sangregorio.edu.ec/librosusgp/26996.pdf>
- Guerra, P. (1998). Redescubriendo la sociología del trabajo: Un repaso histórico de su objeto de estudio. *Revista de Ciencias Sociales*. (14). P.46.
https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/26164/1/RCS_Guerra_1998n14.pdf
- Guerrón, S. (2001). *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador]. Archivo digital.

- <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2746/1/T0133-MDE-Guerr%c3%b3n-Principios.pdf>
- Hurtado, O. (2014). *Conocimiento y actitudes hacia el embarazo precoz en estudiantes de una institución educativa estatal*. [Tesis de pregrado, Universidad Ricardo Palma]. Archivo digital. Perú.
https://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14138/358/Hurtado_0.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Lalanne, J. (2011). *El trabajo humano a través de la historia*. Buenos Aires.
<https://se5f3d75bc4770856.jimcontent.com/download/version/1507572623/module/11594931330/name/EITrabajoHumanoHistoria%20ProfLalanne.doc>
- Ley 1010. (2006, 23 de enero). Congreso de Colombia. Diario Oficial No.46.16.
https://oig.cepal.org/sites/default/files/2006_col_ley1010.pdf
- Ley 10437 Protección de la personas denunciantes y testigos de actos de corrupción contra represalias laborales. (2024, 08 de febrero). Asamblea Legislativa de Costa Rica.
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=101377&nValor3=139760
- Ley 361. (1997, 11 de febrero). Congreso de Colombia. Diario Oficial No. 42.978. [2024, última reforma]
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0361_1997.html
- Ley contra el Hostigamiento o Acoso sexual en el empleo y la docencia (1995, 03 de marzo). Asamblea Legislativa de Costa Rica. [2024, última reforma].
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=22803
- Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. (2012, 07 de mayo). Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela. Gaceta Oficial No. 6.076.
https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_leyorgtrabajo_ven.pdf
- Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. (2015, 20 de abril). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No. 483.
https://oig.cepal.org/sites/default/files/ecuador_-_ley_org._para_la_justicia_labora_y_reconocimiento_del_trabajo_en_el_hogar.pdf
- López, H. y Pérez, A. (2020). *Derechos sexuales y reproductivos*.
[https://intranet.academijudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20\(1\).pdf](https://intranet.academijudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20(1).pdf)

- Naranjo, M. (2021). *Análisis de la caducidad del despido ineficaz en la legislación ecuatoriana frente al derecho a la seguridad jurídica*. [Tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes]. Archivo digital. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/13556/1/USD-DER-EAC-031-2021.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-san_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2023). *Normas internacionales del trabajo sobre la seguridad social*. <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/social-security/lang--es/index.htm>
- Páez, P. (2020). *Enfoque de género y derechos humanos en las sentencias de acción extraordinaria de protección de la Corte Constitucional de Ecuador para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo de las mujeres 2008 a 2019*. [Tesis de pregrado, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador]. Archivo digital. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7229/1/T3124-MDHEE-Paez-Enfoque.pdf>
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). [Protocolo de San Salvador]. <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>
- Pulla, M. (2016). *El despido ineficaz en la legislación ecuatoriana*. [Tesis de pregrado, Universidad de Cuenca]. Archivo digital. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/25305/1/tesis.pdf>
- Quishpi, B. (2021). *La acción de despido ineficaz y el derecho a la tutela judicial efectiva de mujeres con embarazo de alto riesgo*. [Tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes]. Archivo digital. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/14324/1/UR-DER-PDI-058-2022.pdf>
- Real Academia Española. (2014). Ineficaz. En Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/ineficaz?m=form>

Anexos

Anexo A

Entrevista al Dr. Cristian Fernando Verdugo Garate. Juez de la Unidad de Trabajo de la ciudad de Cuenca.

Pregunta N1. ¿Cuáles su opinión acerca de que se haya incorporado la figura del despido ineficaz en el Ecuador, y si realmente cumple con la finalidad para la cual fue creada?

Es una figura importante que viene a proteger la estabilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo, en condición de gestación y dirigentes sindicales, para evitar que sean despedidas por estas circunstancias, porque viene a constituir una especie de despido discriminatorio frente a una concepción errada que se mantenía que tal vez las mujeres en estado de gestación o embarazo venía a perjudicar la productividad de las empresas y esto vino a proteger aquella estabilidad laboral y en caso de que esto ocurriera a darles una indemnización especial para que puedan afrontar esos meses que requieren una protección especial. Inclusive la Corte se ha pronunciado que en esa etapa de gestación y la posterior requiere una protección especial y reforzada.

Pregunta N2. ¿Para ud cuáles son las deficiencias o falencias que tiene la figura del despido ineficaz en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Coincide con varios jueces o profesionales del área de derecho laboral que la deficiencia que se encuentra en el despido ineficaz es ese límite temporal que ha planteado el legislador en el mismo artículo 195, estableciendo la caducidad para plantear la misma, puesto que las mujeres embarazadas tienen un tiempo muy corto para poder plantear esta acción para que se declare ineficaz el despido, pero conformese establece ahora el COGEP desde el 2016 tiene que presentarse la demanda con todas las pruebas necesarias adjuntadas al proceso y es un tiempo muy corto para que la mujer pueda accionar a esta vía y la caducidad lo que está haciendo es limitando los derechos de la mujer embarazada.

Pregunta N3. ¿Qué cambios recomienda ud que se debe realizar en la normativa del despido ineficaz para que sea más eficaz su aplicación?

El cambio sería respecto al plazo, debería ser un tiempo prudencial que podría estar atado al tiempo similar al proceso de abandono, por lo que podría ser unos 6 meses.

Pregunta N4. ¿De acuerdo al artículo 195. 1 del Código del Trabajo se considera ineficaz el despido intempestivo de mujeres en estado de embarazo o asociado

a su condición de gestación o maternidad, Para ud esos términos son claros en esta figura o es necesario que se defina cada uno de ellos?

Son claros estos términos en nuestra legislación, aunque existen criterios inclusive de los jueces de la Corte Nacional de Justicia en torno a la condición de maternidad ahí se está dando una interpretación amplia, porque hasta cuándo podremos considerar que es la condición de maternidad y esto sí vendría a generar un problema. La maternidad es durante toda su vida y si una mujer trabajadora está en una etapa de adultez con hijos adultos, no quiere decir que ha dejado de tener una vinculación de madre con sus hijos, entonces en estas circunstancias si el empleador le niega el permiso por una circunstancia que está asociado con un hijo adulto podría considerarse una condición asociado a su maternidad, sería el despido ineficaz, entonces este criterio es errado, y se estaría desnaturalizando la figura de la protección para ese periodo temporal de la mujer embarazada durante toda la vida de la mujer que sea madre.

Pregunta N5. ¿Qué opina acerca de la carga probatoria en el caso del despido ineficaz? ¿Es difícil para el trabajador probar el despido?

La carga de la prueba en materia de despido, de acuerdo a la dinámica probatoria que existe en materia laboral le corresponde al trabajador y siempre va hacer complicado probar para el trabajador porque éste presta sus servicios bajo el principio elemental del derecho laboral que es la buena fe y no se está reuniendo paso a paso las pruebas para demostrar que existe un tipo de intención unilateral o abrupta de terminar la relación laboral, incluso los empleadores conocedores de a quien corresponde la carga de la prueba no lo hacen de tal manera que deje evidencia palpable, visible de que ocurrieron las cosas de esa manera, entonces resulta difícil muchas de las ocasiones que el trabajador pueda probar el despido.

Pregunta N6. ¿De los procesos que ha llevado en el juzgado alrededor de cuántas sentencias ud ha emitido favorable hacia el trabajador en caso de despido ineficaz?

Haciendo una relación estadística de 1 a 10, sería una causa por cada 10 procesos laborales, en el tiempo de 3 años que he estado en la unidad.

Pregunta N7. Uno de los efectos que establece el despido ineficaz es el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo, pero ¿realmente se da esto en la práctica?

El reintegro en la práctica no se da ya que las mujeres aseguran que el ambiente laboral sería desfavorable para el trabajador por eso prefieren recibir la reparación económica. Pero hay que aclarar que el reintegro solo es para este grupo especial, por eso la Corte Constitucional en varias sentencias ha manifestado que no es posible aplicar la misma

figura de reintegro a todas las situaciones de despido discriminatorio porque el código regula las relaciones privadas en las relaciones laborales, y las relaciones privadas en materia laboral se rigen bajo dos principios el principio de autonomía y libertad de contratación, entonces bajo esa figura no se puede obligar al empleador privado a mantener una relación contractual con una persona que ya no quiere que trabaje, ya no tiene la voluntad de que trabaje con él, y bajo ese principio de libertad contratación puede separarle de esa relación laboral pagando las indemnizaciones que la ley contemple.

Pregunta N8 ¿Por qué cree que a pesar de la existencia de esta figura jurídica los trabajadores no optan por la vía judicial?

Porque falta a nivel de sociedad un poco más de educación jurídica, no de un punto de vista específico sino empezar a formar a estudiantes secundarios de derechos fundamentales y básicos dentro de las relaciones que van afrontar en la vida adulta como por ejemplo en las relaciones laborales que acciones concretas tendrían para afrontar ciertos tipos de actos que podrían vulnerar derechos, y esto haría que una vez socializado en este grupo poblacional cuando tengan una actividad productiva sepan cómo actuar frente a determinadas situaciones ya sea como trabajador o empleador en el caso de derecho laboral. Además, tengo el convencimiento de que los conflictos se evitan educando a las personas.

Pregunta N9 ¿Qué tan común es que ingresen procesos de despido ineficaz en caso de dirigentes sindicales?

En el tiempo que estoy como juzgador no he tenido ningún caso de dirigente sindical, y se debe porque no existen numerosas organizaciones sindicales.

Pregunta N10 ¿Qué problemas se han dado en el juzgado desde que se incorporó el despido ineficaz en Ecuador?

Uno de los problemas que se llevaba en los juzgados es respecto a cómo debe ser demandada esta acción, pues no debe ser demandada conjuntamente con las demás indemnizaciones de carácter general, puesto que es una acción especial que tiene términos reducidos. Debido a esto la Corte Nacional de Justicia aclaró el tema mediante la resolución 05-2021. La declaratoria de despido ineficaz tiene un fin específico que es garantizar aquella indemnidad en la estabilidad laboral que tienen las mujeres puesto que en ese periodo requieren de una protección especial y deben recibir una respuesta inmediata de la administración de justicia, es por eso que el COGEP en el artículo 332 establece términos reducidos inmediatos para que pueda reintegrarse a su trabajo, entonces esto conlleva a que se pague las remuneraciones que dejó de percibir y si se

empieza a demandar con indemnizaciones de carácter general los procesos serían más largos, más tediosos y se desnaturaliza la intención del despido ineficaz que es que se declare ineficaz el despido y se reincorpore la mujer embarazada.

Anexo B

Entrevista al Dr. Juez Carlos Eduardo Cárdenas Rivera. Juez de la Unidad de Trabajo de la ciudad de Cuenca.

Pregunta N1. ¿Cuáles es su opinión acerca de que se haya incorporado la figura del despido ineficaz en el Ecuador, y si realmente cumple con la finalidad para la cual fue creada?

La figura nace a raíz de la protección que la CRE les da a las mujeres trabajadoras y también aplicable al fuero sindical, pero principalmente en la práctica se ha visto que la más utilizada es por las mujeres que se encuentran en estado de embarazo o en periodo de lactancia asociado a su condición de maternidad. Ahora sí, esto socialmente puede tener un impacto positivo, sin embargo, tengo el criterio de que hay determinados presupuestos normativos que fueron regresivos y no apuntaron tanto a la protección integral que tenía antes. Es regresivo porque en primer lugar antes el trabajador tenía un plazo de 3 años para accionar una indemnización adicional a la indemnización ordinaria que consistía en un pago de un año de remuneración cuando el despido es perpetrado por el empleador en contra de una mujer que estaba embarazada.

Pregunta N2. ¿Para ud cuáles son las deficiencias o falencias que tiene la figura del despido ineficaz en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

El trabajador tiene 30 días para reclamar la acción, en este punto es deficiente y de hecho considero que es limitativo porque si no acciona dentro de los 30 días la acción caduca. Esta caducidad vino dada por una resolución 05-2021 de la Corte Nacional de Justicia. También hay otro punto adicional, en la práctica la trabajadora puede elegir entre reintegrarse o recibir una indemnización adicional, al parecer la intención del legislador es noble en el caso de la mujer embarazada o en período de lactancia y aplicable al fuero sindical se necesita de una reacción rápida del estado, que le permita reparar inmediatamente el derecho, por eso asumo que el legislador le da 30 días. Entonces la intención es que la trabajadora pueda reintegrarse algo que no está previsto generalmente en los despidos de trabajadores que no tengan la cualidad de fuero maternal o fuero sindical, entonces aquí hay varias cuestiones, no sé hasta qué punto el legislador puede obligar al empleador a que acepte nuevamente el reintegro de una persona que fue despedida. Todo contrato laboral se basa en la cláusula constitución de la libertad de contratación, es verdad desde hace tiempo el legislador castiga al empleador que unilateralmente termina ese contrato, pero la esencia es igual está basado en la libertad contratación, en el sector privado, entonces esa misma libertad que yo tengo para contratarle, es verdad que yo tengo una estabilidad pero esa

estabilidad nunca ha sido permanente sino una estabilidad relativa y si es que yo termino ese contrato es verdad que hago mal en terminar unilateralmente, pero la legislación compensa con la indemnización del artículo 188 del Código del Trabajo, ahora en el despido ineficaz se hace una excepción a aquello y dice que no, le puedo reintegrar aun en contra de la voluntad del empleador, aquí hay varios aspectos que están involucrados. Primero nose si es que es un exceso del legislador obligar a una persona privada a mantener a perpetuidad los lazos contractuales, tiene una impresión de un vicio de inconstitucionalidad ahí, pero no obstante de aquello, mientras la norma está vigente hay que seguirle aplicando, en la práctica al menos en mi juzgado no he tenido un solo caso en que la mujer trabajadora haya querido el reintegro, todas quieren la indemnización. Entonces, la principal reparación que sigue la trabajadora sigue siendo la patrimonial porque en la práctica se está viendo eso. La institución no es tan reparadora porque el plazo de 30 días es demasiado corto para demandar, y de hecho es regresivo porque antes se tenía el plazo de 3 años para demandar.

Pregunta N3. ¿Qué cambios recomienda ud que se debe realizar en la normativa del despido ineficaz para que sea más eficaz su aplicación?

El plazo es muy corto, considera que los 30 días debe ser más amplio, podría dejarse únicamente para los casos de reintegro y para los casos de la indemnización volver a lo que era antes, tengo el plazo de 3 años para demandar y hay perfectamente el tiempo suficiente para obtener medios probatorios, y un plazo más amplio cuando la intención de la trabajadora sea el pago de indemnizaciones. Muchas veces por la falta de promoción de los derechos alguna persona que esté en esta condición podría enterarse después de 1 año que le asistía esta indemnización y pues ya no podría accionar, por lo que considera que es limitativo aquello. Lo del recurso de apelación debería precisarse por inadecuada interpretación de la norma.

Pregunta N4. ¿De acuerdo al artículo 195.1 del Código del Trabajo se considera ineficaz el despido intempestivo de mujeres en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, Para ud esos términos son claros en esta figura o es necesario que se defina cada uno de ellos?

En la práctica pasa lo siguiente: El despido se produce cuando la mujer estaba embarazada o luego del alumbramiento y estaba en período de lactancia, pero pasado el periodo de lactancia no ha tenido ningún caso en que me aleguen la ineficacia del despido porque está asociada a su condición de maternidad. Entendería que la palabra maternidad no se pierde, no es que se deja de ser madre porque el hijo ya cumplió un año. El COGEP incorporó el concepto de lactancia que no lo dice el artículo 195.1, la mujer no deja de ser madre por el hecho que pasa el periodo de lactancia, siempre hay

otros roles asociados. La norma es muy amplia y podría traer problemas ya que no ve razón alguna para que se limiten solamente al embarazo, lactancia y maternidad. El despido ineficaz no podría limitarse solo a esos supuestos porque puede haber otros supuestos en los que se pueda despedir a una persona a pesar de que ya pasó el periodo de lactancia. La razón por la que podría ser que las controversias solo se problematizan en estos 3 supuestos viene dada por la exigencia del Código del Trabajo y por la resolución jurisprudencial de triple reiteración de que la mujer que quiera hacer valer sus derechos en base a la legislación laboral está en el deber de notificar al empleador su estado de embarazo, entonces como le obliga a la mujer a demostrar que ha notificado a su empleador tal vez por eso no han existido causas distintas a éstas, sin embargo, no descarto que surjan otras circunstancias porque el art 195.1 habla de la condición de maternidad la cual no puede agotarse en estos 3 supuestos.

Pregunta N5. ¿Qué opina acerca de la carga probatoria en el caso del despido ineficaz? ¿Es difícil para el trabajador probar el despido?

La jurisprudencia no ha cambiado en el tema de la probanza del despido, la experiencia que se tiene en el juzgado es que los empleadores niegan el despido y la carga de la prueba es de la parte actora que alega el despido esto de acuerdo al art 169 1 inciso. Por eso considero que se debería reconocer las limitaciones que tienen los trabajadores en este caso las mujeres embarazadas de demostrar un despido que generalmente ocurre en un espacio cerrado, los centros de trabajo son privados la mayoría de veces, si no son los compañeros de trabajo los que declaran, es muy difícil que una persona que no pertenece a la empresa y que a veces ni conoce al empleador pueda declararse fue despedido o no y en los eventos que se pide que traiga los compañeros de trabajo, seguramente los empleadores no les permiten asistir, la legislación les permite a los jueces utilizar medidas como por ejemplo comparecencia mediante apremio a testigos, esto se utiliza excepcionalmente, pero si no hay eso, generalmente son testigos que no han trabajado ahí son testigos que muchas veces son meramente referenciales y como se conoce la prueba testimonial es muy volátil, generalmente las circunstancias muchas veces los testigos incurren en varias contradicciones y el juzgado a veces no tiene la certeza de los hechos.

Además, respecto a la carga de la prueba cuando ocurre en situaciones más íntimas se ha hecho un esfuerzo doctrinal para que la carga de la prueba no sea tanto de la víctima, concretamente en materia de violencia que también tiene a proteger a la mujer como miembro del núcleo familiar. En materia probatoria en términos generales es que como estos actos ocurren en espacios íntimos, privados no es razonable exigirle un estándar probatorio estricto a la mujer, si trasladamos esta misma concepción a lo laboral se va

observar que generalmente los despidos se producen en espacios cerrados, en espacios en donde no es probable que existan testigos a menos que sean los propios compañeros de trabajo, entonces hay una dificultad para la protección y que la aplicación del despido ineficaz sea más efectiva es que no hay un desarrollo doctrinal tendiente a cuestionar la jurisprudencia actual sobre el despido, es decir que tiene que ser probado fehacientemente por quien lo alega cuando no nos estamos dando cuenta que esto generalmente ocurre en espacios cerrados que es la empresa, que generalmente está en el sector privado y la mayor parte de casos que se presentan son el sector privado, entonces si esto ocurre al interior de la empresa en donde es improbable que estén testigos en donde el empleador nunca deja nada por escrito, el estándar probatorio no sabe si debería cambiar, pero lo que ve es que no habido un cuestionamiento a la posición actual de la jurisprudencia. Si la propia Corte Nacional de Justicia pudiera dar un cambio jurisprudencial reconociendo al menos en estos casos que la probanza debe ser más laxa para el trabajador asemejado en los casos de violencia en donde reconocieron que no es fácil probar algo que ocurre en la intimidad del hogar, en los casos de violencia la declaración de la víctima tiene mucho peso, acá no tiene mucho peso la declaración del trabajador, entonces podría darse un giro en el estándar probatorio.

Pregunta N6. ¿De los procesos que ha llevado en el juzgado alrededor de cuántas sentencias ud ha emitido favorable hacia el trabajador en caso de despido ineficaz?

No tengo un dato exacto, sin embargo, son muy pocos los que se declara el despido ineficaz.

Pregunta N7. Uno de los efectos que establece el despido ineficaz es el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo, pero ¿realmente se da esto en la práctica?

El efecto jurídico está en la misma disposición legal y dice que se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que le ha provocado, es decir que ese despido es inexistente, entonces sigue la continuidad de la relación laboral y en ese momento a la trabajadora le nace un derecho a su elección escoger la indemnización o el reintegro, en esa elección no hay ningún problema, pero no sé si es que es exceso del legislador el obligar al empleador a mantener un lazo contractual a perpetuidad, ese es el principal problema que le ve, pero en la práctica según un muestreo en las acciones que se presentan en Cuenca suelen poner una frase de la siguiente forma “desde ya indico que no me voy acoger al reintegro”, entonces eso es indicio que el reintegro no está siendo efectivo en la práctica. Además, comparto el criterio de la Dra. Elisa Lanas

en la menciona que el reintegro podría ser más eficaz para el fuero sindical ya que ellos sí tendrían más interés de regresar a trabajar.

Pregunta N8. ¿Por qué cree que a pesar de la existencia de esta figura jurídica los trabajadores no optan por la vía judicial?

Porque hay desconocimiento de las personas sobre todo en los sectores rurales por eso considero que el Ministerio de Trabajo podría dar mayor publicidad respecto a este tema para que la ciudadanía a través de redes sociales, conozcan los derechos que la legislación laboral otorga a las mujeres embarazadas o dirigentes sindicales, y capacitar a ciertos sectores respecto al tema.

Pregunta N9 ¿Qué tan común es que ingresen procesos de despido ineficaz en caso de dirigentes sindicales?

No es común, en mi juzgado no he conocido nunca una demanda de dirigente sindical. Sin embargo, considera que las organizaciones sindicales cuando están consolidadas en las empresas su representación pesa mucho a la hora de tomar decisiones por parte de los empleadores, por eso asumo que cada vez que haya un conflicto con algún dirigente sindical, a lo mejor el peso de la organización es persuasivo y talvez esta sea una causa para que se den los despidos a dirigentes sindicales, pero con eso no quiero decir que no exista despidos a dirigentes sindicales.

Pregunta N10 ¿Qué problemas se han dado en el juzgado desde que se incorporó el despido ineficaz en Ecuador?

Cuando se instituye por primera vez el despido ineficaz no se establece plazo para la contestación de la demanda, entonces esto luego sufre una reforma y lo que el legislador concretamente reforma el artículo 332 numeral 8 del COGEP en el que dice que se sujetan a procedimiento sumario las controversias en que estén involucrados derechos de las mujeres embarazadas, en periodo de lactancia y los dirigentes sindicales se sujetarán a los plazos reducidos conforme en la Niñez y Adolescencia y el artículo 333 numeral 3 dice que el plazo para contestar la demanda en estas acciones es de 10 días. Además, las demandas empezaron a venir en los siguientes términos. Deduce una acción de despido ineficaz pero solicitan la indemnización del 195.3, utilidades, fondos de reservas, décimo tercera remuneración, décimo cuarta remuneración, vacaciones, indemnización por despido intempestivo general, entonces en esa época se empezó hablar de un indebida acumulación de pretensiones porque sedijo que el legislador había pensado esta acción específicamente para ir a debatir el despido y si es que se declaraba como ineficaz podía regresar y como continuaba la relación laboral porque ese es el efecto jurídico no tenía sentido las otras pretensiones. Entonces la resolución vino a solventar un problema práctico por cuanto los abogados

que presentan estas acciones y que hasta ahora se dan, pues no se dan en cuenta que esta acción es específicamente para entrar a debatir solo sobre el despido intempestivo. Y nótese que esto debe analizarse en conjunto con el artículo 145 del COGEP señala que en una demanda se puede plantear varias pretensiones, pero siempre y cuando el juzgador sea competente para conocer de todas ellas, que las pretensiones sean conexas, y que se puedan tramitar en el mismo procedimiento. Entonces, en el primer requisito si son competentes, pero no es el mismo procedimiento porque si bien ambos tiene el título general de procedimiento sumario, es claro que los términos son distintos, entonces ya no se cumple con ese requisito y respecto a que las pretensiones sean conexas, menciona que si hay incompatibilidad porque si reclamo otros rubros y me desentiendo del principal objetivo que persiguió el legislador con el despido ineficaz no es lógico que las otras pretensiones reclamen el despido ineficaz. Ahora con esta resolución lo que se hace cada vez que se recibe una demanda en ese sentido lo que hacen es admitir a trámite sólo las pretensiones específicas del despido ineficaz, dejando salvadas las otras. Algo que también ha generado confusión en los abogados y que debe ser aclarado que es respecto al recurso de apelación el artículo 332 numeral 8 dice que en las causas que estén involucrados mujeres trabajadoras los términos se reducirán como en el caso de la Niñez y Adolescencia y en artículo 333 el término para contestar es de 10 días, ¿es el único término que se reduce, solo para contestar? No, se reduce en todos porque el legislador es claro en decir que se reducen los términos como en la Niñez y Adolescencia, entonces se reduce el término de prueba nueva que ya no sería de 10 días sino de 3 días y también se reduce el término para el recurso de apelación. La intención del legislador ha sido que se reduzcan todos los términos y no solo el término para contestar la demanda sino también para el recurso de apelación que son 5 días, pero no puede negar que en la práctica está generando problemas porque los abogados piensan que tiene 10 días para apelar ya que ellos consideran que ahí no se reduce el término, entonces no resulta razonable esta tesis de que el procedimiento solo se reduzca en el término para contestar la demanda y no en los otros términos.

Otro problema que se ha venido dando en la práctica, es cuando la relación laboral termina no por despido sino por visto bueno el artículo 191 del Código del Trabajo que cuando la relación laboral termina por la causales de visto por las cuales el trabajador puede solicitar el visto bueno como por ejemplo falta de pago de la remuneración, dice que tendrá las mismas indemnizaciones y bonificaciones establecidas en los artículos 187 y 188 del Código del Trabajo, es decir a un trabajador no se le paga la remuneración, voy al Inspector de Trabajo y digo deme el visto bueno para terminar la relación laboral

por la causal específica establecida el Inspector luego de la valoración de las pruebas efectivamente considera que el empleador no ha pagado la remuneración y le otorga el visto bueno, en ese momento termina la relación laboral de forma legal por visto bueno, sin embargo el artículo 191 le dice que tendrán también lugar a la indemnización de los artículos 187 y 188 del Código del Trabajo, en virtud de esta norma muchas trabajadoras que han estado en estado de embarazo vienen sosteniendo la siguiente tesis, que para el empleador evitar despedir a la trabajadora que está en estado de embarazo puede generar este tipo de conductas intencionalmente, es decir dejó de pagar su remuneración, le disminuyó su remuneración con el objeto de forzarle a que pida un visto bueno y de esta forma sostener en juicio que él no le ha despedido. Muchos abogados consideran que cuando la relación laboral termina de esta forma también procedería el despido ineficaz, sin embargo, personalmente no he dado paso a la tesis por lo siguiente. Es verdad que el artículo 191 del Código del Trabajo establece que cuando la relación laboral termina de esta forma habrá lugar a los pagos de las indemnizaciones, pero la norma es de un grado de concreción que no deja duda y no da lugar a otras interpretaciones la norma dice se pagará las indemnizaciones del art 187 y 188, no le hace extensivo al artículo 195.3 del Código del Trabajo, entonces mientras esté vigente esa norma en estos términos, no puede otorgar algo más allá que el legislador no lo ha previsto. Muchas veces los abogados están forzando la interpretación más allá de lo que el legislador ha señalado y en ese sentido no es deber del juez el innovar el ordenamiento jurídico, si es que se quiere cumplir con esa intención que quieren los abogados tendría que la Asamblea reformar la ley y cumplir con esa intención.