



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**EFFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE AL EMPLEADOR LA
APLICABILIDAD DE LA FIGURA DE DESPIDO INEFICAZ A FAVOR DE LA
MUJER EMBARAZADA**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**

Profesor Guía

Mg. Jean-Christophe Lievain Dutron

Autora

Katherine Estephania Suquilanda Chamba

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Jean-Christophe Lievain Dutron

Máster en Derecho Comercial

C.I.: 1726146382

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Wilson Guillermo Ortega Caicedo

Master en Derecho Laboral y Seguridad Social Internacional

C.C.: 1712442670

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Katherine Estephania Suquilanda Chamba

C.C.: 1723002364

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a Dios por bendecir cada paso de mi vida. A mi familia por su amor infinito, por cada consejo y por todo el apoyo incondicional que me han brindado a lo largo de mi vida personal y profesional. De manera especial, quiero agradecer a mi profesor guía, Dr. Jean Christophe Lievain, quien supo guiarme en el desarrollo del presente ensayo con gran profesionalismo y motivación.

DEDICATORIA

Este trabajo se lo dedico a mis dos amadas madres: María Ercilia y Dorita Herminda, por su apoyo, cariño y amor incondicional. A mi querido padre Alfredo Eduardo, por todos los valores que me ha inculcado y ser un ejemplo en mi vida. A mis hermanos: Manuel Alfredo, Freddy Eduardo y José Patricio. A mis sobrinos Sofía Victoria y José Manuel, para que vean en mí un ejemplo a seguir. Por último, a mis abuelos, Amalia y Juan José. Esto va por ustedes querida familia.

RESUMEN

El presente ensayo académico, que lo hemos denominado como “Efectos Jurídicos que produce al empleador la aplicabilidad de la figura de despido ineficaz a favor de la mujer embarazada”, es un estudio que se ha enfocado en analizar las consecuencias y efectos que podría generar la reforma aplicada a los artículos 195.1, 195.2, y 195.3 del Código del Trabajo, a través de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, aprobada por la Asamblea Nacional de nuestro país.

Los artículos antes mencionados hacen referencia a la creación de una nueva figura en nuestra legislación ecuatoriana que se ha denominado como despido ineficaz; la misma que ha sido plasmada con la intención de brindar mayores y especiales beneficios, tanto a los dirigentes sindicales como a las mujeres en estado de embarazo y maternidad, siendo este último el objeto central de nuestra investigación.

Para iniciar esta investigación, hemos considerado el hecho de que la doctrina, el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la jurisprudencia, se ha enfocado en dictar normas que favorezcan a los trabajadores, especialmente a las mujeres en estado de gravidez y; toda vez que contaban anteriormente con los beneficios correspondientes por pertenecer a los constitucionalmente calificados “grupos de atención prioritaria”, es menester estudiar el tema desde un enfoque poco convencional, es decir desde la postura del empleador.

Por lo tanto, estimamos que es de gran importancia realizar un estudio del despido ineficaz, desde el punto de vista de los empleadores y de cómo afectarían estas normas de orden social-garantista a la relación laboral entre patrono y trabajadoras cuando se configura la ineficacia del despido, partiendo de la premisa de la generación de un déficit en la ecuanimidad laboral y contractual, quebrantándose el equilibrio que debe existir en las relaciones laborales.

ABSTRACT

The present academic essay which we have entitled as “Legal effects that affect the employer the applicability of the figure of ineffective dismissal in favor of pregnant women”, is a study that has been focused in analyzing the consequences and effects that could generate the reform made to articles 195.1, 195.2 and 195.3 of the Labor Code, through the Organic Law of Labor Justice and Recognition of Labor at Home approved by the National Assembly of our country.

The aforementioned articles refer to the creation of a new legal figure in our Ecuadorian legislation that has been denominated as ineffective dismissal; the same that has been shaped with the intention of providing greater and special benefits to both union leaders and women in pregnancy and maternity, being the last mentioned, the focus of our research.

To begin this investigation, we have considered the fact that doctrine, the Ecuadorian legal system and the jurisprudence, focused on dictating laws that favor workers, especially women in the state of pregnancy and, since they previously had the corresponding benefits because they dovetail to the constitutionally denominated "priority attention groups", it is necessary to study the issue from an unconventional approach, that is from the position of the employer.

Therefore, we consider that it is important to make a study of ineffective dismissal from the point of view of employers and how these rules of social-guarantor order would affect the employment relationship between them and workers when the circumstance previously described are applied, starting from the premise that a deficit is generated in the labor and contractual equanimity, breaking the balance of the contractual relation of labor.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. EL DESPIDO INEFICAZ	3
1.1. La relación laboral y su terminación.....	3
1.1.1. Naturaleza de la Relación Laboral.....	3
1.1.2. Terminación de la Relación Laboral	4
1.1.2.1. Causas para la culminación del contrato de trabajo.....	4
1.1.2.2. La terminación por despido	5
1.2. Concepto de despido ineficaz	7
1.3. Antecedentes del despido ineficaz en el ecuador	8
1.4. Comparación del despido ineficaz con la legislación colombiana.....	10
1.4.1. Derechos Constitucionales de las mujeres en estado de embarazo	11
1.4.1.1. Constitución Política de Colombia.....	11
1.4.1.2. Constitución de la República del Ecuador.....	12
1.4.2. Prohibición de despido a las mujeres embarazadas en la legislación laboral colombiana y ecuatoriana.....	12
1.4.2.1. Código Sustantivo del Trabajo, Colombia	12
1.4.2.2. Aplicación casuística del despido ineficaz en la República de Colombia	13
1.4.2.3. Código del Trabajo, Ecuador.....	15
1.4.3. Semejanzas y Diferencias entre la Legislación Ecuatoriana y Colombiana.....	15
2. CAPITULO II. DE LAS TRABAJADORAS EN ESTADO DE EMBARAZO.....	16
2.1. Antecedentes de los derechos de las mujeres trabajadoras.....	16
2.2. Protección a la mujer por su estado de embarazo	18
2.3. Principios y beneficios proteccionistas para la mujer gestante y en época de lactancia.....	19
2.3.1. Principios	19
2.3.1.1. Principio de inamovilidad.....	20
2.3.1.2. Principio de primacía de la realidad	20

2.3.1.3.	Principio de igualdad y no discriminación.....	21
2.3.1.4.	Principio del interés superior del niño	22
2.3.1.5.	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	23
2.3.1.6.	Convenio OIT sobre la protección de la maternidad, 2000	24
2.3.2.	Beneficios conferidos a las mujeres trabajadoras embarazadas o lactantes.....	25
2.3.2.1.	Estabilidad Laboral.....	25
2.3.2.2.	Licencia por maternidad	27
2.3.2.3.	Reducción de jornada laboral por lactancia	28
2.3.2.4.	Guardería Infantil	29
2.3.2.5.	Acciones Afirmativas.....	29
2.3.3.	Obligaciones de la mujer trabajadora en estado de embarazo.....	31
3.	CAPITULO III. DEL EMPLEADOR.-	
	CONSECUENCIAS JURÍDICAS RESULTANTES DE	
	LA APLICABILIDAD DEL DESPIDO INEFICAZ.....	32
3.1.	El empleador como sujeto de derechos.....	33
3.1.1.	Principio de la autonomía de la voluntad	33
3.1.2.	Principio de libre contratación.....	35
3.1.3.	Principio de buena fe contractual.....	36
3.1.4.	Despido por necesidad de la empresa	37
3.2.	Efectos jurídicos que produce la declaratoria de ineficacia del despido	40
3.3.	Análisis de la antijuridicidad de los efectos del despido ineficaz.....	42
	CONCLUSIONES	46
	REFERENCIAS	48
	ANEXOS	52

INTRODUCCIÓN

El siguiente ensayo de investigación tiene como finalidad analizar los efectos y consecuencias que produce al empleador la aplicabilidad de la nueva figura de despido ineficaz en la relación laboral, la misma que fue aprobada por la Asamblea Nacional en la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Registro Oficial No. 483 de 20 de abril del 2015, e introducida en el Código del Trabajo en los artículos 195.1, 195.2, y 195.3, dirigido a la protección de dos sectores: el de las mujeres en estado de embarazo y el de los dirigentes sindicales; el presente trabajo se basará únicamente en el primer grupo en mención.

Se realizará un análisis de las normas legales que mantiene actualmente nuestro ordenamiento jurídico con el propósito de armonizar la situación laboral entre trabajadoras y empleadores, a fin de que la reforma sobre despido ineficaz plasmada en el Código del Trabajo, permita que exista un determinado equilibrio en la aplicación de las normas laborales.

Si bien es cierto que ha existido inequidades en el mundo laboral, la legislación ecuatoriana ha amparado a las mujeres en estado de gestación, maternidad o etapa de lactancia, brindándoles la protección especial que les corresponde como un grupo de atención prioritaria en cumplimiento con los artículos 35 y 43 consagrados en la Constitución de la República del Ecuador.

Toda vez que este grupo de atención prioritaria se encuentra debidamente amparado y con la creación de esta nueva figura se confiere una excesiva protección, lo que conduce a que exista cierta desventaja para los empleadores que mantienen relaciones laborales con trabajadoras embarazadas.

Los objetivos específicos en el trabajo de investigación están direccionados al estudio exegético-analítico y teórico-jurídico en base a la protección de las partes intervinientes en las relaciones laborales, específicamente entre las mujeres en estado de embarazo y el empleador, para lo cual es necesario que

se aborden tres temas de gran importancia para realizar el análisis del problema jurídico latente en nuestra legislación.

En el primer tema se pretende explicar lo que se entiende por despido y el significado de la figura del despido ineficaz; el segundo tema hace énfasis en la protección y los derechos adquiridos por las mujeres en estado de embarazo y, el tercer tema está enfocado en los derechos y obligaciones que tienen los empleadores con las trabajadoras embarazadas. En general, como parte fundamental se analizará lo que es el trabajo y el despido según expertos, las garantías constitucionales para los trabajadores, las reformas legales que configuran el despido ineficaz y el impacto que puede producir a los empleadores los excesos de protección referentes a la relación que mantienen con mujeres en estado de embarazo.

CAPITULO I. EL DESPIDO INEFICAZ

Para poder comprender la figura del despido ineficaz y su terminación es necesario analizar lo que significa la relación laboral y la terminación de un contrato, así como el despido.

1.1. La relación laboral y su terminación

Para entender el significado de la relación laboral y su terminación es necesario iniciar indicando la naturaleza jurídica, así como las causas para dar por terminado el vínculo contractual entre empleador y trabajador.

1.1.1. Naturaleza de la Relación Laboral

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la relación de trabajo o relación laboral, hace referencia a un concepto o institución de carácter meramente jurídico que ha sido ampliamente usado, y que supone la existencia de un vínculo entre un sujeto que generalmente se le denomina “empleado” o “asalariado” con otra persona que es el llamado “empleador”, relación en la que este último proporciona la realización de determinadas actividades laborales a cambio de un pago en las condiciones y circunstancias establecidas. (ONU-OIT, 2006)

En particular, la relación laboral según Cabanellas:

“Representa la idea principalmente derivada de la doctrina italiana, según la cual el simple hecho de que una persona trabaje para otra en condiciones de subordinación contiene para ambas partes una serie de derechos y obligaciones de índole laboral (...)”. (2006, p.328).

La relación laboral es el vínculo que se establece entre dos partes: empleador y trabajador por una necesidad de cada uno, es decir que estaríamos hablando de una contraprestación. Por un lado, el empleador necesita la mano del trabajador para que su negocio surja y por el otro los trabajadores reciben una retribución económica denominada remuneración por los servicios lícitos y personales que van a prestar a favor de su patrono. Debemos mencionar que no se trata de una simple prestación contractual ya que una vez que se inicia

dicha relación laboral se ingresa en un campo amplio y complejo entre ambas partes, pudiendo ocasionar la ruptura de la misma.

1.1.2. Terminación de la Relación Laboral

Para la investigadora Monesterolo (2014) la terminación de la relación laboral, o del contrato de trabajo, se erige como una forma de extinción del vínculo entre el trabajador y el empleador, y que extingue la obligación del primero de exigir el pago por una labor, y del segundo la de ofrecer una actividad laboral al individuo, originándose el deber del empleador de pagar todos los haberes, beneficios e indemnizaciones pertinentes que sean dispuestos por ley.

1.1.2.1. Causas para la culminación del contrato de trabajo

Las causas para la terminación del contrato individual se encuentran establecidas en el artículo 169 del Código del Trabajo ecuatoriano y dentro de ello a su vez constan las causas de terminación por voluntad unilateral, en este caso voluntad del empleador, en donde se configura el denominado despido.

En este sentido, la legislación establece algunas causales, como son: las establecidas dentro del contrato, por mutuo acuerdo, por la conclusión de los trabajos o del tiempo por el cual se contrató al individuo, por muerte o extinción del empleador o la empresa o negocio, por muerte o incapacidad del trabajador, por cualquier situación de fuerza mayor o caso fortuito que impida la continuación del trabajo. También se establecen causales de forma unilateral, estableciéndose que se pueden materializar por voluntad del empleador cuando se manifiesten indisciplinas, desórdenes u otras condiciones (art. 172), por voluntad del trabajador, por acciones contra el empleador dirigidas por el empleador (art. 173), o por desahucio presentado por el trabajador. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

En el presente trabajo nos centraremos en la decisión unilateral de dar por terminado el contrato de trabajo haciendo énfasis en el despido por parte de los empleadores. Para Cabanellas (2006, pág. 127), esta forma de extinción del vínculo laboral implica la quiebra absoluta de los términos y condiciones establecidos en el contrato y que en esencia, es ejecutado por voluntad propia del empleador.

De la misma manera Añez señala que:

“En el campo laboral, el despido es la expulsión del trabajador, de su cargo o puesto de trabajo, por acción unilateral del dador de trabajo o empleador; es decir, se rompe la relación del trabajo o laboral. Dicho despido puede realizarse con razón o sin ella, sin respetar los cánones impuestos por la doctrina laboral o las leyes sobre la materia.” (2016)

En la sociedad moderna, podemos notar que lo mencionado anteriormente se encuentra regulado en las normas laborales, a través de contratos de trabajo en los cuales se establecen derechos y obligaciones para las partes, singularizando la indemnización que paga el empleador por un despido sin justa causa.

Por lo que se entendería que el despido es la terminación de la relación laboral en forma unilateral por decisión del empleador con o sin justa causa, lo que conlleva a indemnizar al trabajador, inclusive en algunos casos contraviniendo las obligaciones del trabajador consagradas en el artículo 45 del Código del Trabajo del Ecuador, las mismas que se detallarán más adelante.

1.1.2.2. La terminación por despido

El académico Vásquez López (2004, pág. 219) refiere que en la relación laboral, existe una pugna de poderes entre el trabajador y el empleador. Mientras el primero siempre busca lograr permanecer en el tiempo en la realización de una actividad laboral, es decir estabilidad, por otro lado, el empleador desea tener las herramientas para poder terminar dicho vínculo cuando considere conveniente. En este sentido, los ordenamientos jurídicos se han encargado de limitar esta potestad.

Es sustancial mencionar que en el Código del Trabajo están tipificadas las obligaciones de los empleadores y los trabajadores para que exista una convivencia armónica, pacífica y un trabajo productivo en beneficio mutuo.

Indiscutiblemente tanto empleador como trabajador deben ser recíprocos en el cumplimiento de las prestaciones estipuladas en el contrato de trabajo. Con este antecedente, si el trabajador quiebra el desarrollo de la prestación y no

cumple con lo pactado en la contratación, el Código del Trabajo y los reglamentos internos de las empresas, sean éstas públicas o privadas, se puede configurar el despido.

Es importante la valoración e individualización de las circunstancias, faltas o causales que haya cometido un trabajador, ya que evidentemente el despido es considerado como una de las sanciones más graves, produciendo la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador.

Podemos diferenciar dos clases de despido:

A) Despido por Visto Bueno

Dentro de las causas enlistadas en el numeral 1.1.2 se mencionó que el contrato puede ser terminado de manera unilateral. De acuerdo al artículo 172 del Código del Trabajo, se establecen las causales por las cuales un empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo y prescindir de los servicios de sus trabajadores. Es así, que podemos entender, que el despido por visto bueno, es una de las maneras de extinguir la relación de manera unilateral.

Para Graciela Monesterolo (2014), el visto bueno se trata de un trámite administrativo que depende de una resolución emitida por parte del Inspector del Trabajo ante la solicitud del empleador. Esta solicitud debe fundamentarse en una causa legal y ser aprobada por esta autoridad para poder dar por terminada la relación laboral.

Es decir que, para la configuración de un despido a través del trámite por visto bueno, el trabajador debe haber incurrido en una de las causales del artículo 172 del Código del Trabajo y, éste se hace válido una vez que la autoridad competente, Inspector del Trabajo, a través de un proceso, verifica si la petición se la fundamenta en base a una causal que la reconoce como legal. De ser el caso, admite el visto bueno emitiendo una resolución aprobatoria que produce la terminación del contrato de trabajo y por ende la relación laboral que mantenían empleador y trabajador.

Es importante mencionar, que el visto bueno es aplicable para todos los trabajadores que incurran en las causales provistas en la normativa laboral, en este caso, incluye también a las mujeres en estado de embarazo o lactancia.

B) Despido Intempestivo

El despido intempestivo, al igual que el despido a través de visto bueno, son formas de terminación de la relación laboral de manera unilateral. La diferencia radica en que este tipo de despido se lo realiza sin una justa causa, es decir sin un motivo justificado, de manera arbitraria o ilegal, o en su defecto, se lo considera de esta manera por no seguir el trámite correspondiente.

En este sentido, la investigadora Tayupanda Chucho, (2014, pág. 14), haciéndose eco de la postura expresada por Mayorga Rodríguez (2008, pág. 102), refiere que el despido intempestivo implica que el empleador extingue el vínculo laboral con el empleado, sin la existencia de una justificación legítima para realizarlo, ello es, ajeno a las cláusulas contractuales e inobservando la normativa legal laboral. Se trata, por ende, de una acción ilegal, que ha sido realizada por el empleador extralimitándose en sus funciones, lo que supone el deber de indemnizar, previa las acciones legales iniciadas por el despido.

1.2. Concepto de despido ineficaz

Para la investigadora y política española Báñez García (2017, pág. 1), la cualidad de ineficaz en esta institución, hace alusión a cuando la intencionalidad del empleador, es la de discriminar por cualquier de las causas que han sido prohibidas por la normativa existente, así cuando el acto se realiza vulnerando cualquier derecho o libertad que ha sido reconocida.

El Código de Trabajo del Ecuador estipula al despido ineficaz en su artículo 195 numeral 1 y hace referencia a que este tiene lugar cuando se efectúa a mujeres embarazadas o por motivos asociados a dicho estado. En este sentido, el Código de Trabajo del Ecuador establece la ineficacia del despido cuando el despido es un dirigente sindical (art. 187) o en el caso de despidos de mujeres en estado de gestación (art. 195.1). (Ecuador, Congreso Nacional, 2005, págs. 23-24)

Si bien es cierto que el Código del Trabajo únicamente hace mención a estos dos grupos, el artículo innumerado a continuación del artículo 152, establece que también se considera despido ineficaz si el padre, adoptivo o no adoptivo, fuere despedido luego de haberse acogido al uso de la licencia sin remuneración para el cuidado de los hijos.

Con el análisis de los tratadistas mencionados anteriormente, podemos aseverar que la sanción más severa en la que puede incurrir un patrono es la aplicación de un despido. Para que exista la configuración del despido y el trabajador sea separado de su lugar de trabajo, dejando de prestar los servicios y actividades en la empresa, debe haber incurrido en el cometimiento de faltas e incumplimientos graves en el desempeño de sus labores. Para esto, el patrono debe someterse a un proceso, el mismo que inicia con la solicitud del visto bueno ante un Inspector del Trabajo, evitando de esta manera que se recaiga en despido intempestivo, el mismo que podría tornarse como ineficaz, ocasionando perjuicios tanto para el empleador como para su Compañía o plaza laboral.

En cuanto al despido ineficaz, la figura fue consagrada en razón del principio de inamovilidad que se detallará en el capítulo 2 y, que es aplicable a las mujeres en estado de embarazo por pertenecer a un grupo de atención prioritaria que sin embargo debe ser comprobado de acuerdo con las condiciones señaladas en el Código del Trabajo.

1.3. Antecedentes del despido ineficaz en el Ecuador

En el Ecuador el despido ineficaz constituye una nueva figura jurídica que está consagrada en la “Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar”, que reformó el Código del Trabajo y la Ley de Seguridad Social, habiéndola incorporado a fin de garantizar la estabilidad laboral de la mujer en gestación y como consecuencia de la maternidad, garantizando a su vez el principio de estabilidad laboral en la mujer.

De tal manera que, es necesario especificar que, en la Resolución de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, número 5, publicada en el Registro Oficial Suplemento 847 el 23 de septiembre de 2016, referente a Justificación del

Proyecto de Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que permite declarar de oficio la caducidad de las acciones por despido ineficaz, se asevera que:

“La acción por despido ineficaz busca garantizar la permanencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como de aquellas que ejercen funciones de dirigentes sindicales, es decir, que aun cuando se hubiere producido un despido intempestivo, éste no surta efectos.” (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, 2016, pág. 11)

Para la investigadora Quezada Guzmán (2016, pág. 18) han sido tres las etapas que se pueden registrar en el Ecuador en cuanto al tema de la estabilidad. Una primera fase referida a la estabilidad absoluta que regía para los trabajadores del sector público y una estabilidad relativa para aquellos que se regían por el Código del trabajo, la que duró hasta el año 2011. Posterior a ello, con la inclusión en la normativa vigente de la renuncia obligatoria, se elimina la llamada estabilidad absoluta y se implementa para todos los trabajadores, la relativa; y finalmente se implanta un sistema en el que para unos trabajadores se adopta la estabilidad absoluta y para otros, la relativa.

De acuerdo al Decreto Ejecutivo No. 813 de 12 de julio de 2011, la renuncia obligatoria, consiste en la cesación de funciones por compra de renuncias acompañada de la respectiva indemnización. (Reglamento a la LOSEP, 2011)

Para el laboralista Chong Qui (2015), el despido injustificado es el antecedente del despido ineficaz, el mismo que fue incluido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, realizado en San Salvador el 17 de noviembre del año de 1988 y ratificado por el Ecuador el 16 de marzo de 1993, en el cual los miembros están obligados a garantizar el derecho al trabajo en especial el de las mujeres.

Para la Federación Iberoamericana de Ombudsman, (2004, p. 50), el Protocolo de San Salvador contiene varias disposiciones relacionadas a los derechos de las mujeres en pos de evitar la discriminación; además de exhortar y

comprometer a los Estados para que consoliden programas que contribuyan a que las mujeres tengan facilidades para ejercer su derecho al trabajo.

Tratándose del despido injustificado en el Ecuador, la trabajadora embarazada y por su condición de maternidad que sea despedida en forma intempestiva tiene derecho a que se la indemnice y se la reintegre a su puesto de trabajo, por cuanto nuestro país ha decidido la aplicación de esos dos derechos. Por lo expuesto, la estabilidad laboral es un derecho superior consagrado en la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.

El laboralista Chong Qui (2015) señala:

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

A pesar de que existen leyes, reglamentos, normas, reformas a la ley, se sigue sufriendo de una relativa estabilidad laboral en nuestro país puesto que la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, solo beneficia a un grupo mínimo de trabajadoras como son las mujeres en estado de gestación o en época de lactancia.

1.4. Comparación del despido ineficaz con la legislación colombiana

El estudio comparado de la legislación laboral colombiana con la ecuatoriana es de suma importancia ya que, a pesar de ser países con una normativa similar, tienen criterios distintos en cuanto a los derechos de la mujer y el despido ineficaz. El contraste de las legislaciones nos podría permitir tener una visión clara sobre las excesivas sanciones que se aplican en nuestro país en relación a esta materia.

1.4.1. Derechos Constitucionales de las mujeres en estado de embarazo

La Constitución Política de la República de Colombia y la Constitución de la República del Ecuador, privilegian el estado de gravidez de la mujer; por lo que, al concebir se le garantiza el derecho a un trabajo estable que le permita asegurar la alimentación y desarrollo del niño, con los ingresos que produce un trabajo estable.

1.4.1.1. Constitución Política de Colombia

La Constitución Política de Colombia, en su capítulo 2, artículo 43, referente a los derechos sociales, económicos y culturales, manifiesta:

“Artículo 43: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. 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, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” (Constitución Política de Colombia, 2015)

Mientras que el artículo 53 de la misma norma expresa:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (...)” (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

En otras palabras, la Constitución Política de Colombia, manifiesta que tanto la mujer como el hombre tienen iguales derechos y oportunidades y, que se protegerá especialmente a la mujer y la maternidad.

Por lo tanto, podemos notar que en la Constitución Política colombiana se otorgan iguales derechos, tanto a hombres como a mujeres, haciéndose énfasis en la prohibición de discriminación a esta y brindándole la protección correspondiente a quienes se encuentran en maternidad y especialmente aquellas que son cabeza de familia.

1.4.1.2. Constitución de la República del Ecuador

En la Constitución de la República del Ecuador se ampara específicamente a las personas y grupos de atención prioritaria y a las mujeres embarazadas, en los artículos 35 y 43 (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008). Esto delimita un campo de protección a estos dos grupos, o sea, tanto a los menores, incapacitados, mayores de edad y otros grupos considerados de atención prioritaria, así como a las mujeres en estado de gestación. Así, puede concebirse la existencia de una distinción, en aras de brindar mayores garantías a las personas que por su condición, podrían sufrir agravios laborales.

1.4.2. Prohibición de despido a las mujeres embarazadas en la legislación laboral colombiana y ecuatoriana

Los Códigos del Trabajo de ambas Repúblicas establecen la ineficacia del despido cuando se trata de una mujer trabajadora en estado de gestación y después del parto, en tiempo de lactancia.

1.4.2.1. Código Sustantivo del Trabajo, Colombia

El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el mismo que fue modificado por la Ley 1468 de 2011, artículo segundo manifiesta la prohibición de despido a las mujeres por motivos de embarazo o lactancia. (Colombia, Ministerio de Protección Social, 1950)

Es decir, que para que el empleador pueda efectuar el despido a una mujer en estado de embarazo o que se encuentre dentro de los tres meses posteriores al parto, debe obtener una autorización que es verificada y otorgada por un inspector del trabajo o en su defecto por los alcaldes municipales de los sectores que no cuenten con un inspector, tal como consta en el artículo 240 del mismo cuerpo legal. Por lo que, al no contar con dicho permiso e igualmente efectuar el despido sin una justa causa, este es ineficaz y la trabajadora embarazada tendrá los siguientes derechos:

1. Derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones que le correspondan de acuerdo con el contrato de trabajo.
2. Derecho al pago de las catorce semanas de descanso remunerado en el caso de no haber percibido los días correspondientes a la licencia por maternidad;
3. Derecho al pago de dos semanas adicionales en caso de parto múltiple y, en caso de que el hijo sea prematuro tiene derecho al pago de la diferencia de tiempo existente entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término y;
4. Derecho a ser reintegrada al cargo que desempeñaba.

1.4.2.2. Aplicación casuística del despido ineficaz en la República de Colombia

Como se puede denotar en la sentencia número T-549/08 emitida por la Corte Constitucional de Colombia el 29 de mayo del año 2008, en la cual se planteó una acción de tutela por terminación unilateral del contrato de trabajo en contra de la empresa Búho Seguridad Ltda., toda vez que alegaba que no se tomó en cuenta la notificación que hizo la parte trabajadora de su estado de embarazo mediante una prueba de laboratorio y que su despido se debió a esta causa; por otro lado, la parte demandada, indicó que el despido no fue motivado por el embarazo sino por el deficiente desempeño laboral que mantenía en la empresa y como prueba de ello se presentaron copias de los informes disciplinarios que se realizaron en contra de la parte actora en diversas ocasiones. (Ver Anexo 1)

El Juzgado 17 Penal Municipal de Función de Garantías de la ciudad de Bogotá, condecorador de la causa, en sentencia de única instancia denegó el amparo solicitado por la accionante. Se sostuvo que la terminación laboral no tuvo como causa el estado de embarazo de la parte actora, sino el deficiente desempeño y mala conducta laboral dentro de la compañía.

Al respecto la Corte Constitucional resolvió mediante sentencia, revocar el fallo emitido por el Juzgado 17 Penal Municipal de Función de Garantías de la ciudad de Bogotá, a favor de la empresa Búho Seguridad Limitada,

concediéndole el derecho fundamental de estabilidad laboral a la accionante y sancionando a la compañía con el reintegro de la trabajadora al cargo que desempeñaba anteriormente o a uno similar o en su defecto a un cargo superior manteniendo las mismas o con mejores condiciones. Además, la compañía debía reconocer el salario que la accionante dejó de percibir durante todo el tiempo de la interrupción laboral, el pago de la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales. Así mismo, al Representante Legal se le hizo un llamado a prevención para que evite incurrir posteriormente en las mismas conductas y brinde la estabilidad laboral a sus empleadores en especial a las mujeres embarazadas.

Una de las motivaciones de la Corte Constitucional de Colombia para adoptar dicha resolución, la basó en la sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual manifiesta que:

“(...) la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada”.
(Corte Constitucional de Colombia, 1997)

Por lo tanto, debemos decir que, si bien es cierto que los trabajadores deben gozar de garantías como la estabilidad laboral, obtención de beneficios y el mantenimiento de su puesto de trabajo, en especial para las mujeres que se encuentran en estado de embarazo, es decir que no sean removidas por ninguna causa, pero ¿Qué sucede cuando la trabajadora por dicha condición no desempeña correctamente sus labores y lo hace de forma deficiente?

A través de esta jurisprudencia colombiana podemos evidenciar que a pesar de que la trabajadora fue notificada en varias ocasiones por su mala conducta dentro de la empresa y una vez que fue despedida, la compañía como

consecuencia tuvo un perjuicio al tener que reintegrar a una trabajadora que no rendía en sus labores y, además pagarle una indemnización.

1.4.2.3. Código del Trabajo, Ecuador

El Código del Trabajo del Ecuador en su artículo 195.1, establece la prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.

Textualmente manifiesta:

“Art. 195.1.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara (...) (Código del Trabajo del Ecuador, 2016)

Es decir que para nuestro Código del Trabajo, no prohíbe el despido de la mujer embarazada en razón del principio de inamovilidad, brindándole igualmente varias garantías para su debida protección.

1.4.3. Semejanzas y Diferencias entre la Legislación Ecuatoriana y Colombiana

Al realizar la comparación del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia con el Código del Trabajo del Ecuador reformado por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, podemos establecer como semejanzas que las dos legislaciones amparan a las mujeres en estado de embarazo al ser un grupo que necesita de atención especial.

La estabilidad reforzada en Colombia garantiza que una mujer embarazada no puede ser despedida de su trabajo en ningún caso, lo que se asimila a nuestra legislación que también prohíbe el despido de la mujer embarazada en cualquier circunstancia.

Como diferencias podemos denotar que en el Código de Trabajo del Ecuador se encuentra taxativamente la prohibición de despido y declaratoria de ineficaz mientras que el Código Sustantivo a pesar de no nombrarlo expresamente lo aplica al igual que en nuestro país pero con algunas diferenciaciones, entre ellas está la solicitud que se debe hacer ante un inspector de trabajo para que

a través de una autorización pueda despedir a una mujer en estado de embarazo y que no se configure el despido sin justa causa; al igual que se permite la prevención a los demandados para que no vuelvan a incurrir en despidos a mujeres embarazadas y mantengan la estabilidad correspondiente.

Es decir, que en Colombia existe una figura jurídica denominada: llamado judicial o advertencia judicial, por lo que al respecto, la Corte Constitucional de dicho país, ha manifestado que esta figura no puede interpretarse como que, si el demandado fuese absuelto en su comportamiento frente a las obligaciones constitucionales y, en caso de reincidir debe responder de acuerdo al sistema jurídico vigente en la República de Colombia, pero en ningún caso se menciona la pena privativa de la libertad del empleador, como sucede en el Ecuador, estableciendo de esta manera que la legislación colombiana es más flexible que la ecuatoriana, puesto que, en nuestro país a más de solicitar visto bueno, el empleador se ve amenazado con sanciones pecuniarias y hasta penales que puede llevarle a la privación de su libertad en caso de no cumplir las normas del Código del Trabajo.

CAPITULO II. DE LAS TRABAJADORAS EN ESTADO DE EMBARAZO

Para poder iniciar con el tema sobre las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, es importante hacer mención que uno de nuestros principios constitucionales es la prohibición de cualquier tipo de discriminación, esto quiere decir que “la mujer tiene igualdad de derechos y oportunidades para trabajar” (Vásquez López, 2004). Cabe recalcar que existen normas de protección a favor de los menores y las mujeres, pero se han otorgado beneficios especialmente para aquellas que se encuentran en condición de embarazo.

2.1. Antecedentes de los derechos de las mujeres trabajadoras

El investigador Gatti (2015, pág. 36) considera que fue con la Revolución Industrial cuando las féminas sufrieron los mayores agravios en el entorno laboral, pues con el desarrollo, se generó la innecesaria contratación excesiva de mano de obra, por lo que, la fuerza del hombre y las máquinas, despojaron a las mujeres de este ámbito.

Así mismo Gatti (2015) manifiesta, que con el transcurrir del tiempo se iniciaron las luchas sociales razón por la cual se empezaron a gestar ciertas medidas de protección es decir, que la indiferencia estatal de aquel entonces empezó a aminorarse para dar paso a la evolución con la cual se cambió la concepción con respecto al trabajo de las mujeres, evolución que fue lenta e insuficiente, según afirma el autor.

Es trascendental hacer mención que todo el proceso histórico que se ha recorrido a través del tiempo para lograr el otorgamiento de derechos a las mujeres, se ha realizado por dos objetivos: el primero, con el fin de suprimir y evitar cualquier tipo de discriminación y el segundo, para lograr la equidad laboral. Es decir, que tanto hombres como mujeres posean los mismos derechos, debido a que nos encontramos inmersos en un mundo que está en constante lucha por lograr la igualdad.

En la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que fue suscrito el 18 de diciembre de 1979 y publicada en el Ecuador el 02 de diciembre de 1981 mediante Registro Oficial No. 132, en su artículo 1, manifiesta que se entiende discriminación contra la mujer como:

“(...) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.” (2005)

Con estos antecedentes, se puede establecer que luego de varios años, en la actualidad existe una mayor aceptación de la mujer en el ámbito laboral, pero debemos reconocer que existen ciertas limitaciones para el acceso al trabajo, generando de esta manera desventajas y desigualdades, que ponen a la mujer en inferioridad de condiciones frente a los varones, pese a que nuestra Constitución estipula que a igual trabajo igual remuneración.

En este sentido, Pasten de Ishihara (2010), indica que el mercado laboral actualmente ha tenido mayor comparecencia de mujeres que buscan obtener a una plaza de trabajo. Sin embargo, debido a que en nuestra sociedad aún es muy común que existan estereotipos de género, resulta complejo el acceso a puestos de trabajo relevantes o en su defecto perciben remuneraciones que no guardan equidad con la tarea que se ejecuta; ocasionando desigualdad en perjuicio de las mujeres trabajadoras.

2.2. Protección a la mujer por su estado de embarazo

La Constitución de la República del Ecuador de 1998, en su artículo 36 disponía que el Estado es quien se encargaría de hacer respetar los derechos laborales y reproductivos con el fin de mejorar las condiciones de trabajo, en especial para los casos de las madres gestantes y aquellas que se encontraran en periodo de lactancia, así mismo velaría por la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa del hogar y las que se encuentren en estado de viudez y así mismo se prohibía expresamente todo tipo de discriminación laboral en contra la mujer.

A partir de la Reforma Constitucional realizada en el año 2008 y publicada en el Registro Oficial No. 449 se eliminó este artículo y se consideró a las mujeres embarazadas como un grupo de atención prioritaria, tal como se puede constatar en el artículo 35 de la Constitución del Ecuador, así mismo en la sección cuarta se creó un artículo específico, artículo 43, dirigido a la protección de los derechos las mujeres embarazadas, dentro de los cuales consta el no ser discriminadas, gratuidad de servicios referentes a la salud materna, protección prioritaria y cuidado de su salud durante tres momentos, embarazo, parto y posparto y, disponer de facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia. (Constitución del Ecuador, 2008)

La Doctora Aguirre Suárez Paulina (2016), en su artículo *Protección a la mujer en estado de gestación*, publicado en el Diario El Telégrafo, considera que en el ámbito laboral, para lograr obtener un trato igualitario, nuestra legislación se ha encaminado en instaurar normas acordes a la igualdad de género y

proteccionistas para los trabajadores a través de la incorporación de medidas especiales para aquellas personas que necesitan de mayor tutela.

De esta manera, la mujer trabajadora en estado de gestación, embarazo o lactancia, con el transcurrir del tiempo, ha ido adquiriendo ciertos derechos y reconocimientos como el permiso remunerado durante un tiempo establecido para el nacimiento de los hijos, tiempo para lactancia o de ser conveniente la licencia sin sueldo por espacio de nueve meses, beneficios que también alcanzan al padre, al cual se le otorga licencia por paternidad en tiempos establecidos por la ley. Todo esto con el fin de salvaguardar y proteger a la mujer trabajadora, evitando recaer en discriminaciones y desigualdades.

En consecuencia, a través de la historia y los años, las mujeres, especialmente aquellas que se encuentran en estado de embarazo, pese a no haber sido una tarea fácil, han logrado adquirir derechos dentro de una sociedad inequitativa. Derechos que las protegen por ser un grupo prioritario y vulnerable. Pero qué sucede cuando se otorga excesivos beneficios únicamente a una parte de la relación laboral dejando de lado los efectos y consecuencias que podrían acarrear para los empleadores y sus empresas.

2.3.Principios y beneficios proteccionistas para la mujer gestante y en época de lactancia

Es necesario mencionar los principios proteccionistas a las mujeres en estado de embarazo, puesto que estos no cambian en ninguna legislación, si no que se mantienen a través del tiempo con diferentes formas al promulgar nuevas leyes y a su vez señalar los beneficios que les otorga el derecho laboral.

2.3.1. Principios

Para el procesalista Rojas Arévalo (2015, pág. 95) considera que los principios generales del derecho son aquellos que se erigen como “(...) criterios de interpretación y aplicación de Normas jurídicas (...) derivados de la Doctrina, tradición y jurisprudencia (...) criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación (...)”. En este sentido, los principios deben garantizar la protección a las mujeres en estado

de embarazo y lactancia, dentro de los que se encuentran los que serán analizados a continuación.

2.3.1.1. Principio de inamovilidad

Para Guillermo Cabanellas (2006), inamovilidad es el derecho que tienen ciertos empleados y funcionarios, especialmente los jueces y magistrados, a no ser destituidos, trasladados, suspendidos ni jubilados sino por alguna de las causas prevenidas en las leyes. De este concepto podemos afirmar que este principio protege especialmente a jueces y magistrados para evitar destituciones salvo el caso de haber incurrido en causas determinadas por la ley.

En el caso ecuatoriano, este principio se implementó en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, en el cual no necesariamente los trabajadores deben ser servidores públicos para gozar del mismo, es decir, es aplicable tanto a trabajadores de entidades públicas como privadas. Cabe mencionar, que en el Código de Trabajo se establece taxativamente quienes gozan exclusivamente de este principio, tales como son: las trabajadoras en estado de embarazo, en estado de lactancia y dirigentes sindicales; en el caso de las mujeres, al pertenecer a un grupo de atención prioritaria, el Estado les dota de garantías como la estabilidad laboral.

Es así, que este principio no solo pretende garantizar el cargo de un empleado en una compañía o en el lugar donde labora, sino que también intenta proteger a un grupo de trabajadores que, por su condición se encuentran en estado de vulnerabilidad.

2.3.1.2. Principio de primacía de la realidad

En la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, dentro del juicio No. 815-2011, la Sala indica que:

“El principio de la primacía de la realidad, implica que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe estarse a lo primero, la existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes

hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado (...). En atención a lo dicho es por lo que se ha denominado al contrato de trabajo, contrato-realidad, puesto que existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y es esta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia. Américo Plá Rodríguez, reafirma lo dicho al establecer que en materia laboral ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales.” (Corte Nacional de Justicia, 2012)

Es decir, que este principio, garantiza a aquellos trabajadores que se encuentren en algún tipo de indefensión al no tener una formalidad que demuestre su relación laboral, como un contrato firmado con el empleador. A través de este, se tiene en cuenta la situación real o la prestación que realiza al empleador. Aunque no de forma expresa, esto favorecería especialmente a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo.

Además podemos mencionar que este principio se encuentra ligado al derecho *pro operario*, que no es otra cosa más que tomar en cuenta la norma más favorable al trabajador en caso de que exista alguna duda o conflicto en ella.

2.3.1.3. Principio de igualdad y no discriminación

Desde el punto de vista social, discriminación según la definición de Guillermo Cabanellas (2006), es dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos u otros. La Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 3 establece como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Así mismo, en su artículo 11, señala que toda forma de discriminación, ya sea por razones de etnia, sexo, religión, o cualquier clase de distinción que quebrante el goce y ejercicio de los derechos, será sancionada (Constitución de la República del Ecuador, 2008). El principio de no discriminación, en materia laboral, se refiere a la prohibición que tiene el empleador de generar

un trato diferente con sus trabajadores por cualquiera de las condiciones mencionadas en la Constitución. De acuerdo a este principio, las mujeres tienen iguales oportunidades y derechos para acceder a una fuente de empleo.

Este mismo principio, se encuentra regulado en el artículo 79 del Código del Trabajo del Ecuador, en el que se menciona que a trabajo igual atañe igual remuneración sin disparidad de ninguna clase, pero para efectos de la misma se debe tomar en consideración la práctica y especialización en la realización del trabajo encomendado. Igualmente, en su artículo 138 *ibídem*, establece la prohibición que tienen las mujeres de ocupar cargos en industrias o tareas que sean consideradas como peligrosas o insalubres.

En base a lo anteriormente mencionado, podemos decir que en el Ecuador se reconoce la igualdad de las personas y, que nuestra legislación ha privilegiado a las mujeres con la creación de normas especiales. Estas normas, ya sean constitucionales y/o laborales, garantizan y tutelan a las mujeres protegiéndolas de cualquier tipo de discriminación, y están dirigidas especialmente a aquellas que se encuentran en estado de embarazo o periodo de lactancia.

2.3.1.4. Principio del interés superior del niño

Para tener conocimiento de lo que implica este principio, debemos hacer mención que en el mismo no se hace ninguna referencia en cuanto a las mujeres en estado de embarazo, pero es de gran importancia nombrarlo ya que guarda relación con ella. Constitucionalmente el Estado es el encargado de promover de manera prioritaria el desarrollo integral de niñas, niños, así como asegurar que tengan pleno acceso a sus derechos; por lo tanto, dichos derechos prevalecerán sobre las demás personas, tal como consta en el artículo 44 de la Constitución. El mismo artículo menciona que para dicho desarrollo integral deben hacerlo dentro de un entorno que les permita la satisfacción de sus necesidades. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que:

“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento (...) (2003)

Según comenta Lora (2006), el interés superior del niño debe evaluar cada caso en particular, pero sin dejar de lado las necesidades de las cuales deben gozar los niños ya sean: psicológicas, sociales, ambientales, jurídicas, económicas, entre otras ya que son sujetos de derechos.

Una vez que se ha comprendido que el interés superior del niño hace referencia a un principio constitucional que busca proteger los derechos de los niños y niñas y que estos prevalecen sobre las demás personas, debemos hacer la correlación del por qué es un principio a favor de las mujeres.

En el caso de las mujeres trabajadoras y aquellas que se encuentran en estado de embarazo o lactancia, es importante poder brindarle al hijo nacido o que está por nacer, todos los cuidados que se merece. Para lograr un desarrollo adecuado, debe sustentarlo con la remuneración percibida en su empleo, por lo que, en base a este principio también se encontraría amparada.

2.3.1.5. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de octubre de 1979, suscrita por el Ecuador el 17 de julio de 1980 y publicada en el Registro Oficial 108 de 27 de octubre de 1981, se creó con el propósito de otorgar protección a las mujeres trabajadoras ante posibles actos discriminatorios de los cuales sean víctimas, especialmente para aquellas mujeres que están en estado de embarazo.

En su artículo 11 numeral dos, exhorta a aquellos países que lo suscribieron, a que emitan las medidas que consideren necesarias para que prohíban el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, a que se instaure la licencia de maternidad con sueldo pagado, así como también, en caso de

trabajos que puedan resultar perjudiciales para la mujer embarazada, brindarle la protección especial correspondiente. (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 1979)

Para Lydia Andres (2015), con el pasar de los años se ha hecho evidente que el Ecuador se ha enfocado en realizar varios esfuerzos con el fin de lograr equidad de género, entre hombres y mujeres. Estos esfuerzos los ha realizado a través de la aplicación de normas consideradas equitativas, en pos de una convivencia justa. Para la autora, una muestra de ello, es la ratificación que efectuó nuestro país a la Convención a la que hemos hecho referencia.

Mediante el análisis de esta Convención, podemos constatar que desde hace 37 años atrás y más, varios países se han preocupado por integrar a la mujer en todos los aspectos, con el fin de evitar que sigan existiendo inequidades en la sociedad. Es así que, en la lucha por la discriminación a la mujer, estos Estados se han unido con el único objetivo de evitar que siga existiendo discriminación a la mujer, especialmente a aquellas que se encuentran en embarazo. Específicamente, en la parte laboral, a las mujeres trabajadoras y aquellas que se encuentran en estado de gestación o lactancia, se les ha otorgado varios beneficios para ampararlas y protegerlas debidamente.

2.3.1.6. Convenio OIT sobre la protección de la maternidad, 2000

El Convenio número 183 de la Organización Internacional del Trabajo, conocido como Convenio sobre la Protección de la Maternidad, 2000, nace debido a la decisión que tomó el Consejo de Administración de la OIT de revisar el Convenio sobre la protección de la maternidad y la Recomendación sobre la protección de la maternidad, ambos de fecha 1952.

Esto se lo realizó con el objetivo de continuar promoviendo la inclusión e igualdad de las mujeres trabajadoras, se toma en cuenta también la situación de aquellas que se encuentran en estado de embarazo y la necesidad de brindarles la protección que requieren, siendo esta una responsabilidad compartida entre el Estado y la sociedad. (Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000)

En términos generales, el Convenio establece los parámetros para aquellos Miembros que o suscriban en cuanto al temas como protección de salud, licencias de maternidad, licencias en caso de enfermedad o complicaciones, prestaciones económicas que deben recibir, así como la protección del empleo y no discriminación. Al respecto en el artículo 8 establece la prohibición a los empleadores de despedir a una mujer por encontrarse embarazada o que se halle en licencia, pero, claramente lo exceptúa cuando existe un despido que no sea relacionado a tal condición por lo tanto la carga de la prueba le correspondería al empleador.

Al respecto, podemos decir que existen varios principios y convenios internacionales a los cuales se encuentra suscrito el Ecuador para tutelar la protección que les corresponde a las mujeres y aquellas que se encuentran en embarazo o lactancia, dando cumplimiento de esta manera a lo que manda la Constitución.

2.3.2. Beneficios conferidos a las mujeres trabajadoras embarazadas o lactantes

Nuestra legislación, en cuanto a los beneficios que le ha otorgado a la mujer y en especial a la mujer trabajadora en estado de embarazo son muy claros, es por eso que se han creado normas con el fin de brindar amparo a este grupo de personas que como se mencionó anteriormente son consideradas como de atención prioritaria.

2.3.2.1. Estabilidad Laboral

Uno de los principales beneficios, es la denominada estabilidad laboral, su base se encuentra en el principio de inamovilidad. En palabras del Doctor José Dávalos se define como “el derecho del trabajador a permanecer en sus funciones en tanto subsiste la materia de trabajo y a percibir los beneficios consecuentes” (Dávalos 1988, citado por Tenorio Saveedra, 2015)

La estabilidad laboral es un derecho que el Estado reconoce a los trabajadores para que puedan permanecer de forma segura en su lugar de trabajo, evitando que sean despedidos sin una justa causa y legal por parte del empleador y, en caso de existir, que perciba la indemnización correspondiente.

En el caso de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, es un beneficio muy importante ya que el empleador tiene la prohibición de despedirla y en caso de hacerlo por su condición, a más de recibir su indemnización tienen el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo.

El Doctor Asdrúval Granizo, a través de la entrevista personal realizada **(anexo 2)**, declaró que en la doctrina, y especialmente el mexicano Mario de la Cueva, establece que existen dos clases de estabilidades. Una de carácter absoluta que es la imposibilidad que tiene el empleador de dar por terminado un contrato de trabajo y, otra de carácter relativa que es aquella en la que se puede dar por terminado un contrato de trabajo. Se lo realiza de distintas formas legales, en Ecuador a través de la figura del visto bueno. (Granizo, entrevista personal, 09 de diciembre de 2016).

Como se menciona en el artículo denominado *“Estabilidad en el Empleo”*:

“Con la estabilidad en el empleo se corren los riesgos de la pasividad, el conformismo, la falta de iniciativa, etc.; empero, éstos se pueden contrarrestar con retribuciones dignas y con la posibilidad de ascenso basados en el mérito y la capacidad (...)” (Órgano de Fiscalización Superior del Estado de Veracruz, p.11)

El Doctor Granizo, en la entrevista personal antes indicada, vuelve a referenciar al académico y jurista Mario de la Cueva quien, luego de varias reflexiones, concluye que esta clase de estabilidad no tendría grandes y adecuadas ventajas, incluso para el propio trabajador, al tener que laborar siempre para un mismo patrono. (Granizo, entrevista personal, 09 de diciembre de 2016).

Ante esta premisa, hay que recalcar que este beneficio, en caso de las trabajadoras embarazadas solo aplica o debería aplicarse para aquellas que no incurran en causales de visto bueno, ya que suelen existir trabajadoras que por el hecho de su condición, creen erróneamente que no pueden ser despedidas, y es así como podrían recaer en ineficiencias de sus labores diarias.

2.3.2.2. Licencia por maternidad

El Convenio número 183 de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo cuarto, contempla las medidas y los plazos de duración, a las que deben estar sujetas las mujeres embarazadas para gozar de la licencia por maternidad. En el numeral 1 se establece que toda mujer debe tener el derecho a una licencia de maternidad con una duración mínima de catorce semanas. Para que el empleador pueda otorgar la licencia, esta debe presentar la debida certificación médica o un documento válido según la legislación de cada país que esté suscrito al Convenio, en el cual debe constar la fecha presunta del parto.

Además, el numeral 4, con el afán de proteger la salud de la madre y del hijo o hija, determina que la licencia de maternidad es de obligatorio cumplimiento y corresponde a un periodo de seis semanas posteriores al parto o como se haya acordado en la legislación de cada país.

En el caso de Ecuador, el artículo 152 del Código del Trabajo, establece una licencia menor a la que dicta el Convenio de la OIT. Por nacimiento de su hijo o hija, se otorga este derecho a las mujeres trabajadoras por un periodo de 12 semanas que deben incluir la respectiva remuneración por este tiempo y, cuando se trate de nacimientos múltiples se le otorgan 10 días adicionales.

Adhiriéndose a lo que dispone el Convenio de la OIT, el Código de trabajo claramente señala que dicha ausencia laboral se debe justificar con un certificado médico otorgado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el cual debe constar la fecha probable del parto o en su defecto la fecha en que se produce el parto.

Además, es importante indicar que, para precautelar el cuidado del bebé recién nacido, en caso de la madre fallezca durante el parto o durante el tiempo de licencia, nuestro Código del Trabajo ampara al padre. "(...) El padre podrá hacer uso de la totalidad, o en su caso, de la parte que reste del período de licencia que le hubiere correspondido a la madre si no hubiese fallecido." (Código del Trabajo, 2016)

Mediante Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo, publicada en el Registro Oficial Suplemento 720, el 28 de marzo de 2016, se agrega un artículo innumerado en el Código de Trabajo, con un nuevo tipo de licencia o permiso sin remuneración para el cuidado de los hijos al cual puede acogerse tanto el padre como la madre del mismo.

Esta licencia es de carácter opcional y voluntaria, por lo tanto, quienes se acojan a ella no percibirán remuneración alguna por parte de su empleador. Se crea con el fin de que los padres y/o las madres, puedan estar al cuidado de su hijo o hija dentro de los primeros 12 meses de vida del mismo, por un periodo adicional de hasta 9 meses, toda vez que su licencia obligatoria haya concluido.

A modo de crítica, nos queda la duda de qué tan beneficioso puede resultar este derecho a sabiendas de que los padres y madres necesitan de una remuneración económica para subsistir, especialmente para el cuidado adecuado de sus hijos. En el caso de personas que cuentan con recursos económicos altos o medios, esto no sería un problema, sin embargo, sería difícil que padres o madres trabajadoras, de escasos recursos económicos, se acojan a este permiso, ocasionando, por lo que posiblemente se estaría privilegiando a un cierto grupo de personas.

2.3.2.3. Reducción de jornada laboral por lactancia

En el Convenio sobre la Protección a la Maternidad, 2000 en su artículo 11 numeral 1, se estipula que la mujer tiene derecho a una reducción del tiempo de trabajo, la misma que debe ser diaria y que ese tiempo sea destinado para la lactancia de su hijo. Además, el numeral 2 ibídem menciona que dicha reducción debe contabilizarse como tiempo de trabajo y por lo tanto ser remunerado.

En relación al párrafo anterior, nuestra legislación concuerda y se asemeja con lo establecido en el Convenio. Al respecto, el artículo 155 del Código del Trabajo, señala que la jornada de trabajo de las madres lactantes se reduce de 8 a 6 horas, durante los 12 meses posteriores al parto e igualmente durante

este tiempo la trabajadora debe recibir su remuneración por la jornada completa, es decir, la correspondiente a las 8 horas laborables.

2.3.2.4. Guardería Infantil

El artículo 155 del Código del Trabajo, estipula que aquellas empresas que tengan cincuenta o más trabajadores deben establecer un servicio gratuito de guardería. Este centro debe proveer a los hijos de sus trabajadores la debida atención, cuidado y alimentación; así mismo debe contar con los implementos necesarios para otorgar este servicio. Dicha guardería se debe establecer dentro de la empresa o cerca de la misma, pero en caso de no tener las facilidades de realizarlo se les permite a los empleadores contratar con terceros la prestación del servicio o en su defecto unificarse con otras compañías.

A pesar de que este beneficio es aplicable tanto para madres como padres, es importante mencionarlo ya que, en nuestra sociedad en gran mayoría son las madres quienes se encuentran al cuidado de sus hijos. Es así que al contar con una guardería que les provea su empleador para el cuidado de sus hijos, es de gran ayuda para ellas. Nuestra legislación, aún después de la lactancia, procura seguir protegiendo de manera especial a las madres y a los niños.

2.3.2.5. Acciones Afirmativas

La acción afirmativa para Auquilla Cuesta, (2011, p.3):

“(…) hace referencia a aquellas actuaciones como medidas legales, administrativas, prácticas, que van dirigidas a reducir toda práctica discriminatoria; pero analizando toda la evolución y cambio que genera la corriente del neoconstitucionalismo, las acciones afirmativas aparte de reducir, buscan eliminar estas actuaciones discriminatorias, como es el caso de las mujeres, niños y personas discapacitadas.”

Según lo expuesto por este autor, queda claro que las acciones afirmativas, deben ser aplicadas en todos los ámbitos, ya fuere en el normativo, administrativo, social, laboral, cultural, etc., de forma tal, que en todos los

campos en los que se manifiesten relaciones sociales, se destierre cualquier comportamiento que implique discriminaciones.

Greenwalt, (1983), citado por Badillo (2015), señala que las acciones afirmativas son aquellas medidas o políticas que asumen los Estados con el objetivo de beneficiar a ciertas personas o grupos, permitiendo de esta manera la erradicación de la desigualdad en los ámbitos culturales, sociales y económicos, por los cuales han sido afectados para que de esta manera tengan mayor apertura y participación dentro de la sociedad.

Estos autores coinciden en que la *discriminación positiva*, nombre que también han adoptado las acciones afirmativas, son medidas que toma el Estado ante una sociedad que ha marginado y discriminado a ciertos grupos minoritarios o vulnerables, con el fin de integrarlos y dotarlos de derechos y oportunidades a las que difícilmente tendrían acceso.

Para Dessler (2001, p.68) a pesar de que las acciones afirmativas se crearon para fines provechosos, podrían tener como resultado efectos contrarios. Por el afán de beneficiar a unos, se estaría incurriendo en trato desigual y desventajas para otras personas que no se encuentran enmarcadas en los grupos prioritarios. Es decir, que de ninguna manera estaríamos hablando de igualdad como tal ya que al otorgar más derechos a sectores específicos, se estaría discriminando a las demás personas, incumpliendo de esta manera el objetivo del Estado que es lograr una verdadera igualdad.

En el caso ecuatoriano, la Constitución (art. 11 numeral 4) establece que el Estado se encargará de proteger a los ciudadanos que estén en condiciones de desigualdad mediante la aplicación de las denominadas acciones afirmativas. Es decir que, si una persona pertenece a un grupo considerado como discriminado, debe ser favorecido por la ley. A nuestro criterio esto genera desigualdad y desestabilidad social, por ejemplo, en los casos de selección para empleos públicos, puede provocar efectos negativos como segregación y discriminación para quienes participan y no se encuentran dentro de un grupo de atención especial.

2.3.3. Obligaciones de la mujer trabajadora en estado de embarazo

Constitucionalmente el Estado ha procurado dar cumplimiento al principio de igualdad y no discriminación con la inclusión de las mujeres al ámbito laboral. Con esta premisa podemos afirmar que, así como se ha otorgado derechos y beneficios a la mujer, también tienen obligaciones que cumplir. Es decir, que una mujer trabajadora y aquellas que se encuentran en estado de embarazo, tienen las mismas obligaciones que cualquier otro trabajador.

La existencia de estas obligaciones se encuentran enmarcadas en el artículo 45 del Código del Trabajo, entre las cuales podemos destacar que deben cumplir con los términos que se encuentren estipulados en el contrato de trabajo con el debido cuidado y esmero respetando el tiempo, lugar o forma en que se haya convenido, deben conservar el buen estado de los materiales o instrumentos de trabajo y en caso de no usarlos restituirlos a su empleador, cumplir con las disposiciones estipuladas en el reglamento interno de la empresa toda vez que este se encuentre expedido en forma legal, cumplir con las medidas preventivas e higiénicas que se hayan impuesto, guardar los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de productos o aquellos de los que tenga conocimiento por el trabajo que realiza, siempre deben observar buena conducta durante el trabajo y por último tienen que dar aviso al empleador cuando llegare a faltar a su trabajado por motivos justificables. (Código del Trabajo, 2016)

Es importante mencionar que el artículo 154 ibídem establece que la mujer embarazada no puede ser objeto de despido intempestivo, es decir sin una de las causas del artículo 172 del mismo cuerpo legal, desde la fecha en que inicia el embarazo. Se señala que la mujer debe justificar su embarazo con la presentación de un certificado médico avalado por un profesional del IESS o a falta de éste, por otro profesional que queda a facultad de la trabajadora.

Como podemos observar, en este artículo se habla acerca de la justificación del embarazo por un profesional que avale su condición de embarazada para el caso de ser despedida intempestivamente. Empero nada se dice acerca de si la mujer debe obligatoriamente dar un aviso al empleador desde el momento en que conoce del mismo; ya que pueden existir casos en un empleador

puede despedir a una trabajadora sin haber conocido su condición de embarazada y quedar en indefensión puesto que no puede probar su desconocimiento a menos que, se empiecen a dilucidar cambios fisiológicos en la mujer y el embarazo se torne notorio.

Es así que, consideramos que el aviso que debe dar la mujer trabajadora a su empleador en cuanto conozca de su embarazo, a través de un certificado médico, debería ser de obligatorio cumplimiento dentro de los primeros meses del mismo, para evitar posibles rupturas de la relación laboral o cualquier tipo de conflicto entre empleador y trabajadora. Esto sería beneficioso para las dos partes, por un lado, para que la mujer goce tranquilamente de los beneficios que le otorgan la ley y, para el empleador porque tiene el derecho de que se le ponga en conocimiento lo que acontece con sus trabajadores.

Es claro que el cuidado y protección de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo y lactancia no es solo obligación del Estado sino también de toda la sociedad, por lo cual también se debe procurar cumplir ciertas obligaciones para mantener un ambiente laboral armónico entre empleador y trabajadora.

CAPITULO III. DEL EMPLEADOR.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS RESULTANTES DE LA APLICABILIDAD DEL DESPIDO INEFICAZ

Gran parte de nuestra legislación laboral se encuentra orientada en tutelar los derechos de los trabajadores a través garantías que les permita ampararse en caso de existir un conflicto laboral con su empleador. De hecho, como se puede constatar en el Código de Trabajo con las recientes reformas realizadas, nuestra normativa laboral tiene como base el principio *in dubio pro operario*, que lo podemos definir como aquella interpretación de la norma a favor del trabajador.

En particular, para Irureta Uriarte (2014): “La figura del empleador no ha sido motivo de mayor desarrollo o análisis; es como si la legislación laboral partiera de la base que se trata de un concepto previamente conocido y sobre el cual no caben mayores distinciones o divergencias (...).”

Debido a la falta de investigación y deficiente doctrina orientada en realizar un análisis de los empleadores como sujetos de derechos, es importante estudiar

exhaustivamente los derechos, obligaciones y los efectos que puede provocar la declaratoria de despido ineficaz enfocado desde el punto de vista de los empleadores.

3.1. El empleador como sujeto de derechos

Los empleadores son aquellos encargados de la contratación de trabajadores aptos para el cumplimiento de los objetivos de sus empresas o negocios. Al gozar de la capacidad de contraer derechos y obligaciones, estas personas naturales o jurídicas, son sujetos de derechos, de acuerdo a nuestra legislación.

Otra definición es aquella que encontramos en el artículo 10 del Código de Trabajo que establece que empleador es aquella persona, natural o jurídica por cuenta u orden de la cual se ejecuta una obra o realiza la prestación de cierto servicio.

Los empleadores, además de ser proveedores de la materia prima y de todos los elementos necesarios para que el trabajador pueda prestar sus servicios; son quienes organizan y disponen el trabajo a realizarse sin dejar de lado que también son quienes asumen los riesgos para la compañía o el negocio y, ante los cuales, los trabajadores se encuentran subordinados.

Como se mencionó anteriormente, la figura del empleador ha sido objeto de escasos análisis, por lo que surge el cuestionamiento sobre las consecuencias que podría acarrear al patrono el encontrarse dentro de una legislación proteccionista de los trabajadores.

Para poder adentrarnos en los efectos que podría ocasionar al patrono la declaratoria de ineficacia en los casos aplicados a las mujeres en estado de embarazo o lactancia, precisamos invocar los distintos principios que son aplicables a su favor.

3.1.1. Principio de la autonomía de la voluntad

“El principio de la autonomía de la voluntad, que es una consecuencia de la libertad de cada individuo, puede definirse como un principio de derecho privado que permite a los particulares ejecutar los actos

jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos. La autonomía de la voluntad se refiere a cualquier acto jurídico y, por consiguiente, es un principio más amplio que el de la libertad contractual, que solo comprende los actos jurídicos bilaterales” (Hurtado, 1991)

En palabras de Hurtado, este principio se encuentra presente en el derecho privado ya que aparece como consecuencia de las libertades individuales, que van mucho más allá de lo que la ley nos puede imponer; la libertad individual es un principio fundamental consagrado más allá de un ordenamiento jurídico establecido.

Mientras que, para Hernández & Guerra (2016), la autonomía de la voluntad es un principio básico del Derecho contractual, que encuentra su fundamento en el hecho de ser considerado como una manifestación de la libertad del individuo.

En la ejecución de un contrato, el principio de la autonomía de la voluntad se ve limitado a las normas vigentes y cláusulas que fueron aceptadas al momento del perfeccionamiento del mismo. Dicho esto, nuestra voluntad se basaría en decisiones tomadas, cercadas a las estipulaciones contractuales y; por ende, a la ley.

En nuestra legislación laboral, el principio de autonomía de la voluntad en relación a la libertad contractual, se encuentra en una etapa restrictiva en referencia a la voluntad de contratar de los empleadores, por el hecho de que cada vez se restringen más los derechos de los mismos y se amplían más los derechos de los trabajadores, promulgando a una desigualdad contractual. Aseveración a la cual nos apegamos, ya que el derecho laboral en nuestro país busca beneficiar a la parte contractual “más débil”, los trabajadores; dejando de lado los intereses que tienen los empleadores quienes buscan obtener el desarrollo propicio para sus empresas.

Con el llamado principio de la autonomía de la voluntad, las partes deben tener condiciones equilibradas, es así que los contratantes tienen la posibilidad

de regular las condiciones de la relación laboral de acuerdo a los intereses que cada uno posea, sin perjudicar o beneficiar solo a unos.

3.1.2. Principio de libre contratación

Para Terán Modesto Apolo (2016), la libre contratación es un derecho que tienen las personas, el mismo que les permite adquirir responsabilidades de manera voluntaria acordando todas las condiciones contractuales necesarias basándose en la Constitución y la ley y, especialmente se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

El autor Terán Modesto Apolo (2016), tiene un criterio muy acertado en cuanto a que el sector privado es el generador de empleo, basándose en el contexto económico mundial. Es así que menciona que los elementos complementarios, dentro del proceso productivo, llámense estos: capital y trabajo son aquellos generadores de riqueza permitiéndoles a los trabajadores obtener su remuneración y utilidades, mientras que para los empresarios se convierte en rendimiento y superávit económico.

Ahora bien, el principio de libre contratación permitiría al empleador decidir sobre la estructura que desea implementar dentro de su negocio. Es así que en general tiene la libertad de poder dirigir y desarrollar su empresa de acuerdo a su conveniencia siempre y cuando se encuentre dentro de las normas legales vigentes. El empleador tiene libertad de planificación económica, de producción, de inversión y desarrollo.

El empleador tiene la potestad de establecer el número de personal necesario para el giro del negocio, la designación de cargos y la elección y contratación de personal calificado (capital humano). Más, en el tema laboral referente a la destitución de cargos, muchas veces se encuentra limitado debido a la normativa proteccionista que tiene el trabajador, especialmente al tratarse de aquellas mujeres que se encuentran en estado de embarazo.

En lo que respecta a la aplicación de este principio, se lo emplea antes de la contratación, es decir, cuando el empleador decide elegir a sus trabajadores, así mismo, una vez contratados, se acciona nuevamente al momento de rescindir de ellos en los casos legalmente justificados.

3.1.3. Principio de buena fe contractual

Para Solarte Rodríguez (2004) a pesar de la complejidad del concepto de buena fe, reconoce la importancia que tiene este término ya que es un principio general del derecho y que, como asegura, se ha llegado a calificar por la doctrina como supremo y absoluto.

El principio de buena fe para este autor no solo se aplica para ejecutar los actos jurídicos, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la formación de los contratos. Establece que existe un deber de no interrumpir intempestivamente y sin justa causa los acuerdos a los que se ha llegado para el perfeccionamiento del contrato, salvo los casos estipulados en los artículos 172 y 173 del Código del Trabajo (artículos analizados en el capítulo 1) y, que en caso de suceder se debe aplicar la respectiva indemnización por los perjuicios causados.

Para Irureta Uriarte (2011, pp. 158)

“La estructura del contrato de trabajo presupone la existencia de la buena fe. Sin ella, los contratantes estarían obligados a regularlo todo, ya que siempre se estaría bajo la sospecha de que un actuar contrario al *iter negocial* carece de mecanismos correctores. Sin la buena fe, la regulación legal terminaría siendo sobreabundante, pretendiendo anteponerse a cualquier hipótesis que se desviara de un cumplimiento contractual conforme a los criterios de la lealtad y la corrección. Por ello, en materia laboral, la buena fe contractual tiene plena cabida.”

Según las afirmaciones de Irureta Uriarte (2011) en su publicación Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno, la buena fe es un principio que hace referencia a valores como la honradez, la confianza, la lealtad y la rectitud de los contratantes, los mismos que son esenciales en todo ordenamiento jurídico. En todo vínculo contractual, en este caso en materia laboral, se debe asumir la existencia de buena fe puesto que permite asegurar la correcta marcha del contrato bajo los parámetros que las partes acordaron.

Ello implica que los contratantes a pesar de los riesgos que acarrea, confían en que la contraparte en la formalización del contrato, no establecerán ninguna

cláusula que afecte a la otra parte. Sobre este mismo aspecto se plantea que la consideración de la buena fe, no necesita de exigencias especiales, porque es algo que se presume. (Irureta Uriarte, 2011, pág. 158)

Como se ha mencionado, la aplicación de buena fe es exigible para las dos partes contractuales, en el caso de los trabajadores, estos se encuentran obligados a ir por el camino de la conducta honesta absteniéndose de aplicar comportamientos que puedan defraudar los intereses de la contraparte. Para los empleadores, la buena fe actuaría como un mecanismo de limitación o control de las atribuciones que poseen. En palabras del autor Irureta Uriarte (2011), las facultades que poseen los empleadores no deben ser consideradas como derechos absolutos y es aquí donde actúa la buena fe, ya que a través de ella se puede dilucidar el alcance de sus jurisdicciones, evitando que exista discrecionalidad abusiva. Coincidimos en el criterio de este autor, al aseverar que el principio de buena fe permite ajustar las potestades empresariales dentro de un margen contractual.

El principio de buena fe tiene como propósito evitar la defraudación de la confianza de ambas partes, por lo que debe ser exigible antes, durante y después de la relación contractual, tanto a empleadores como a trabajadores. La buena fe es la base para las relaciones jurídicas por lo tanto debe ser aplicado de forma recíproca y en ningún caso puede ser proporcional para lograr el normal desenvolvimiento del contrato, evitando recaer en conductas deshonestas. En el caso de las mujeres embarazadas o en estado de maternidad, este principio no puede ser excepcional, se debe presumir la buena fe en relación al cumplimiento contractual por más que se encuentren inmiscuidas en el grupo constitucionalmente denominado de atención prioritaria. El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico les ha proporcionado beneficios y protección especial a este tipo de trabajadora podría ocasionar mala fe contractual en abuso de sus derechos adquiridos.

3.1.4. Despido por necesidad de la empresa

Para la catedrática, Lucía Martín Rivera (2008), la doctrina indica que existen tres contenidos laborales en los que se fundamenta la libertad de empresa.

Siendo el primero la facultad de acceso al mercado, seguido de la facultad de desarrollar libremente la actividad emprendida y por último la facultad de salida o abandono del mercado. Adecuando el tercer contenido sobre la facultad de salida del mercado a un tema laboral, podemos decir que el empleador tiene la plena facultad para ajustar el número de sus trabajadores como consecuencia de una reorganización de su compañía o negocio, empero en causas que se encuentren legalmente establecidas y siguiendo un proceso determinado. Es decir, que los empleadores pueden fundamentar sus despidos por causas económicas, técnicas, de producción o meramente organizativas, así como también en el despido disciplinario, que es aquel que legalmente le permite extinguir al empleador el contrato de trabajo debido a incumplimientos graves y culpables por parte de sus trabajadores.

Mencionado lo anterior, el Código de Trabajo ecuatoriano establece claramente las causas en que el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral. Dentro de las causas se encuentran las siguientes: faltas repetidas e injustificadas ya sean de puntualidad o asistencia al trabajo, abandono del mismo por un tiempo mayor de tres días consecutivos sin una justificación dentro de un periodo mensual de labores; indisciplina o desobediencia grave a los reglamentos internos de la empresa, los mismos que deben estar debidamente aprobados por la autoridad competente; falta de probidad o conducta inmoral del trabajador; injurias graves que pueden ser tanto en contra del empleador o en contra de su cónyuge, conviviente, ascendientes, o descendientes; ineptitud por parte del trabajador en relación a la ocupación o labores encomendadas, denuncia injustificada sobre las obligaciones que el patrono tiene en el Seguro Social y; no atacar las medidas de seguridad, higiene y prevención o contrariar injustificadamente las prescripciones o dictámenes médicos. (Código del Trabajo, 2016)

Martín Rivera (2008), menciona que:

“La construcción dogmática de las causas empresariales de la extinción del contrato ha sido bastante controvertida. Buena prueba de ello son las diferentes teorías que se han elaborado para

fundamentar jurídicamente la facultad de despedir del empresario por necesidades de la empresa.”

Se hace referencia a una teoría que busca apoyo en la denominada *justa causa*. Teoría que fundamenta su posición en que basta con que exista una *causa justa* para que de manera unilateral el empleador pueda dar por concluida la relación de trabajo.

Martín Rivera, citando a Rodríguez-Piñero, M (2008, p. 190) menciona que:

“El fundamento de la institución del despido reside en no hacer exigible al empleador la continuación de la relación de trabajo en aquellos supuestos en los que ha desaparecido el interés a la prestación del trabajador. Para la autora, la causa justa, es aquella falta de interés que tiene el empleador en las labores del trabajador, ya sea debido al incumplimiento de las labores encomendadas o porque para el empleador continuar con la relación contractual deja de ser útil”.

Esta teoría es muy interesante ya que, el empleador al gozar del principio de autonomía de la voluntad, libre contratación y buena fe, que fueron explicados anteriormente, tiene la potestad de velar por el buen giro del negocio por lo que, si un trabajador no cumple con sus obligaciones encomendadas y perjudica gravemente de una u otra manera al empleador, este tiene la plena facultad para desistir de los servicios de los trabajadores que fueron contratados. No es excepción, como lo antes indicado, la mala fe de las mujeres embarazadas.

Es de suma importancia hacer énfasis en que no se debe mal interpretar esta teoría ya que la ley le otorga al empleador la opción de dar por terminada la relación contractual en base a lo que estipula el artículo 172 del Código del Trabajo. Por lo tanto, no se puede decir que los empleadores pueden aplicar esta teoría a su arbitrio. Poniendo como ejemplo a una trabajadora en estado de embarazo, en caso de que cometa una falta grave que afecte a la empresa, no se encontraría exenta de ser despedida por su condición y mucho menos recaería en un despido discriminatorio.

3.2. Efectos jurídicos que produce la declaratoria de ineficacia del despido

Con lo expuesto anteriormente, debemos comprender que el despido a la mujer en estado de embarazo o lactancia, se convierte en despido ineficaz al haberse invalidado debido al quebrantamiento de las garantías en las cuales se amparan estas trabajadoras.

El procedimiento para este tipo de acciones es sumario ya que quienes lo interponen pertenecen a un grupo vulnerable que la norma procura tutelar, es por esto que el tiempo para llegar a obtener una sentencia es relativamente corto según el Código del Trabajo del Ecuador.

Para deducir esta acción ante el Juez del Trabajo competente, la trabajadora que se considere objeto de despido ineficaz, debe interponer su acción en el lugar en donde se produjo el hecho, en un plazo máximo de treinta días, caso contrario se entenderá que ha operado la caducidad respecto a su acción.

En caso de que la causa sea admitida a trámite, el proceso continúa con la debida citación al empleador, la misma que no puede exceder de veinticuatro horas y, que tanto demanda como contestación deben ir acompañadas de las pruebas respectivas ya que, en caso de no existir un acuerdo conciliatorio, se procede con la práctica de las pruebas solicitadas por las partes.

Al ser un proceso brevísimo, en la misma providencia el Juez dictará día y hora para la audiencia única, la misma que se debe llevar a cabo en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la citación. Así mismo dispondrá el reintegro de la mujer en estado de embarazo o en uso de licencia por lactancia que se halle afectada, mientras la acción se encuentre en curso. El reintegro de estas trabajadoras se expresó claramente como una obligación para los jueces a raíz de la reforma que incorporó el Código Orgánico General de Procesos el 22 de mayo de 2016 al artículo 153 del Código del Trabajo.

En la misma audiencia, el Juez emite su sentencia y en caso de que admita la ineficacia del despido, la otra parte puede interponer el denominado recurso de apelación que, según el Código del Trabajo es aplicable únicamente con efecto devolutivo.

Para Cabanellas (2006) efecto devolutivo es:

“El de apelación u otro recurso cuando su conocimiento se atribuye a un juez o tribunal superior, con respecto al que ha dictado la sentencia, auto o resolución; pero sin suspender la ejecución de la providencia del inferior, ni paralizar el curso de la acción principal.”

En otras palabras, el efecto devolutivo quiere decir que durante la sustanciación del recurso de apelación ante la Corte Provincial respectiva, la sentencia que fue dictada por el Juez de primera instancia, debe seguir ejecutándose hasta que el proceso culmine en su totalidad. Además, la ventaja en este tipo de procesos es para la mujer embarazada, quien desde el inicio de la demanda y por disposición del juez, puede continuar en su puesto de trabajo y gozando de todos los beneficios que le corresponden hasta que el proceso fenezca.

Entre los efectos que produce la declaratoria de ineficacia, encontramos que el Código del Trabajo establece que la relación laboral entre el empleador y la trabajadora en estado de embarazo no puede ser considerada como interrumpida por el hecho suscitado; por lo que se debe pagar el valor de las remuneraciones que se hallaren pendientes más el diez por ciento del recargo.

En caso de que la trabajadora despedida no desee mantener la relación laboral, debe percibir una indemnización correspondiente a un año de remuneración, la misma que debe ser igual a la que percibía anteriormente y la indemnización por despido intempestivo el mismo que se calcula de acuerdo al tiempo de servicio y en base a la escala en que se encuentre la trabajadora, el cual se encuentra contemplado en el artículo 188 del Código del Trabajo.

Otro de los efectos más controvertidos que produce la declaratoria de ineficacia, es aquel que consiste en la obligación que tiene el empleador de reintegrar a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia a su puesto de trabajo ya que en caso de no acatar o rehusarse a la orden emitida por el Juez competente, recae en una sanción penal tipificada en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal, por tratarse de un delito de incumplimiento de

las decisiones legítimas de autoridad competente, que tiene como sanción una pena privativa de la libertad.

3.3. Análisis de la antijuridicidad de los efectos del despido ineficaz

Al adentrarnos en el tema de la antijuridicidad de los efectos del despido ineficaz, concordamos con el criterio del Doctor Irureta Uriarte, quien en su artículo “La noción jurídica del empleador ante el derecho del trabajo” expresa:

“La figura central del Código del Trabajo, y por cierto la más estudiada jurídicamente, es la del trabajador. Si bien en el ordenamiento laboral existen referencias directas a la empresa o al empleador, incluso algunas amparando su propio interés, no cabe duda que la mayor parte de las normas de la legislación social se enfocan a proteger al trabajador y a estructurar las consecuencias que se derivan de la prestación de servicios bajo subordinación o dependencia. Desde esta perspectiva, la figura del empleador no ha sido motivo de mayor desarrollo o análisis; es como si la legislación laboral partiera de la base que se trata de un concepto previamente conocido y sobre el cual no caben mayores distinciones o divergencias (...).”

Enunciado lo anterior podemos afirmar que ha existido un escaso interés por parte de la doctrina y la jurisprudencia de enfocarse en realizar un análisis a la figura del empleador, debido a esto es necesario indicar por qué los efectos del despido ineficaz son antijurídicos para los empleadores.

Anteriormente mencionamos que uno de los efectos del despido ineficaz es la reinstalación de la trabajadora a su puesto de trabajo.

Juan Díaz Bardelli (2010, p.275) menciona que se ha formulado una polémica sobre cuál debería ser la consecuencia jurídica cuando se recae en el despido a una trabajadora. Según el autor existe dos posturas doctrinarias, la primera corresponde a laboristas que están de acuerdo con la reinstalación del trabajador y la segunda es aquella que niega esa posibilidad, como es la del Licenciado Márquez Morales.

Con el surgimiento del despido ineficaz, la reinstalación forzosa en nuestro país se ha hecho aplicable únicamente para dos grupos de especial atención: para aquellos pertenecientes a sindicatos y, para las trabajadoras en estado de embarazo. Debemos hacer énfasis en esto, ya que no cualquier trabajador puede instar a su empleador a la readmisión en el puesto de trabajo que mantenía.

En defensa de la segunda postura podemos indicar que la reinstalación forzosa de una trabajadora es antijurídica porque altera la naturaleza del contrato. El contrato inicia como un acuerdo de voluntades y al obligar al empleador a reinstalar a una trabajadora se está dejando a un lado su voluntad.

A modo de ejemplo podemos decir que, si ninguna persona se encuentra obligada a prestar servicios sin que exista pleno consentimiento, tampoco se puede obligar a recibir dicho servicio en contra de la voluntad de la persona. Dicho de otra manera, en el caso que una trabajadora por su condición de maternidad empiece a bajar su rendimiento en las labores encomendadas y la compañía o el negocio se vea afectado, el empleador se encuentra en plena facultad de prescindir de los servicios y pagar los valores correspondientes. El problema radica, en que, en nuestra normativa, en su mayoría la balanza se inclina del lado de la trabajadora mas no del empleador al ser considerado como la parte más fuerte de la relación laboral.

Uno de los principales objetivos del derecho al trabajo es que haya cierto equilibrio entre los factores de producción. Es decir, que exista armonía entre el capital de trabajo y el esfuerzo de los trabajadores (principio de colaboración), por lo tanto, la aplicación de la reinstalación forzosa ocasionaría, en primer lugar, que se inicie una lucha de sujetos (patrono – trabajadora) al mermarse este principio y, en segundo lugar, que la pugna entre trabajadora individual y empleador trascienda a una entre empleador y sindicato.

Es así, que coincidimos con la postura del Licenciado Márquez Morales quien en su artículo Ineficacia de la reinstalación forzosa en el derecho laboral explica lo siguiente: “(...) Se ha sostenido que la imposición forzosa de un contrato de

trabajo para todo ser humano es algo positivamente intolerable e indigno que obstaculizará necesariamente el natural perfeccionamiento de las relaciones laborales al provocar situaciones de animadversión personal.”

La posición de este autor es totalmente válida ya que no compartimos el criterio de tener que reinstalar a una trabajadora que previamente fue despedida por causas que el empleador considere justificadas, mas no por su condición de embarazo. El proceso que se lleva a cabo es para argumentar y probar las razones que llevaron al empleador a tomar dicha decisión, por ende, mientras no exista sentencia, el empleador no se debería ver obligado a mantener una relación laboral impuesta por obligación o mandato de un juez con la trabajadora.

En este sentido, si mediante sentencia se ordenase el reintegro de la trabajadora en estado de embarazo y el empleador no lo cumpliera nos vemos inmersos en un caso extremo ya que ante esas situaciones nuestra legislación se rige a la aplicación del artículo 282 del Código Integral Penal que prevé una pena privativa de la libertad de uno a tres años. Al tratarse de un proceso de índole laboral, consideramos que la sanción penal en este tipo de procesos es descomunal e innecesaria.

Con todos estos antecedentes podemos decir que la obligación de reintegrar a un trabajador, infringe el derecho a la libre contratación que tiene un empleador; además la imposición de una sanción como la pena privativa de la libertad con el fin de dar cumplimiento a un reintegro laboral, a más de ser una medida exagerada, contraviene con el principio de la mínima intervención penal.

El principio de mínima intervención penal establece que, para que un conflicto ya sea civil, laboral, entre otros, se convierta en un proceso penal, debe ser “estrictamente necesario para la protección de las personas” (el subrayado es mío). Es decir, que tal como menciona el artículo 3 del Código Integral Penal, este es un último recurso que se debe aplicar en la resolución de conflictos,

por lo que, podemos decir que ante este tipo de procesos transgrede este importante principio.

En nuestra opinión, el aplicar la administración de justicia penal que por esencia es represivo y sancionador y, para este tipo de casos laborales, se trata de una medida extrema puesto que se debe procurar evitar envolver a un sujeto en un proceso donde la sanción carcelaria es superflua.

Al infundir cierto tipo de miedo a los empleadores con la creación de medidas que trastocan el tema penal, podrían ocasionar efectos negativos para las trabajadoras en estado de embarazo, lactancia e inclusive a trabajadoras jóvenes, puesto que los empresarios y/o empleadores pequeños a fin de evitar sanciones futuras, podrían considerar dejar de lado la contratación de personal femenino.

CONCLUSIONES

La legislación laboral contemporánea, se fundamenta en un conjunto de preceptos que han dotado a los vínculos laborales entre el trabajador y el empleador, de una garantía que impide la realización de actos contrarios al orden y espíritu laboral.

A nivel internacional, se han promulgado un cúmulo de instrumentos jurídicos internacionales, cuya finalidad es la de dotar a la relación jurídica contractual en el ámbito laboral, de reglas y normas de obligada observancia, para lograr que el ambiente laboral sea lo más justo posible. En este sentido, los ordenamientos jurídicos nacionales, igualmente se han preocupado y ocupado de establecer reglas jurídicas tendientes a este objetivo, pero lamentablemente mientras se sigue beneficiando únicamente a un grupo prioritario se está minorando los derechos de quienes no se consideran privilegiados.

En el Ecuador, una serie de normas, desde la propia Carta Magna, hasta normativa de inferior jerarquía, se ha pronunciado sobre los efectos del despido ineficaz por parte del empleador hacia la mujer embarazada. Esta persona, por su condición, se encuentra amparada por la Constitución, y por otro conjunto de normativas legales que imponen al empleador un conjunto de deberes para evitar desmanes con respecto a la mujer en estado de gestación.

En este sentido, el Código del Trabajo establece varios preceptos, en los que evidencia claramente las limitaciones que posee un empleador para despedir a la mujer embarazada, en cuyo caso el no respetar los principios y reglas legales establecidas, provocaría la ineficacia del despido, y por ende, tendría que adoptar un conjunto de acciones tales como la reincorporación forzosa al puesto laboral con la respectiva indemnización.

Los principios de libertad de contratación y principio de la autonomía de la voluntad se encuentran coartados con la obligación de reintegro de la trabajadora al puesto de trabajo. Además, con la imposición de sanciones totalmente exageradas como la aplicación de una pena privativa de la libertad por rehusarse a una reinstalación forzosa se viola el principio de la mínima intervención penal.

Si bien es cierto que la mujer en estado de gestación merece protección, la aplicación de sanciones excesivas a los empleadores en casos de despido podría tornarse alarmante. En primer lugar, porque desalienta al patrono a la contratación de mujeres, debido a los riesgos y costos que podría contraer a futuro. En segundo lugar, porque a pesar de someter el despido a través de un proceso de visto bueno que, dicho sea de paso, tiene causales limitadas, se corre el riesgo de que los jueces lo consideren como despido intempestivo, debido a que en nuestra legislación prevalece el principio del *in dubio pro operario*.

No obstante, ello se hace necesario una revisión de la legislación ecuatoriana, en aras de plantear una ley más justa y equitativa enfocada desde la posición del empleador. Las normas no pueden ser creadas para beneficiar únicamente a unos y dejar de lado a otros. Por lo tanto, se deben plantear pautas dirigidas a los patronos que incentiven a la contratación de mujeres.

En aras de lograr un mayor perfeccionamiento del sistema laboral nacional, se hace necesario, establecer determinados preceptos legales, en los que, demostrada la negligencia, actuar de mala fe o aprovechamiento de cualquier clase por parte de la mujer embarazada, por asumir que por su condición de embarazo no puede ser despedida, le permita al empleador adoptar medidas, dentro de las que se pueda considerar el despido sin acarrear sanciones.

No se trata de disminuir la protección que posee en la actualidad la mujer embarazada en el Ecuador, frente a posibles despidos, sino de incrementar las garantías que poseen los empleadores, ante determinados comportamientos de la mujer en estado de gestación, que puedan provocar una disminución en la calidad de la imagen o la producción de bienes y servicios de la empresa. Si bien es cierto que la mujer embarazada debe ser protegida, ciertamente el empleador, igualmente posee derechos que deben ser totalmente garantizados.

REFERENCIAS

- Aguirre Suárez, P. (2016). *Protección a la mujer en estado de gestación*. Recuperado el 10 de Agosto del 2016 de <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/punto-de-vista/1/proteccion-a-la-mujer-en-estado-de-gestacion>
- Andres, L. (2015). Las mujeres y el derecho laboral ecuatoriano desde el enfoque de género. Una mirada a la Ley de Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. *Cálamo*, p. 119.
- Añez, C. (2016). Flexibilidad laboral: ¿fin del trabajo permanente? *Telos*, p. 17.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado el 02 de Septiembre del 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.
- Aquilla Cuesta, G. (2011). La acción afirmativa y el principio de igualdad ante la ley. Cuenca, Ecuador.
- Badillo, S. (2015). Acciones afirmativas como desarrollo del derecho de participación política de las mujeres. Quito, Ecuador.
- Báñez García, F. (2017). *Guía Laboral. Actuaciones en caso de despido*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Modificación, Suspensión y Extinción del Contrato de Trabajo: Recuperado el 12 de Agosto del 2016 de http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_1_7_3.htm.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Chong Qui Toris, A. (2015). *Derecho del Trabajo*. Recuperado el 20 de Agosto del 2016 de <http://derechodeltrabajo.ec/accion-de-despido-ineficaz/>
- Código del Trabajo. (2016).
- Código Orgánico Integral Penal. (2016).
- Constitución de la República del Ecuador. (2008).

- Corte Nacional de Justicia. (2012). Recurso de Casación, 815-2011
- Corte Nacional de Justicia. (2016). *Resolución No, 05-2016 Justificación del Proyecto de Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que permite declarar de oficio la caducidad de las acciones por despido ineficaz*. Registro Oficial Suplento No. 847: Recuperado el 20 de Noviembre del 2016 de <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/suplementos/item/8367-suplemento-al-registro-oficial-no-847.html>.
- Dessler, G. (2001). *Administración de Personal*. Mexico: Pearson Educación.
- Díaz Bardelli, J. (2010). Los Actos Discriminatorios y sus Consecuencias en el Derecho Laboral.
- Federación Iberoamericana de Ombudsman. (2004). *Derechos de la mujer: II Informe sobre derechos humanos*. Madrid: Trama Editorial.
- Gatti, A. E. (2015). *Derecho del Trabajo, Manual de las relaciones individuales*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- Gonzalez Calle, F. (2017). El Despido: Ineficaz, discriminatorio y la carga de la prueba. *Novedades Jurídicas*, pp. 46-57.
- Granizo, A. (2016). Despido Ineficaz. (E. Suquilanda, Entrevistador)
- Hernández, K., & Danay, C. (2012). *Autonomía de la Voluntad*. EAE.
- Hurtado, A. L. (1991). *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Irureta Uriarte, P. (2011). Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. *Ius et Praxis*, 133-188.
- Irureta Uriarte, P. (2014). La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.
- Lora, L. (2006). *Discurso jurídico sobre el interés superior del niño*. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho: Recuperado el 2 de Abril del 2017 de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discrurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf>

- Marquez Morales, M. (2016). Ineficacia de la reinstalación forzosa en el derecho laboral. *Revista Juridica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, pp. 173-178.
- Martín Rivera, L. (2008). *El despido objetivo por necesidades de la empresa*. Madrid: Reus.
- Mayorga Rodríguez, J. (2008). *Doctrina, Teoría y Práctica en Material Laboral*. Cuenca: Carpol Primera Edición.
- Ministerio de Protección Social. (1950). *Código Sustantivo del Trabajo*. Diario Oficial No 27.622: Recuperado el 10 de Agosto del 2016 de <http://copaso.upbbga.edu.co/legislacion/Codigo%20Sustantivo%20del%20trabajo.pdf>.
- Monesterolo, G. (2014). *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano*. Loja: Dykinson.
- Organización Internacional del Trabajo (2000). *Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000*. Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado el 10 de Octubre del 2016 de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312328
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado el 6 de agosto de 2016 de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- ONU. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Recuperado el 2 de Diciembre del 2016 de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/Convention-CEDAW-Spanish.pdf>.
- ONU-OIT. (2006). *La relación de trabajo*. Informe V (1) Conferencia Internacional del Trabajo 95a. reunión, Ginebra. Recuperado el 27 de Octubre del 2016 de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>.
- Órgano de Fiscalización Superior del Estado de Veracruz. (s.f.). Estabilidad en el Empleo. *ORFIS*. Recuperado el 24 de Noviembre del 2016 de <http://www.orfis.gob.mx/wp-content/uploads/2017/05/Estabilidad.pdf>

- Pasten de Ishihara, G. (2010). La trabajadora como ciudadana de la empresa. En *Relaciones Laborales, Una visión unificadora* (pp. 218-236). Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- Quezada Guzmán, J. A. (2016). *El despido ineficaz en la legislación ecuatoriana*. Universidad de Cuenca. Recuperado el 19 de Noviembre del 2016 de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/25059/1/tesis.pdf>
- Ramírez, L. (2010). *Relaciones Laborales, Una visión unificadora*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L. p. 93
- Rojas Arévalo, R. (2015). *Teoría del Derecho (Guía de Estudio)*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 10 de Agosto del 2016 de http://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias/Guias_1471/Segundo%20Semestre/Teoria_del_Derecho_2_Semestre.pdf.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Recuperado el 02 de Diciembre del 2016 de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14730>
- Tayupanda Chucho, B. (2014). Despido intempestivo en los contratos individuales de trabajo y sus garantías constitucionales en el Ecuador. Recuperado el 19 de octubre del 2016 de <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/15515/1/TESIS%20DESPIDO%20INTEMPESTIVO.pdf>.
- Terán, M. A. (2016). ¿Libertad de contratación?. Recuperado el 06 de agosto de 2016 de <http://www.expreso.ec/opinion/columnas/libertad-de-contratacion-MA525680>
- Tribbuis. (2016). ¿Qué es la relación laboral? Recuperado el 2 de Septiembre del 2016 de <https://tribbuis.com/guia/trabajo/relaciones-laborales/que-es-la-relacion-laboral/>
- Vásquez López, J. (2004). *Derecho Laboral Ecuatoriano, Derecho Individual*. Quito: Librería Jurídica Cevallos.

ANEXOS

Anexo 1

SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencia T-549/08

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE SEGURIDAD-Terminación de contrato laboral de manera unilateral sin tener en cuenta estado de embarazo pese a que había sido notificado previamente

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Reiteración de la protección constitucional

DERECHO AL TRABAJO-Efectividad/**RELACION LABORAL**-Principios fundamentales que la rigen

La efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. De conformidad con este artículo los principios fundamentales que rigen las relaciones laborales son: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. Bajo este derrotero, la Constitución directamente protege la estabilidad en el empleo y la especial protección a la mujer en embarazo.

DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA-Derecho a reintegro y pago de indemnización

DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA-Juez debe verificar la relación de causalidad entre el despido y el estado de embarazo o lactancia

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido/**DERECHOS FUNDAMENTALES**-Existencia de otro instrumento judicial debe ser idóneo y eficaz para la protección

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Condiciones especiales de procedencia de la acción de tutela

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Se predica en cualquier relación laboral

DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA-Es ineficaz sin la correspondiente autorización

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE SEGURIDAD-Protección a mujer embarazada y orden de reintegro

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Llamado a prevención con fin vinculante a empresa de seguridad

Referencia: expediente T-1836230

Acción de tutela interpuesta por la señora
María Angélica Sánchez contra Buho
Seguridad Limitada
Magistrada Ponente:
Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado 17 Penal Municipal de Función de Control de Garantías de la ciudad de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela incoada por la señora María Angélica Sánchez contra Buho Seguridad Limitada.

I. ANTECEDENTES.

La señora María Angélica Sánchez, interpuso el trámite de esta acción de tutela, al considerar que la empresa Buho Seguridad Limitada vulneró sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la integridad física, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, a la protección constitucional a la mujer en estado de embarazo y a los derechos de su hijo que está por nacer. La acción de tutela se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Hechos

Asevera que inició una relación laboral con la empresa demandada a partir del día 7 de septiembre de 2006 en el cargo de guarda de seguridad en el horario de lunes a domingo de 6:00 a.m. a 6:00 p.m, y que firmó el respectivo contrato el día 28 de octubre de 2006.

Manifiesta que el día 28 de agosto de 2007 notificó sobre su estado de embarazo a su empleador, poniéndole de presente la prueba de laboratorio que se había practicado.

Narra que trabajó en la empresa accionada hasta el 3 de octubre de 2007, cuando su empleador le señaló que daba por terminado su contrato laboral por la configuración de una justa causa, sin embargo, estima que su despido se ocasionó por su estado de embarazo, pues cumplió cabalmente con todas sus funciones.

De igual manera, afirma que el día 1° de octubre de 2007 fue trasladada y el día 3 de octubre del mismo año fue despedida, y además la desafiliaron del sistema de la seguridad social en salud.

Por otra parte, esgrime que por sus condiciones no le ha sido posible conseguir otro trabajo, que el padre de su bebe no le colabora con ningún gasto, y que se encuentra muy afectada con la terminación de su contrato laboral por cuanto, su situación socioeconómica se hace más gravosa por las obligaciones que tiene que asumir como futura madre cabeza de familia. Agrega que no tiene los medios para su “*sustento vital*” y el de su bebe, o para realizar directamente las respectivas cotizaciones al sistema de la seguridad social en salud, y por tanto no cuenta con la atención médica que requiere.

A su vez, sostiene que su empleador no le ha cancelado los salarios, prestaciones sociales y las indemnizaciones a las que tiene derecho con ocasión de su despido.

Por lo anterior, acude a este medio, con el objeto que se le amparen los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la integridad física, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, a la protección constitucional de la mujer en estado de embarazo y a los derechos del menor que está por nacer, solicitando que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando al momento de su despido, y al pago de los salarios dejados de percibir desde el día 1° de octubre de 2007, así como el pago de las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social, sin perjuicio de otros derechos laborales a los que pudiera tener derecho.

2. Respuesta de la empresa Buho Seguridad Limitada

El señor Jorge Armando Rojas Rojas, en calidad de gerente de la empresa Buho Seguridad Limitada, solicitó denegar la acción de amparo.

Expresó que la demandante le notificó por escrito acerca de su estado de embarazo el día 29 de agosto de 2007, anexándole una prueba de laboratorio.

Señaló que el motivo de la terminación unilateral del contrato de trabajo no fue el estado de embarazo de la actora, sino su deficiente comportamiento y desempeño laboral. Al respecto, alegó que en varias oportunidades fue sancionada y advertida de las consecuencias de su conducta abiertamente contraria a sus responsabilidades, pues se le hicieron memorandos, llamados de atención y suspensión temporal del cargo por hechos sucedidos inclusive con anterioridad a la notificación del embarazo hasta la fecha en que fue despedida, ya que presentó faltas disciplinarias consistentes en: supuesto comportamiento inadecuado en las instalaciones de la empresa, evasión

del puesto de trabajo, mala presentación, incumplimiento en el horario y en las instrucciones impartidas.

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de única instancia.

Del presente asunto conoció el Juzgado 17 Penal Municipal de Función de Garantías de la ciudad de Bogotá, quien en sentencia de fecha 15 de octubre de 2007, denegó el amparo solicitado por la señora María Angélica Sánchez.

Sostuvo que la causa de la terminación laboral no se ocasionó por el estado de embarazo de la actora, y que el mismo se originó por su conducta laboral indisciplinada, insubordinada y desobediente.

La anterior sentencia no fue impugnada.

III. Pruebas.

Del material probatorio que obra en el expediente, la Sala destaca lo siguiente:

- Copia de escrito, de fecha 3 de octubre de 2007, efectuado por la señora María Eugenia Echeverría Silva, en calidad de Directora de Talento Humano de la empresa demandada, mediante el cual se da por terminado el contrato de trabajo con la actora a partir del día 3 de octubre de 2007. (Folio 4 del cuaderno original).
- Copia de examen de laboratorio realizado por Predent Salud a la demandante, de fecha 27 de agosto de 2007. (Folio 5 *ib.*).
- Copias de informes disciplinarios realizados en contra de la actora de fecha 3 de marzo de 2007, 31 de mayo de 2007, 10 de agosto 2007, 17 agosto de 2007, 4 septiembre de 2007, 13 de septiembre de 2007, 16 de septiembre de 2007, 30 de septiembre de 2007, 2 de octubre de 2007 y 3 de octubre de 2007. (Folios 18, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31 y 32 *ib.*).
- Copias de escritos realizados por el Jefe de Talento Humano de la empresa accionada, dirigidos a la actora, de fecha 5 de marzo de 2007, 7 de marzo de 2007, 1° de junio de 2007 y 18 de septiembre de 2007. (Folios 19, 20, 22, 28 y 29 *ib.*).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

La señora María Angélica Sánchez señala que laboró en la empresa accionada en el cargo de guarda de seguridad hasta el 3 de octubre de 2007, cuando fue terminado su contrato laboral de manera unilateral sin tener en cuenta su estado de embarazo, pese a que había notificado previamente acerca del mismo.

Por su parte, la empresa demandada afirma que, por el deficiente desempeño laboral de la accionante, se había configurado una justa causa para acabar la relación laboral.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a la Sala determinar si en el presente caso se cumplen los lineamientos dados por esta Corporación para proteger el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo y al mínimo vital de la actora, en razón al despido por parte de su empleador del contrato de trabajo.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, se reiterará la jurisprudencia de esta Corte acerca de la procedencia por vía de tutela para la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en razón de su embarazo.

3. La estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo. Reiteración La estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política preceptúa que el Estado debe velar por la protección especial a ciertos grupos de personas, que teniendo en cuenta sus características particulares y posición dentro de la sociedad, pueden ser susceptibles de agresión o discriminación (artículo 13 Superior), como es el caso de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo.

Esta protección se desprende de varios mandatos constitucionales y, en especial, de lo consignado en los artículos 13, 43 y 53 superiores. Según lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. No obstante, el artículo 43 Superior, consagra en favor de la mujer en estado de maternidad una protección de carácter especial al señalar que “*durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada*”. Tal protección se predica por ejemplo en el trabajo, debiendo ser amparada por la sociedad y el Estado en procura de garantizar que la vida que se está gestando, pueda a su vez desarrollarse plenamente bajo el amparo de su progenitora. De igual manera, la disposición señala que es deber del Estado apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Así mismo, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. De conformidad con este artículo los principios fundamentales que rigen las relaciones laborales son: *igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.* Bajo este derrotero, la Constitución directamente protege la estabilidad en el empleo y la especial protección a la mujer en embarazo.

Al respecto en sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte estableció lo siguiente:

“... la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones mas claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada”.

Así mismo, la Corte en sentencia T-291 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiteró que la estabilidad laboral reforzada es “*un derecho fundamental¹, que se deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por ocasión del embarazo² y que*

¹ Posición reiterada en las sentencias T-1177 y T- 286 de 2003.

² Sentencia T-778 de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero. Esta sentencia ha sido reiterada, entre otras sentencias, en las siguientes: T-568 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-710 de 1996, MP. Jorge Arango Mejía; C-470 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero; C-373 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-141 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa; T-497 de 1993, MP. Fabio Morón Díaz; T-119 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-606 de 1995, MP. Fabio Morón Díaz; T-311 de 1996, MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-426 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero; T-174 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra y T-315 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-771 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, T-778 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, T-664 de 2001, MP Jaime Araujo Rentarías, T-1101 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-167 de 2003 MP Manuel José Cepeda, T-501 de 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández, T-063 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández.

*implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación o de lactancia*³.

Por ende, la mujer en embarazo por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. Esta conclusión deriva, tal y como lo precisamos anteriormente, de una interpretación sistemática de los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer, como gestadora de vida, ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del *nasciturus*, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión pueda ser objeto de discriminación de género.

De conformidad con lo anterior, la legislación colombiana ha reforzado la protección constitucional a la maternidad, con una serie de beneficios que amparan a las madres trabajadoras y ha consagrado la prohibición de despido por motivo de embarazo o lactancia⁴.

Así mismo, por presunción legal se entiende que el despido se efectuó por causa de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los 3 meses posteriores al parto y sin autorización del inspector del trabajo o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario, independientemente de la clase de relación laboral que exista⁵.

De igual manera, esta Corporación en sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló que el despido en los períodos legalmente amparados dentro de la maternidad y de la lactancia, sin que medie autorización previa del funcionario competente, será considerado nulo. En lo pertinente, la providencia dijo:

“(...) carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.”

En consecuencia, si una trabajadora es despedida por su empleador y este no cuenta con la autorización administrativa para proceder al retiro, tiene derecho a ser reintegrada y al pago de una indemnización conformada por los siguientes factores: (i) el equivalente a los salarios de 60 días; (ii) 12 semanas de salario como descanso

³ Sentencia T-373 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Modificado por el artículo 35 Ley 50 de 1990.

⁵ Artículo 240 Código Sustantivo del Trabajo.

remunerado, y (iii) Las indemnizaciones por retiro sin justa causa y prestaciones a que hubiere lugar según la modalidad del contrato⁶.

Igualmente, la Corte ha sido enfática en señalar que *“en tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo, toda vez que al margen del tipo de relación laboral que este operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal”*⁷.

De allí, que el juez constitucional deba verificar sobre la situación concreta, si existe relación de causalidad entre el despido y el estado de embarazo o lactancia de la trabajadora, que trasladen la controversia legal al plano constitucional, donde será por la afectación a derechos fundamentales de ésta y/o del recién nacido o por nacer, que el amparo a los mismos deba ser dado en acción de tutela. Para esta labor, la Corte Constitucional ha trazado unas condiciones especiales para la procedencia del amparo por vía de tutela.

4. Condiciones especiales para que proceda el amparo de estabilidad laboral reforzada por vía de tutela de mujeres en estado de embarazo. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de la Corte, ha manifestado que por regla general, la acción de tutela no procede para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, como quiera que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria, en caso de empleados privados o trabajadores oficiales y, la acción contenciosa ante la jurisdicción contencioso administrativa para las empleadas públicas.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha establecido⁸ que si se alega que existe otro instrumento judicial, aquel debe ser idóneo y eficaz, que permita la protección inmediata de los derechos fundamentales de la misma forma en que lo haría la acción de tutela.

En esta medida, si una mujer en estado de embarazo es despedida, la Corte ha señalado que a fin de proteger el derecho constitucional a la estabilidad laboral

6 Artículo 239 Código Sustantivo del Trabajo.

7 Ver las sentencias T-873 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-889 de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería, T-862 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, T-550 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Al respecto confróntense las Sentencias T-1236/04, T-063/06, T-381/06 y T-195/07 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

reforzada, la acción de tutela procede siempre y cuando se encuentren acreditados los siguientes requisitos: ⁹

“a) que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo).

“ b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley.

“ c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique.

“d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública.

“ e) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.”

En suma, para que proceda la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de la mujer embarazada, es necesario que se cumplan las condiciones descritas anteriormente, con el fin de determinar, si el despido tiene una relación directa con el embarazo y saber si se configura un acto discriminatorio injusto, que tiene como consecuencia la aplicación de la presunción de despido en razón del embarazo, con la consecuente ineficacia del mismo y la posibilidad de obtener el reintegro la mujer afectada ¹⁰.

Además, esta Corporación ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada se predica en cualquier relación laboral. Sobre este punto, la sentencia T-1008 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, indicó lo siguiente:

“Como se señaló inicialmente, la estabilidad laboral se predica de todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el patrono sea público o privado; pues lo que se busca es asegurarle al trabajador que su vínculo no se romperá de manera abrupta y por tanto su sustento y el de su familia no se verá comprometido por una decisión arbitraria del empleador.”¹¹

9 Acerca de estos requisitos pueden consultarse las Sentencias T-373/98, T-426/98, T-874/99; requisitos que han sido aplicados por la jurisprudencia de la Corte en las recientes Sentencias: T-002, T-014, T-053, T-063, T-070, T-381, T-619 y T-1040 de 2006 y las T-056, T-069, T-071, T-195, T-221, T-465, T-546, T-561 y T-761/07 de 2007.

10 Sentencia T-1040/06.

11 Sentencia T-1003/06.

Por su parte, la Corte en sentencia T-1177 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, reiteró que:

*“en tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo. Así lo expuso esta misma Sala al considerar en una oportunidad anterior, que al margen del tipo de relación laboral que este operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal”.*¹²

5. Caso concreto.

La actora manifiesta que se vinculó con la empresa demandada a partir del día 7 de septiembre de 2006, y se desempeñó en el cargo de guarda de seguridad. Considera vulnerados sus derechos fundamentales por la terminación unilateral de su contrato laboral el día 3 de octubre de 2007, pese a que previamente había notificado acerca de su embarazo.

Por su parte, la empresa accionada señala la actora fue despedida el día 3 de octubre de 2007 y que previamente tuvo conocimiento acerca del estado de la demandante, por cuanto la señora Sánchez, el día 29 de agosto de 2007, radicó un escrito y anexó una prueba de laboratorio en tal sentido.

De lo anterior se desprende que la relación laboral finalizó el día 3 de octubre de 2007, cuando la accionante se encontraba embarazada, y por tanto se concluye que la terminación de la relación laboral se produjo durante la gestación de la demandante, cuya situación era conocida por la empresa accionada.

Por otro lado, la empresa demandada asegura que el estado de embarazo no fue el motivo de la terminación laboral, sino que ello obedeció por el reiterado incumplimiento de las obligaciones de la demandante y su deficiente desempeño, pues señala que había sido amonestada, sancionada y advertida de las consecuencias de su comportamiento, y por tanto, a su parecer, se configuró una justa causa que validaba su determinación, para lo cual aportó ciertos documentos con los que pretende demostrar la conducta *“abiertamente contrarios (sic) a sus responsabilidades laborales y a la naturaleza especial del servicio de seguridad y vigilancia”*,

Sin embargo, tal y como precisamos en la parte considerativa, el despido de una mujer en estado de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es ineficaz sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente, pues de lo

12 Ver las sentencias T-873 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-889 de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería, T-862 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, T-550 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

contrario opera la presunción consagrada en el artículo 239 C.S.T., el cual dispone que: “Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente”.¹³

La Sala observa que la empresa demandada no cumplió con el procedimiento señalado para terminar unilateralmente el vínculo laboral de la actora, pues no obra en el expediente que el despido se hubiere realizado mediante autorización expresa del respectivo inspector de trabajo, y por consiguiente debe darse aplicación a la presunción de despido por causa de su gestación.¹⁴

Por otra parte, téngase en cuenta que la accionante aseveró que por sus condiciones no le ha sido posible conseguir otro trabajo, agregando que el padre de su hijo no le colabora con ningún gasto, y que adicionalmente su situación socioeconómica se hacía más gravosa por las obligaciones que tiene que asumir como futura madre cabeza de familia, puesto que se encuentra en dificultades para: (i) cancelar directamente las respectivas cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, y por ende no cuenta con la atención médica que requiere (ii) atender su “*sustento vital*” y el de su bebe.

Al respecto, esta Corporación ha sido enfática en sostener que la desvinculación de mujeres amparadas por el fuero de maternidad afecta su subsistencia y la de su hijo por nacer, lo que genera conflictos que la sitúan en un estado total de indefensión. La anterior situación de desprotección genera que el debate trascienda a la órbita constitucional, dando cabida a la intervención del juez de tutela para proteger el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo.¹⁵

Por lo expuesto, esta Sala de Revisión, considera que en el caso objeto de estudio se encuentran demostrados los requisitos exigidos para la procedencia de la acción de tutela con el fin de amparar los derechos de las mujeres gestantes o en período de lactancia dada la especial protección constitucional con la que cuentan.

En este marco de ideas, la Sala protegerá los derechos a la condición especial de la mujer embarazada y el mínimo vital de la accionante, y se ordenará el correspondiente reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía, si no lo ha hecho todavía y si la actora así lo desea, al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente o superior, en las mismas o mejores condiciones. Adicionalmente, la empresa Buho Seguridad Limitada deberá reconocer a la señora María Angélica Sánchez los salarios dejados de percibir durante la interrupción laboral, como quiera que el despido es ineficaz. Del mismo modo, deberá reanudar el pago las

¹³ Cfr. T-195/2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-063/2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-362/1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-375/2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-021/2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ En este sentido consultar, entre otras, sentencias T-1084 de 2002, M.P., Eduardo Montealegre Lynett y T-416 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁵ Sentencia T-1040 de 2006.

cotizaciones a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales de la actora, los cuales no podrán ser presentados como una nueva afiliación. También deberá cancelar la correspondiente licencia de maternidad a la que tuviere derecho, si ésta no es asumida por otra empresa o entidad.

Asimismo, se hará un llamado a prevención al representante legal de la empresa accionada, para que en lo sucesivo evite incurrir en conductas como las que generaron esta acción de tutela y se abstenga de desproteger a los trabajadores que jurisprudencial y legalmente están cobijados por una estabilidad laboral reforzada, incluyendo las mujeres en estado de embarazo.

Este llamado debe entenderse con un fin vinculante que tiene consecuencias jurídicas y no puramente teórico, como ya se ha expresado por esta Corporación:

"El efecto de una advertencia judicial en el sentido de que la persona o autoridad contra la cual se instauró la tutela deje de incurrir en las conductas objeto de reproche no tiene un alcance puramente teórico ni puede entenderse como la absolución del comportamiento del implicado frente a sus obligaciones constitucionales.

"Por el contrario, quien es reconvenido por el juez de tutela, aunque ésta no se otorgue en razón de la carencia actual de objeto de la orden, tiene una sentencia judicial en su contra, previo proceso en el cual se ha demostrado que por su acción u omisión se generó el daño o se produjo la amenaza de derechos fundamentales. Por tanto, de una parte, debe responder, con arreglo al sistema jurídico vigente y según la magnitud de la conducta que le sea imputable, tal como resulta del artículo 6 de la Constitución Política.

(...)

*Pero, además, la advertencia judicial implica también una orden judicial vinculante, con efectos directos sobre la autoridad, ente o persona a quien se dirige, bajo el entendido de que su desobediencia ocasiona las sanciones contempladas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, previo incidente de desacato".*¹⁶

En consecuencia, la Sala revocará el fallo de única instancia, y procederá a amparar los derechos fundamentales de la señora María Angélica Sánchez.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

16 Corte Constitucional, Sentencia T-555/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Acerca de casos en los cuales la Corte ha ordenado llamados a prevención pueden consultarse las Sentencias: T-649/96, T-480/97, SU/480/97, T-123/98, T-302/98, T-534/98, T-590/98, SU-360/99, SU-601A/99, T-863A/99, T-889/99, T-179/00, T-1100/01, T-558/03, T-951/03, T-161/04 o T-840/07, entre otras.

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo adoptado el 15 de octubre de 2007, por el Juzgado 17 Penal Municipal de Función de Control de Garantías de la ciudad de Bogotá, mediante la cual denegó el amparo solicitado por la señora María Angélica Sánchez dentro del trámite de la acción de tutela instaurada contra la empresa Buho Seguridad Limitada, y en su lugar **CONCEDER** los derechos fundamentales de la señora María Angélica Sánchez a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y al mínimo vital.

SEGUNDO.- ORDENAR a la empresa Buho Seguridad Limitada, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre a la señora María Angélica Sánchez, si no lo ha hecho todavía, y si la actora así lo desea, al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente o superior en las mismas o mejores condiciones. Adicionalmente, la empresa Buho Seguridad Limitada deberá reconocer a la señora María Angélica Sánchez los salarios dejados de percibir durante la interrupción laboral, como quiera que el despido es ineficaz.

TERCERO.- ORDENAR a la empresa Buho Seguridad Limitada, que se reanude el pago las cotizaciones a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales de la señora María Angélica Sánchez. Tales pagos no podrán ser presentados como una nueva afiliación.

CUARTO.- ORDENAR a Buho Seguridad Limitada, que cancele a la señora María Angélica Sánchez la correspondiente licencia de maternidad que tuviere derecho, si ésta no es asumida por otra empresa o entidad.

QUINTO.- PREVENIR al representante legal de la empresa Buho Colombia Limitada y a todos los funcionarios que lo representan, para que en el futuro se abstengan de incurrir en las conductas que dieron origen a la presente acción de tutela.

SEXTO. LÍBRESE por Secretaria General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

Anexo 2

Entrevista realizada al laboralista, Doctor Adsrúval Granizo

1.- ¿Qué es para usted el despido ineficaz?

Lo que podría yo decirle es que en la doctrina entre otros, Mario de la Cueva, sostiene que existen dos clases de estabilidad, una de carácter absoluta y otra de carácter relativa.

La estabilidad absoluta para el mexicano Mario de la Cueva, sería la imposibilidad que tiene el empleador de dar por terminado un contrato de trabajo. Él, luego de hacer varias reflexiones, termina indicando que esta posición o esta clase de estabilidad no sería tan ventajosa, inclusive para el propio trabajador o trabajadora si tiene que trabajar siempre para un empleador. En todo caso dimensiona que esta es una de las estabilidades más importantes que puede tener la persona y por tanto admite que si un trabajador o trabajadora ingresa a un puesto de trabajo, la forma más adecuada que debe existir para dar por terminado el contrato de trabajo sería que el trabajador cumpla con el tiempo que establece la ley para obtener la jubilación y que por obtener esta se retira del trabajo.

Cuando habla de la estabilidad relativa, señala que hay formas de dar por terminado de manera legal un contrato de trabajo. Si el empleador no observa esas formas legales y da por terminado el contrato de trabajo por sobre esas formas legales, entonces las legislaciones, en Iberoamérica especialmente, admiten esa forma de terminar, pero imponen sanciones indemnizatorias (...)

Que hace la legislación ecuatoriana, establece también un apartado en el que sanciona con indemnizaciones cuando el empleador de manera unilateral ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo y ahí hay algunas gamas y algunas situaciones que se relacionan con la institución del despido intempestivo.

Entonces, como entender la reforma al Código de Trabajo en relación al art. 195 y toda la institución del despido ineficaz desde mi particular modo de ver, es que el legislador lo que hizo es dar una respuesta a la estabilidad de la mujer trabajadora en estado de embarazo y del dirigente sindical, que si se produce mirando los aspectos que establece el Código del Trabajo, un despido, este no tendría validez y al no tener validez repito a mi criterio estamos en el caso de la estabilidad absoluta y claro ahí pone una serie de presupuestos con respecto a la mujer embarazada.

Por ejemplo, se ha discutido mucho si el empleador al momento de despedir a la mujer embarazada debe conocer el estado del embarazo previamente notificado por parte de la trabajadora o no lo debe conocer, esta ha sido una discusión desde hace mucho tiempo. Frente a esto hace un par de meses la Corte Nacional, a través de la Sala Laboral, aprobó triples fallos reiterados sobre ese aspecto y se ha pronunciado señalando que el convenio 103 de la OIT expresa que la mujer embarazada para obtener permisos de licencia por su estado de embarazo debe hacer conocer al empleador de que su estado es de embarazo.

El código de Trabajo señala que la trabajadora debe hacer conocer mediante notificación impresa a su empleador de su estado de embarazo para justamente garantizar que si el empleador, conociendo el estado de embarazo despidió a la trabajadora entonces la trabajadora tiene derecho a las indemnizaciones que se establece. ¿Cómo ha entendido la sala de lo laboral de la Corte Nacional de Justicia en relación a estos aspectos? Ha entendido que lo que dice el Código del Trabajo hay que cumplirlo. Es decir, cuando ella ya lo conoce debe hacer conocer a su empleador, pero también en el fallo se dice el empleador no podría alegar que no ha sido notificado con el hecho de que la señora trabajadora está en estado de embarazo si este es notorio.

En resumen quiere decir que el empleador puede despedir es decir la facultad esta ahí porque esta tolerada por el código de trabajo pero si la mujer demanda la mujer trabajadora en estado de embarazo por ejemplo o el dirigente sindical demandan la declaratoria del despido ineficaz tiene tanto la señora en estado de embarazo como el dirigente sindical que probar en juicio, un juicio sumario con términos reducidos de que el despido fue ineficaz.

2.- ¿Qué efectos produciría para un empleador la aplicación del despido ineficaz? ¿Cree usted que los deja en desventaja frente a la mujer embarazada?

Realmente el criterio de los empleadores tiene que ser investigado a nivel de ese sector, yo lo que puedo ver es la institución desde el ámbito jurídico. Desde el ámbito jurídico lo que le puedo decir es que en el tema de la mujer embarazada me parece que la tutela no solo está dirigida a ella sino, fundamentalmente la tutela se amplía al producto de la concepción, a la criatura que está en el vientre materno de una mujer trabajadora y; por tanto me parece que ahí el derecho fuerte que tutela el despido ineficaz es el derecho al interés superior del niño.

Si una señora en estado de embarazo es despedida de manera ilegal, está despidiendo a una señora que está en estado de embarazo, el cual el empleador tiene conocimiento. Lo que está haciendo el Código del Trabajo es

más bien potenciando el derecho preventivo laboral es decir, incrementando las indemnizaciones, no para que la señora cobre esas indemnizaciones sino para que la señora potencie la estabilidad y no sea movida su puesto de trabajo.

3. ¿Cuál es su criterio sobre la sanción penal en caso de no reintegrar a la trabajadora?

A mí me parece que eso está dentro del derecho penal laboral, o sea note usted que la Constitución en definitiva prohibió el fraude laboral y lamentablemente no se ha dictado una normativa adecuada, pero se ha dictado algo.

Si el despido ineficaz está proscrito, lo que hace el Código de Trabajo es desarrollar la norma constitucional, porque la norma constitucional dice: “se prohíbe el despido de la mujer en estado de embarazo”. Por tanto lo que está haciendo el Código de Trabajo es regular eso (...)

Hay una especie de ruptura entre parte empleador y parte trabajador y las señoras prefieren acogerse a las indemnizaciones previstas en el Código de Trabajo. Pero si mañana o pasado a una señora le interesa continuar trabajando y el empleador no lo permite me parece terrible porque no creo que un empleador llegue a hacer eso, a desobedecer la norma cuando de por medio puede tener una sanción de carácter penal.

Cuando el despido era libre, lo que el empleador sabía era que despidiéndole y pagando la indemnización no hay poder humano para que el trabajador se pueda quedar en su trabajo. Por ejemplo, cuando los trabajadores observan que una trabajadora comete algo grave en contra de la empresa dice: yo no puedo estar siguiendo un trámite de visto bueno que me demora tantos días porque un día más de esa persona en la empresa puede ser tan dañino, dice yo prefiero pagar indemnizaciones y lo despido, pero sabe que pagando indemnizaciones termina la relación laboral. En el despido ineficaz queda a la voluntad de la trabajadora en el caso de la mujer embarazada y del dirigente sindical.

4.- ¿Cree usted que la mujer por su condición de embarazo puede generar un abuso en la parte laboral para no cumplir con su trabajo?

Habría que analizar cada caso. El despido por sí puede generar un abuso, por ejemplo un trabajador que no está amparado por el despido ineficaz que busca del empleador que le despida para obtener indemnizaciones ilegalmente ahí sí yo podría ver pero el empleador no va a caer en trampas de un trabajador que no tiene ética y que busque un despido y empleador un poco de manera yo

diría muy infantil cae en las trampas del trabajador. Porque si el trabajador busca el despido intempestivo definitivamente lo que va a caer es en una falta de propiedad y causa de visto bueno y va a terminar el contrato de trabajo.

5.- En Colombia, país que tiene una legislación similar a la ecuatoriana nuestra existe un caso en el que una trabajadora fue notificada varias veces por ineficiencia en las labores. En primera instancia le dieron la razón al empleador porque existían pruebas de ineficiencia pero interpuso una acción constitucional la misma que en sentencia le dio la razón a la trabajadora y obligo al empleador a reintegrarla. ¿Cuál es su opinión frente a este caso toda vez que se privilegia a la mujer embarazada?

No conozco el caso completo pero podemos traerle a nuestro medio, aquí si una señora incurre en causal de visto bueno es decir por ineficiencia en el trabajo el inspector de trabajo va a declarar esa ineficiencia y la trabajadora lo que tiene derecho es a impugnar ese visto bueno y si ella en juicio demuestra que no había ineficiencia el juez de derecho va a declarar que ese visto bueno fue ilegal y por tanto va a mandar apagar indemnización pero si la trabajadora no demuestra, no aporta prueba y se consolida la decisión del inspector de trabajo de que hubo ineficiencia en el trabajo o por parte de la trabajadora, le va ir muy mal la trabajadora se va ir a su casa sin indemnizaciones de ninguna naturaleza

La acción de tutela en Colombia tiene una amplitud mucho más fuerte que la nuestra, que nuestras acciones jurisdiccionales lo que tiene el empleador es para acudir con acción extraordinaria para que se revise la constitucionalidad de las sentencias de la justicia ordinaria.

6.- Como estamos en un mundo que camina hacia la globalización ¿Qué opina usted sobre la flexibilidad laboral?

La flexibilidad laboral en nuestro medio y en el mundo tiene una historia bastante larga. A finales de los 80 se reunieron ejes económicos mundiales y terminaron mirando que había un derecho laboral muy duro y fuerte y que esto no ayudaba para las relaciones económicas nacionales e internacionales. Luego se ratificó este criterio en el consenso de Washington en 1990, el Gobierno del Presidente Borja en el Ecuador y a partir de 1990 se introducen en el Ecuador varias normas de flexibilización laboral entre otras la ley de la maquila, luego surge el contrato por horas y se precarizan muchos contratos.

En todo caso, con el paso del tiempo, observe usted que la Asamblea Constituyente del 2008 va a eliminar la tercerización intermediación laboral, contrato por horas y va a determinar que la relación laboral sea directa hasta llegar acá, a este punto donde estamos en el derecho y hay dos posiciones. La posición de los empleadores es que este derecho que ha construido el Ecuador en materia laboral no ayuda para el manejo empresarial, sin embargo los trabajadores desde su punto de vista consideran que hay muchas normas que no ayudan para tener lo que dice la Constitución, una vida digna, desde el ámbito de los trabajadores, entonces ahí me parece que hay intereses

encontrados y hay una posición desde los trabajadores y hay una posición desde los empleadores.

Los jueces lo que hacemos es cumplir con el ordenamiento jurídico existente y en lo demás nosotros no entramos a opinar, no miramos las posiciones que existen de uno y otro lado. Lo que hacemos nosotros es aplicar la normativa, aplicar los principios constitucionales, del modo que como están establecidos en nuestra Constitución, donde tenemos un constitucionalismo diferente del anterior.

Lo que yo le podría decir es que, por ejemplo, la OIT cuando hace la declaración el 2008 sobre justicia social es decir, globalización con justicia social, acepta que hay una realidad económica que es la globalización y allí establece parámetros como debe ser entendida y como deben ser entendidos los derechos de los trabajadores (...)

7.- ¿Qué opina usted sobre la libre contratación?

Me parece que hay una confusión allí. Me parece que ese es un derecho que tiene que ser entendido con el concepto de la contratación laboral. Porque la libre contratación tiene sus límites, el trabajador por ejemplo se elimina el desahucio para el empleador, pero no se elimina el desahucio para el trabajador porque el trabajador está tutelado por un principio que es derecho de libertad de contratación. Es decir, el trabajador puede presentar la notificación de su terminación en la relación laboral cuando él crea conveniente. Ahora, la libre contratación desde el ámbito de la empresa tiene que atenerse a los parámetros que están establecidos en el Código de Trabajo y en la Constitución.

Tiene que contratar respetando por ejemplo, el mínimo vital, no puede contratar un empleador pagando menos del mínimo vital; tiene sus regulaciones y tiene que observarse eso. El empleador tiene la potestad para aceptar o no aceptar una relación contractual. Mire usted, si un empleador necesita 20 trabajadores podrá hacer un llamado para 20 trabajadores y pueden concurrir 1000 trabajadores. La libre contratación le da la posibilidad de que él decide a que trabajador lo recibe.

Solo le quedaría al empleador, que si el trabajador no cumple adecuadamente sus funciones dar por terminado el contrato de trabajo según las causas que establece el código de trabajo entonces creo que esa libre contratación ahora si se quiere entender la libre contratación como la posibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo sin causa eso ya es una tesis que tiene que llevar los empresarios a la norma (...)

8. ¿Cree usted que las sanciones para el despido ineficaz pueden ocasionar que se deje de contratar mujeres jóvenes con el fin de evitar este tipo de problemas en su empresa? ¿Cree usted que genere discriminación para las mujeres?

Eso podría terminar a que se dicten normas como el tema de las personas con discapacidad. Que la ley imponga si definitivamente se observa que hay una limitación en el acceso de la mujer a los puestos de trabajo podría terminar en que la Asamblea Nacional dicte una norma en la cual establezca porcentajes obligatorios de ingreso al trabajo. Pero en principio claro que puede ocurrir esto. (...)

