



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE UN
DESPIDO INTEMPESTIVO EN CONTRA DE UNA MUJER EMBARAZADA

AUTOR

José Eduardo Arévalo Ases

AÑO
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE UN
DESPIDO INTEMPESTIVO EN CONTRA DE UNA MUJER EMBARAZADA

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República

Profesor Guía

Msc. Wilson Guillermo Ortega Caicedo

Autor

José Eduardo Arévalo Ases

Año

2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido el trabajo “Los efectos Jurídicos de la declaratoria de ineficacia de un despido intempestivo en contra de una mujer embarazada”, a través de reuniones periódicas con el estudiante José Eduardo Arévalo Ases en el semestre 2018-1, 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.

Wilson Guillermo Ortega Caicedo

Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social Internacional

C.C. 1712442670

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado este trabajo “Los efectos Jurídicos de la declaratoria de ineficacia de un despido intempestivo en contra de una mujer embarazada”, en el semestre 2018-1, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Jean Christophe Lievain Dutron

Máster en Derecho

C.C. 1726146382

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Yo, José Eduardo Arévalo Ases, 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.

José Eduardo Arévalo Ases

C.C: 172204515-8

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios quien ha guiado mis pasos en todo momento y me dio la fuerza necesaria para cumplir esta meta.

Les agradezco a mis padres quienes han sido mi pilar fundamental en la vida, gracias a su esfuerzo y sus enseñanzas he podido cumplir mis sueños.

DEDICATORIA

Le dedico este triunfo a mi abuelo José Eduardo que en paz descansa a quien finalmente le pude cumplir con la promesa que le realice antes de su partida.

Le dedico este trabajo también a mi madre quien ha sido mi pilar fundamental en la vida, a mi padre quien me ha apoyado y me ha dado las fuerzas necesarias para seguir adelante. A mis hermanas que son el regalo más lindo que la vida me dio.

RESUMEN

Este trabajo responde a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia de un despido intempestivo y sus consecuencias respecto del procedimiento a seguir por parte de las mujeres embarazadas que ha sido victimizadas? Para contestar esta pregunta el primer capítulo se desarrolló la idea de los grupos de atención prioritaria, su protección constitucional de acuerdo con lo establecido por la Constitución de la República del Ecuador y las garantías que permiten ser una figura eficiente al despido ineficaz. En el segundo capítulo se desarrolló ampliamente el alcance de cada uno de los efectos jurídicos contemplados en el Código del Trabajo, así como también se explicó sus respectivos procedimientos. En el tercer capítulo se realizó un análisis respecto de las contradicciones normativas que existen respecto de la convocatoria a audiencia única y el desarrollo del procedimiento mediante el cual se debe escuchar la voluntad de la trabajadora de reintegrarse o de dar por terminada la relación laboral. De igual manera en este capítulo se propone soluciones para estas problemáticas jurídicas.

ABSTRACT

This work answers the following question: What are the legal effects of the declaration of ineffectiveness of an untimely dismissal and its consequences regarding the procedure to be followed by pregnant women who have been victimized? To answer this question, the first chapter developed the idea of the priority attention groups, their constitutional protection in accordance with the provisions of the Constitution of the Republic of Ecuador and the guarantees that allow an efficient figure to ineffective dismissal. In the second chapter the scope of each of the legal effects contemplated in the Labor Code was widely developed, as well as its respective procedures. In the third chapter, an analysis was made regarding the normative contradictions that exist regarding the convocation to a single hearing and the development of the procedure by which the worker's will to reintegrate or end the employment relationship must be heard. In the same way, in this chapter we propose solutions for these legal problems.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO. I. ESPECIAL PROTECCIÓN A LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO, LACTANCIA O ASOCIADO A SU CONDICIÓN DE GESTACIÓN O MATERNIDAD Y SU APLICACIÓN EN OTRAS LEGISLACIONES.....	3
1.1. Mujeres en estado de embarazo, lactancia o asociado a su condición de gestación o maternidad como grupo de atención prioritaria.....	3
1.1.1. Condición de Vulnerabilidad	3
1.1.2. Atención Prioritaria.....	4
1.1.3. Grupos de Atención Prioritaria	4
1.1.4. Protección Constitucional a los Grupos de Atención Prioritaria	5
1.1.5. Protección Constitucional a las mujeres embarazadas como grupos de atención prioritaria	6
1.2. Principio de Inamovilidad Laboral y Estabilidad Laboral, conceptos y diferencias.....	8
1.2.1. Principio de Inamovilidad laboral	8
1.2.2. Garantía de Estabilidad Laboral.....	10
1.3. El Despido Ineficaz y su aplicación en la Legislación Comparada:.....	11
1.3.1. Concepto de despido ineficaz:	11
1.3.2. España:.....	13
1.3.3. Alemania:	14
1.3.4. Perú:	15
1.3.5. Colombia:.....	16
1.3.6. Ecuador:	17
2. CAPÍTULO II. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA	

DEL DESPIDO EN CONTRA DE MUJERES TRABAJADORAS EN ESTADO DE EMBARAZO, LACTANCIA O ASOCIADO A SU CONDICIÓN DE GESTACIÓN O MATERNIDAD Y SUS PROCEDIMIENTOS	19
2.1. Concepto de efecto jurídico y su enfoque sobre la protección de la mujer embarazada en el despido ineficaz	19
2.2. Efectos jurídicos del despido ineficaz contemplados en el Código del Trabajo.....	20
2.2.1. Pago de remuneraciones pendientes con recargo:.....	20
2.2.2. Extinción de la relación laboral	21
2.2.3. Indemnización por despido ineficaz:	22
2.2.4. Reintegro:	23
2.2.5. Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente ..	27
3. CAPÍTULO III. INCONSISTENCIAS PROCESALES Y FALTA DE PROCEDIMIENTO PARA LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA TRABAJADORA.....	29
3.1. Inconsistencias Procesales debido a la contradicción normativa entre la aplicación de plazos o términos para la convocatoria a audiencia única por despido ineficaz.....	30
3.1.1. El Plazo Procesal, concepto y características:	30
3.1.2. El Término Procesal, concepto y características:	31
3.1.3. Antinomia entre el Código del Trabajo y el Código Orgánico General de Procesos.....	32
3.1.4. Análisis de la antinomia y su procedimiento de resolución	33
3.2. Insuficiencia de Procedimiento para la manifestación de la voluntad de la trabajadora en	

un despido ineficaz:	36
3.2.1. Posibles momentos procesales para la manifestación de la voluntad de la trabajadora:.....	37
3.2.2. Voluntad de la trabajadora de no continuar la relación laboral incluso después de declarada la ineficacia del despido y su procedimiento:	38
4. CONCLUSIONES	39
REFERENCIAS	42

INTRODUCCIÓN

El despido ineficaz es aquella protección legal que prohíbe que una mujer en estado de embarazo, lactancia o asociado a su condición de gestación o maternidad sea despedida sin una justificación legal, por el hecho de su condición. La inclusión de la figura del despido ineficaz en la legislación ecuatoriana busca concretar la adecuada tutela de los derechos de mujeres embarazadas en concordancia con lo establecido por la Constitución de la República del Ecuador. A lo largo del presente ensayo, cuando mencionemos mujeres embarazadas se deberá entender que nos estamos refiriendo también a las mujeres en estado asociado a su condición de gestación, maternidad o lactancia.

En nuestro país, gradualmente se ha ido generando un avance significativo en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores. Esto ha ido de la mano con la promulgación de nuevas leyes que se desarrollan ante las nuevas necesidades de los trabajadores para protegerlos de mejor manera. Estas reformas se van integrando dentro de nuestro Código del Trabajo que data del año 2005 pero que ha sufrido ya varias reformas.

Dentro del derecho laboral, existen cuerpos normativos que recopilan las obligaciones, los derechos y las formas de terminación de estas relaciones laborales, supuestos que al cumplir con los requisitos pueden dar por terminados contratos de trabajo. En el caso del Ecuador, el Código del Trabajo como ya se lo mencionó en el párrafo precedente es el cuerpo normativo vigente que se encarga de regular todas las relaciones que pueden llegar a presentarse durante la ejecución de una relación laboral, sus formas de resolución y establecer parámetros mínimos de defensa de derechos tanto de trabajadores como de empleadores. El Código del Trabajo ecuatoriano, dentro de sus disposiciones se encarga de regular las relaciones laborales que se presentan con mujeres embarazadas, grupo de atención prioritaria en el cual se enfoca este ensayo.

Las mujeres embarazadas de acuerdo con la normativa constitucional deben ser consideradas como un grupo de atención prioritaria. Por ello deben

mantener un resguardo aún mayor que la de los demás trabajadores en cuanto a la protección de sus derechos, lo cual se convierte en una obligación para el estado ecuatoriano. El despido ineficaz en nuestra legislación se fundamenta en el principio de inamovilidad laboral que es una garantía adicional a la de la estabilidad laboral. Se analizará como la inamovilidad laboral garantiza la prohibición de despido intempestivo a las mujeres en estado de embarazo. No obstante, se debe recalcar que esta garantía del despido ineficaz no se contrapone con el despido de una mujer embarazada previo trámite de visto bueno ya que esta opción es totalmente posible siempre que el empleador pueda probar sus fundamentos.

Se analizará la aplicación de figuras similares de protección de los derechos laborales de mujeres embarazadas en otras legislaciones, tanto de Sudamérica como de Europa. Su denominación y sus alcances de protección. El Ecuador ha brindado una adecuada protección para estos casos en comparación con otras legislaciones, ya que estipula que no sólo aplica para el estado de gestación sino también para sus condiciones asociadas e inclusive la etapa de lactancia.

En el segundo capítulo del presente ensayo se explicará de una manera más detallada cada uno de los efectos jurídicos contemplados en la normativa vigente. Las sanciones que pueden ser impuestas a los empleadores que incumplen con lo dispuesto por los jueces, inclusive pudiendo ser aplicables sanciones de índole penal en estos casos y las medidas cautelares que pueden ser dictadas por los jueces para garantizar el reintegro de la trabajadora.

El primero de los problemas jurídicos de este ensayo es que entre las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos y el Código del Trabajo existe una contradicción en referencia al tiempo de la convocatoria a audiencia única por despido ineficaz. Esta contradicción será analizada ya que esto genera como consecuencia la inaplicabilidad de una de ellas. En esta etapa se aportará una posible solución a la mencionada contradicción para que exista coherencia y correlación normativa.

El segundo de los problemas jurídicos desarrollados en este ensayo se referirá a la falta de procedimiento frente a la posibilidad que plantea la norma de que la mujer trabajadora decida si frente a un despido ineficaz desea reintegrarse o dar por terminada la relación laboral y consecuentemente acceder a la indemnización correspondiente. La norma permite la manifestación de la voluntad de la trabajadora, pero no es clara al determinar cuándo se la debe expresar. Por esto se desarrollarán todos los posibles escenarios en los cuales la mujer puede manifestar su voluntad de no ser reintegrada y el procedimiento que debería seguirse después de declarada la ineficacia para terminar la relación laboral.

1. CAPÍTULO. I. ESPECIAL PROTECCIÓN A LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO, LACTANCIA O ASOCIADO A SU CONDICIÓN DE GESTACIÓN O MATERNIDAD Y SU APLICACIÓN EN OTRAS LEGISLACIONES

1.1. Mujeres en estado de embarazo, lactancia o asociado a su condición de gestación o maternidad como grupo de atención prioritaria

Para empezar a desarrollar la especial protección que gozan las mujeres embarazadas, se debe analizar la relación que existe entre su condición de vulnerabilidad al ser un grupo de atención prioritaria y su protección constitucional.

1.1.1. Condición de Vulnerabilidad

Arlettaz y Palacios mencionan que aquella dificultad para soportar y enfrentar ciertos cambios que se presentan frente a determinada situación es lo que se conoce como vulnerabilidad, de igual manera se manifiesta como aquella imposibilidad para producir ciertos efectos jurídicos. (Arlettaz-Palacios, 2015, p. xiii).

El concepto de vulnerabilidad se encuentra estrechamente ligado con limitaciones que se presentan que hacen que se ponga en peligro alcanzar ciertos objetivos o ciertos derechos. La ley es la encargada de limitar al máximo

las condiciones de vulnerabilidad, a través del reconocimiento de derechos y el establecimiento de los procedimientos adecuados que permitan garantizar el efectivo goce de esos derechos.

Existen varias condiciones de vulnerabilidad, pero la que es objeto de estudio del presente ensayo es la que se refiere a las mujeres embarazadas que por el hecho de serlo son propensas a sufrir ciertas violaciones de sus derechos laborales. Quebrantamientos que en algunos casos pueden llegar a concretarse en un despido sin fundamento alguno. Las personas con condiciones de vulnerabilidad pueden también ser considerados como grupos de atención prioritaria.

1.1.2. Atención Prioritaria

Al respecto la Real Academia de la Lengua, acerca de prioridad, establece lo siguiente:

“Anterioridad o precedencia de algo respecto de otra cosa que depende o procede de ello.” (Real Academia Española, 2017). Al tratarse de un tema prioritario es claro que el tratamiento de estas situaciones debe encontrarse por encima de las demás obligaciones del Estado en temas laborales. Por lo tanto, los jueces encargados de administrar justicia necesariamente deben dar un tratamiento especial con miras a la protección de los derechos de los grupos de atención prioritaria. Por ende, sus resoluciones deben ser eficaces y plausibles y sobre todo los procesos deben gozar de celeridad.

Ahora que se ha determinado que es lo que supone el concepto de vulnerabilidad y prioridad, palabras que son parte integrante y que son claves para poder comprender a los grupos objeto de este estudio, nos corresponde acercarnos a una definición de lo que son los grupos prioritarios dentro de nuestro ordenamiento y más específicamente dentro de la rama del derecho laboral.

1.1.3. Grupos de Atención Prioritaria

Como primer acercamiento al significado de grupos prioritarios, encontramos lo siguiente: Arlettaz y Palacios conciben el hecho de que entre todos los grupos humanos existen algunos grupos que pueden ser vulnerados sus derechos más fácilmente debido a que tienen características especiales que los convierte en vulnerables. (Arlettaz-Palacios, 2015, p. xvi).

Esta definición nos demuestra que un grupo de atención prioritaria es aquel cúmulo de personas que comparten una misma situación, que los diferencian de las demás personas debido a ciertos rasgos físicos, biológicos o psicológicos y que pueden ser susceptibles de vulneración de sus derechos fundamentales por el hecho de poseer estas situaciones diferenciadoras. El objeto de estudio de este ensayo nos permite establecer que en las mujeres embarazadas los rasgos fisiológicos les otorgan esta protección adicional.

Los estados, son los entes encargados de velar por el cabal cumplimiento de los derechos fundamentales de todas las personas, sin discriminación alguna, motivo por el cual se deben promover leyes que busquen mantener un ordenamiento jurídico equitativo y justo con estas personas.

1.1.4. Protección Constitucional a los Grupos de Atención Prioritaria

El Ecuador, en particular a partir de la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, ha desarrollado adecuadamente la idea de los grupos de atención prioritaria y los ha introducido en este mismo cuerpo normativo que viene a ser la norma suprema de nuestro país, que se encuentra por encima de las demás leyes y códigos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin duda alguna, lo antes mencionado es uno de los grandes logros de la Constitución del año 2008, al tipificar dentro de sus normas a los grupos de atención prioritaria se asegura que no exista disposición legal alguna que contravenga la protección que deben mantener los grupos de atención prioritaria y que todas las disposiciones deben estar encaminadas a proteger los derechos de estas personas y satisfacer efectivamente sus necesidades. El hecho de establecer ciertas protecciones adicionales hacia estos grupos no

constituye actos de discriminación, sino más bien actos de distinción necesarios.

Salgado realiza una diferenciación entre lo que se produce cuando se otorga un trato si quiere llamarse preferencial en ciertos aspectos a determinados grupos de manera injusta provocando un desequilibrio respecto del trato que merecen los demás grupos, se convierte en discriminación. Mientras que si ese trato preferencial se sustenta en una necesidad imperiosa para permitir que exista un equilibrio entre todas las personas se convierte en una distinción legalmente permitida. (Salgado, 2009, p. 141).

Distinciones que se las realiza sobre la base de lo que dispone la Constitución, tomando en consideración las condiciones especiales bajo las cuales estos grupos prioritarios deben ser atendidos en todo ámbito. Para garantizar el efectivo goce de los derechos de los grupos de atención prioritaria, la Constitución, por otro lado, nos enlista quienes serán considerados como grupos de atención prioritaria y dispone lo siguiente:

“Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 35).

1.1.5. Protección Constitucional a las mujeres embarazadas como grupos de atención prioritaria

Dentro del artículo efectivamente citado encontramos a las mujeres embarazadas que, por el hecho de encontrarse en estado de gestación, lactancia, o asociado a su condición, deben recibir un trato diferenciado y prioritario que les permita gozar de los mismos derechos que las demás

personas, previniendo así que sus derechos fundamentales y sus derechos laborales sean cuarteados. Es por estos motivos que los legisladores ecuatorianos deben verificar que todas sus actuaciones se encuentren acordes con lo que dispone la Constitución, dejando sin efecto todas aquellas leyes que busquen contravenir lo dispuesto.

Al encontrarse tipificado dentro de la Constitución, las garantías de los derechos de las mujeres embarazadas como grupos de atención prioritarios se convierten en una obligación primordial que debe ser cumplida por parte del Estado. Es por estos motivos, que dentro de la misma Norma Suprema se establece la obligación de respetarlos por parte del Estado, en su artículo 363, que textualmente reza lo siguiente:

“Art. 363.- El Estado será responsable de:

5. Brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 363).

Con lo dispuesto el Estado tiene la obligación de verificar que las mujeres como grupos de atención prioritaria sean atendidos en la medida necesaria, con la debida especial atención que merecen en todo accionar del Estado y política pública para no incurrir en violaciones de sus derechos fundamentales. Es por esta disposición que el legislador ecuatoriano en su afán de brindar esta protección a las mujeres embarazadas, en el año 2015 insertó por primera vez una protección prioritaria a la mujer embarazada en el ámbito laboral.

Por lo tanto, dentro de las disposiciones de la Constitución, respecto de las mujeres embarazadas, además se establece lo siguiente:

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

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 43).

Con el Artículo señalado, se evidencia la obligación del Estado Ecuatoriano de garantizarles a las mujeres embarazadas no ser discriminadas por el hecho de

encontrarse en esta de gestación o sus condiciones asociadas dentro del ámbito laboral. Es por ello que, con las nuevas reformas al Código del Trabajo, lo que se busca es garantizarle a la mujer embarazada el hecho de no ser despedida arbitrariamente y sin causa justa, lo cual no implica una prohibición de entablar un visto bueno. Por ello, actualmente los jueces pueden declarar como ineficaz un despido intempestivo que carezca de fundamento legal.

1.2. Principio de Inamovilidad Laboral y Estabilidad Laboral, conceptos y diferencias

Uno de los fundamentos principales, mediante el cual se establece la prohibición de un despido a una mujer embarazada o en condiciones asociadas a la maternidad es el llamado Principio de Inamovilidad Laboral. Pero realmente qué abarca este principio y qué garantía adicional ofrece a estas mujeres para haber sido considerado dentro de la ley que regula este tema. Situación que muchas veces debido a un desconocimiento de sus significados puede ser confundido con la garantía de estabilidad laboral. Tanto para efectos del presente ensayo como para la interpretación que deben dar los jueces ecuatorianos a las causas de despido ineficaz es vital entender las diferencias de estas dos garantías laborales.

1.2.1. Principio de Inamovilidad laboral

Aguilar en su texto, respecto de la inamovilidad menciona que es una protección temporal que cubre a algunos trabajadores tomando en cuenta su condición, tanto así que su protección constituye un hecho primordial para los estados y sus normativas, la cual se hace eficaz el momento en el cual una autoridad designada por el estado procede a analizarla previo a que surta efectos. (Aguilar, 2015, pp. 46-47).

Ahora bien, de la referencia antes mencionada, podemos determinar que esta garantía antes que una generalidad constituye más bien una particularidad de las relaciones que se originan en el derecho laboral. Es por ello que para que se configure el principio de inamovilidad, debe necesariamente existir una situación extraordinaria y temporal, es decir esta garantía siempre tiene un

límite en su aplicación en el tiempo. Es una garantía que se encuentra dirigida a la protección de los derechos de trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Por estas razones en la legislación ecuatoriana, encontramos como partícipes de dicha protección a las mujeres en estado de embarazo, en condiciones asociadas a la maternidad, los dirigentes sindicales y a quienes se acojan a la licencia voluntaria no remunerada por el nacimiento de sus hijos.

Es por esta razón que la aplicación de esta garantía es un deber primordial para el estado, tal como en líneas anteriores se demostró estas personas constituyen grupos de atención prioritaria y evidentemente su tratamiento dentro del ordenamiento jurídico debe ser acorde a sus desventajas dentro de una relación laboral. Dentro de esta garantía como bien la cita lo menciona, para que proceda un despido se debe demostrar que la causa sea justificable legalmente, para lo cual debe ser previamente admitido por los jueces. La aplicación de esta garantía se encuentra dirigida a los jueces que son quienes deben precautelar en todo momento que los derechos de estas personas no sean vulnerados. Jueces que actúan bajo una potestad administradora de justicia única y exclusiva del Estado.

Por todo lo antes expuesto, es evidente que los términos estabilidad e inamovilidad no son sinónimos, sino más bien vienen a ser términos que en determinados momentos y en determinadas circunstancias se complementan. Si bien es cierto los dos términos constituyen garantías laborales para los trabajadores, la inamovilidad no puede ser aplicable para todas las personas, sino sólo para unas cuantas tomando en cuenta sus situaciones diferenciadoras. Por ello, adecuadamente dentro de lo dispuesto por la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar se blindó a las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritaria. Al respecto, dicho cuerpo normativo expresamente establece lo siguiente:

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

principio de inamovilidad que les ampara.” (Código del Trabajo, 2005, art. 195.1).

Dentro de la norma referida, se puede evidenciar como se tomaron en cuenta todas las situaciones caracterizadoras de la inamovilidad laboral para su adecuada aplicación. Dicha garantía, está dirigida a grupos de atención prioritaria, de acuerdo con lo establecido en la constitución. De esta manera, se logra que las mujeres embarazadas gocen además de estabilidad de una garantía adicional que reduce significativamente las posibilidades de ser despedidas sin justa causa. Es un blindaje temporal que efectivamente encontrará su duración y justificación mientras la mujer se encuentre en estado de embarazo o en sus condiciones asociadas posteriores al parto, una vez que estas etapas concluyen esta garantía adicional desaparece inmediatamente al dejar de constituir un grupo de atención prioritaria.

1.2.2. Garantía de Estabilidad Laboral

Aguilar establece que la estabilidad laboral es una garantía innata del derecho laboral, ya que su objetivo final es el de asegurar que los trabajadores mantengan su trabajo, no lo pierdan y que de esa manera no se vea afectado el sustento familiar. (Aguilar, 2015, p. 30).

Este autor mediante en su definición de estabilidad laboral nos proporciona pautas bajo las cuales se pueden comprender su alcance y objeto. La estabilidad laboral según la cita antes mencionada es una característica propia del derecho laboral y por lo tanto una garantía que debe ser aplicada en todo momento de la relación laboral y a todos los trabajadores sin distinción. Al ser una generalidad y un principio de la rama del Derecho Laboral, debe ser necesariamente aplicable para todos los tipos de contratos y para todas las personas que intervienen dentro de una relación laboral en calidad de trabajadores ya sean estos hombres, mujeres, adolescentes, etc. Se viene a convertir en una garantía laboral que brinda seguridad a los trabajadores de no perder su trabajo sin causa justa y razón alguna. Logrando así que toda causa

para la terminación de un contrato sea legalmente justificada y aplicable al caso en concreto.

Pedraza, Amaya y Conde mencionan en su obra titulada *“Desempeño laboral y estabilidad del personal administrativo contratado de la facultad de medicina de la Universidad de Zulia”*, que la estabilidad laboral se convierte en una garantía de permanencia que busca garantizar que el trabajador preste de manera durable sus servicios laborales, esta indemnidad sólo puede terminar cuando el trabajador así lo desee o cuando el empleador amparado en las causales legalmente previstas pueda terminar anticipadamente el contrato de trabajo. (Pedraza, Amaya y Conde, 2010, p. 498).

Estos autores, nos entregan una concepción diferente de lo que es la estabilidad laboral que nos sirve de aporte para concluir una significación más homogénea. Si bien es cierto la garantía de estabilidad laboral busca otorgar la tranquilidad al trabajador de no perder su trabajo, no necesariamente debe otorgar a la relación de trabajo una permanencia indefinida. Como bien los autores lo explican en la cita antes referida, legalmente existen causas por las cuales tanto trabajadores como empleadores pueden dar por terminado el vínculo laboral que los une y en ambos casos deben ser debidamente fundamentados. Es realmente necesario que los trabajadores tengan en cuenta en todo momento que, pese a la existencia de la garantía de estabilidad laboral, deben cumplir siempre con sus tareas encomendadas con la debida diligencia.

1.3. El Despido Ineficaz y su aplicación en la Legislación Comparada:

1.3.1. Concepto de despido ineficaz:

Antes de abordar la aplicación del despido ineficaz en otras legislaciones, debemos conceptualizarlo como tal. Para ello, utilizaremos como punto de partida lo dispuesto por el Código del Trabajo en su artículo 195.1.

“Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de

embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara.” (Código del Trabajo, 2005, Art. 195.1).

Del artículo citado, podemos colegir que el despido ineficaz es una clase de despido intempestivo en el cual el empleador unilateralmente decide terminar la relación laboral abruptamente y sin fundamento legal. La característica de esta clase de despidos es que surtirán efectos a partir de la declaratoria de ineficacia. La declaratoria de ineficacia de estos despidos es una protección que opera únicamente cuando los afectados son mujeres embarazadas o en alguna de sus condiciones asociadas a la maternidad y dirigentes sindicales. Si el juez determina la ineficacia del despido puede ordenar el reintegro de la trabajadora con el pago de las remuneraciones pendientes con un diez por ciento de recargo o si ella lo decide dar por terminada la relación laboral.

Son distintas las denominaciones que este tipo de despido ha recibido en otras legislaciones en comparación con la legislación ecuatoriana. Sin embargo, pese a que existan diferentes denominaciones, la mayoría de las legislaciones laborales otorgan similar protección a las mujeres embarazadas. Esto se debe también a que en varios tratados internacionales se establece que la mujer embarazada debe gozar de protección adicional frente a un despido intempestivo.

Al respecto el Convenio sobre la protección de la maternidad de la Organización Internacional de Trabajo establece:

“ Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.” (Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, art. 4).

Este artículo tiene la finalidad especial de proteger a mujeres embarazadas y específicamente señala la protección que deben recibir por parte de los Estados, a fin de garantizarles no ser apartadas de su trabajo sin razón alguna. Se menciona de igual manera que los Estados necesariamente deben estipular un plazo en el cual las mujeres no puedan ser objeto de un despido intempestivo, tanto antes como durante y después del embarazo, lo que también se conoce en nuestra legislación como las condiciones asociadas a la maternidad. El hecho de irrespetar los plazos establecidos en la legislación de cada país es una prohibición expresa que produce efectos jurídicos en pro de mujeres embarazadas.

1.3.2. España:

En este país, se nombra a dicha figura de protección frente a despidos para las mujeres trabajadoras como “despido nulo” lo cual se fundamenta en que al realizar un acto que está prohibido por ley dicho acto acarrea nulidad, por esto se lo concibe como contrario al ordenamiento jurídico vigente. Por tanto, al ser declarado de esta manera, la trabajadora puede tener la tranquilidad de conservar su puesto de trabajo y no ser apartada de éste arbitrariamente por el empleador.

Cruz, menciona que al existir despidos nulos, los mismos se tornan improcedentes en los casos en los cuales no se ha podido fundamentar los supuestos incumplimientos que sustentan el despido legalmente, se alega un supuesto incumplimiento contractual no concretado o que las bases para establecer el despido no han sido realmente fuertes como para proceder de esta manera. (Cruz, 2013, p. 415).

En España, existen otras corrientes de pensamiento jurídico que catalogan al despido ineficaz como improcedente. Nombrar así a esta figura jurídica implica el hecho de no poder ser tramitado bajo ninguna circunstancia por ser considerado inadecuado. Como la cita bien lo señala en los casos de despidos intempestivos en contra de mujeres embarazadas los jueces no deben dar trámite a estas causas dado que no existe ninguna clase de incumplimiento por

parte de dichas mujeres a sus obligaciones adquiridas. El hecho de estar embarazadas o con una condición asociada a la maternidad no significa una falta a los contratos suscritos sino más bien aspectos naturales del desarrollo normal de una mujer.

1.3.3. Alemania:

Cruz señala que, en el país bávaro, dentro de su carta fundamental acertadamente se establecen ciertos casos en los cuales los despidos serán siempre nulos, prohibiendo todo tipo de acto discriminatorio. Protección que se extiende también a las mujeres embarazadas mientras se encuentren en esta etapa. (Cruz, 2012, p. 55).

Sobre la base de la cita referida, podemos evidenciar que existe una protección similar para las mujeres en Alemania. En esta legislación, el hecho de despedir a una mujer embarazada de igual manera acarrea la nulidad de los efectos esperados por parte del empleador. Por tanto, se debe regresar todo a su estado anterior al despido que es nulo de nulidad total y así proteger a las mujeres que pueden ser víctimas de esta situación.

Cruz igualmente menciona que en Alemania es indispensable que el empleador conozca que su trabajadora se encuentra en estado de gestación, por lo cual podría ser notificado con esta situación incluso dos semanas después de que haya sido despedida. Esta garantía otorgada por la legislación alemana tiene la finalidad de salvaguardar el derecho a la intimidad que tienen las mujeres en estos casos para no divulgar su condición, la mujer sólo tendrá que contar estos aspectos de su vida personal cuando sea víctima de despido para que se configure la protección otorgada que limite estas ilegalidades. (Cruz, 2012, p. 55).

Éste es un aspecto adicional a la garantía de no ser objeto de un despido dirigido hacia mujeres embarazadas otorgado por la legislación alemana dado que el empresario no podrá alegar desconocimiento de dicha situación. El legislador alemán busca limitar esta clase de despidos otorgando a la mujer que ha sido despedida la posibilidad de notificar su situación al empleador aun

cuando éste ya la hubiera despedido. Con esto lo que se logra es que el empleador deje sin efectos la intención de despido ilegal. Sin embargo, se protege en todo momento el derecho de las mujeres a mantener en reserva su vida privada, teniendo que notificar de su situación únicamente en el caso de un despido para declarar la nulidad del mismo y que éste no genere efecto alguno.

1.3.4. Perú:

En Perú la legislación laboral vigente contempla una figura muy similar a la del despido ineficaz bajo la denominación de despido nulo.

“Artículo 29.- Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales, en especial cuando se sustenta en los siguientes motivos:

3) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto, siempre que se acredite que el empleador tuvo conocimiento de dicho estado;”. (Ley General del Trabajo, Perú, Art. 29).

La protección abarca una amplia gama de posibilidades que se pueden presentar antes, durante o después del embarazo. No obstante, en la legislación peruana a diferencia de la legislación alemana, la trabajadora debe notificar de su situación al empleador antes de que se produzca el despido. Caso contrario la mujer embarazada si podría ser efectivamente despedida dado que no cumplió con la formalidad requerida de notificar a su empleador, lo cual es realmente riesgoso y podría incluso afectar a muchas mujeres embarazadas. Sin embargo, se presume que todo despido que no cumpla con alguna de las causales establecidas por el Código del Trabajo peruano se debe al embarazo o a alguna de sus condiciones asociadas.

Toyama y Neyra acotan que la finalidad de la inclusión de la protección adicional en la ley a la madre en estado de gestación se suma al respaldo constitucional que poseen siendo sujetos de interés primordial para el estado. (Toyama, Neyra, 2016, p. 240).

El legislador peruano implementó esta protección adicional para mujeres embarazadas con base en la no discriminación que establece la constitución de aquel país. En Perú al igual que en nuestro país el trámite de un despido en contra de una mujer embarazada sin causa justa debe ser una prioridad para el Estado y por lo tanto debe resolver lo más pronto posible este conflicto. Aunque pienso que el hecho de ser necesaria la notificación por parte de la trabajadora podría irse en contra de estos principios.

1.3.5. Colombia:

“Exp. Nro. 00206-2005-PA/TC – caso Baylon Flores, en el que el Tribunal Constitucional incorpora una tipología de despido que podrá protegerse en un proceso de amparo: a) despido nulo: basado en razones discriminatorias o de embarazo o en caso de afectación a la libertad sindical”. (Franco, 2013, p. 338).

En esta cita obtenida de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia se puede determinar que en este país vecino denominan a la figura que protege a las mujeres embarazadas frente a un despido como nulo. Las causas bajo las cuales se determina la nulidad del despido coinciden con las causas que en nuestro país determinan la ineficacia del despido.

Franco establece que la prohibición de despedir a la mujer embarazada se debe computar únicamente después de que ella haya notificado a su empleador de su condición mediante la entrega de un certificado emitido por un médico autorizado. Es por ello que encajará el despido dentro de la nulidad cuando se lo lleve a cabo durante el tiempo de protección en el embarazo con el requisito esencial del aviso. (Franco, 2013, p. 340).

La protección que se le extiende a la mujer embarazada depende de la notificación que debe recibir el empleador. Esta legislación incluye un aviso documental es decir mientras el empleador no reciba una prueba médica de que realmente la trabajadora se encuentra en estado de gestación sí la puede despedir. El fundamento que la Corte encontró es que este tipo de despido se asienta en el deseo del empleador de prescindir de los servicios de una trabajadora que por su condición posiblemente no pueda cumplir con todas las

labores a ella encomendada. Entonces si el empleador no conoce de esta situación, la razón del despido no puede estar ligada a la condición del embarazo de la trabajadora.

1.3.6. Ecuador:

Ahora bien, después de haber analizado el tratamiento del despido ineficaz y su aplicación en las legislaciones de otros países es tiempo de centrarnos en la concepción que se le brindó en nuestro país.

"Art. 174.- Salvo en los casos determinados en el artículo 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que se justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y a falta de éste, por otro facultativo". (Código del Trabajo, 2005, art. 174).

La legislación nacional, establece el momento desde el cual la prohibición de despido intempestivo en contra de una mujer no procede. Tal como se desprende de la norma referida, un requisito esencial para que se configure la protección especial a favor de la mujer depende del aviso que ésta de a su empleador. Consiste en la entrega al empleador de un certificado médico otorgado por un médico del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el cual se indique que la mujer se encuentra en estado de gestación. Por lo tanto, la mujer tiene la obligación de presentar este certificado para no ser objeto de un despido intempestivo.

"Para que sean aplicables las garantías a la mujer en estado de gestación contempladas en el artículo 154 del Código del Trabajo, es necesario que se haya notificado previamente al empleador haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo; salvo que el estado de embarazo de la demandante sea notorio; o que exista prueba fehaciente que demuestre que el empleador conocía por

algún otro medio del estado de gestación de la trabajadora". (Resolución de Triple Reiteración, 6, 2016, art. 3).

Con ésta resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia se demuestra que la gestación no es una situación que pueda ser presumida. Por tanto, la prohibición de despido a mujeres embarazadas sólo aplica y comienza a regir desde el momento en que la mujer notifique al empleador con el respectivo certificado médico que justifica este hecho, salvo notoriedad del estado de gestación por razones lógicas y evidentes. Como la cita lo menciona, esta notificación se convierte en un requisito esencial, por lo que, si el empleador no conoce de esta situación, puede despedir a la mujer por otro hecho totalmente ajeno, alegando desconocimiento de causa. Es por esto que si la mujer nunca notifica al empleador efectivamente podría ser despedida, debido a la omisión de notificación hasta que el embarazo entre en estado de notoriedad.

"Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara." (Código del Trabajo, 2005, art. 195.1).

En nuestra legislación, de darse los supuestos contemplados en la ley, se considera al despido intempestivo de una mujer embarazada como ineficaz. Cuando los jueces declaran la ineficacia de un despido se logra que el empleador no cumpla con su objetivo de vulnerar derechos de las mujeres embarazadas. Se refuerza dicha protección basado en el principio de inamovilidad laboral desarrollado en líneas precedentes.

Evidentemente existen varias denominaciones para la garantía que los estados otorgan a mujeres embarazadas para que no sean despedidas de sus lugares de trabajo. Independientemente de que en nuestro país se nombró a esta figura jurídica como despido ineficaz, se cumple con los requisitos establecidos en la doctrina que buscar limitar que estas acciones procedan. El fondo de esta acción es por tanto prohibir arbitrariedades injustificadas por parte de

empleadores que tratan de encontrar una opción para despedir a algunas de sus trabajadoras durante un plazo establecido por su condición.

2. CAPÍTULO II. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL DESPIDO EN CONTRA DE MUJERES TRABAJADORAS EN ESTADO DE EMBARAZO, LACTANCIA O ASOCIADO A SU CONDICIÓN DE GESTACIÓN O MATERNIDAD Y SUS PROCEDIMIENTOS

En el primer capítulo se ha caracterizado las situaciones que convierten a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, lactancia o asociado a su condición de gestación o maternidad en un grupo de atención prioritaria, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador y el Código del Trabajo. Se ha desarrollado la protección especial que merecen dichas mujeres para que sus derechos no sean vulnerados, Por lo que en este capítulo corresponde profundizar en la descripción de cada uno de los efectos jurídicos contemplados en el Código del Trabajo respecto de un despido de estas características. Esto dado que en nuestra legislación si bien se establecen efectos jurídicos principales, los cuales, se encuentran tipificados en el Código del Trabajo, no se determinan claramente los procedimientos a seguir para todos los casos.

2.1. Concepto de efecto jurídico y su enfoque sobre la protección de la mujer embarazada en el despido ineficaz

En primera instancia nos acercaremos a la definición de efecto jurídico.

Borja en su texto menciona que está de acuerdo con otros autores que mencionan que todos los cuerpos normativos generan ya sea implícita o explícitamente alguna consecuencia, la cual se encuentra contenida dentro de normas. (Borja, 2005, p. 19).

Las consecuencias de las que habla este autor es lo que se conocen como efectos jurídicos. La normativa laboral, regula y menciona que cuando se declara un despido ineficaz como resultado se generan varios efectos jurídicos. Estos resultados tienen la finalidad de sancionar al empleador cuando este

trate de despedir a una mujer embarazada por su condición y proteger a la trabajadora. Para este tipo de despidos, las consecuencias bloquean la posibilidad de vulnerar derechos laborales de mujeres embarazadas y más bien otorgan la posibilidad de que se inviertan los roles y sea la trabajadora quien decida si desea continuar la relación laboral o darla por terminada.

Alessandri en su libro acerca de los efectos jurídicos amplía los significados otorgados por otros autores, por lo que complementa estos conceptos indicando que necesariamente los efectos jurídicos se presentan para crear, eliminar o cambiar situaciones jurídicas legalmente previstas. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1998, p. 133).

En el caso del despido ineficaz, estas situaciones tienden impedir que la relación laboral se extinga sin causa alguna por decisión del empleador. No obstante, se debe considerar que estos efectos deben ser lo suficientemente claros y precisos para regular estas situaciones jurídicas, caso contrario se tornarían inútiles. Es por ello, que estos efectos jurídicos son complementarios entre sí. Con ello se garantiza que la mujer se encuentra protegida por el Estado, aunque la norma aún tiene que implementar el procedimiento para la terminación de la relación laboral.

2.2. Efectos jurídicos del despido ineficaz contemplados en el Código del Trabajo

2.2.1. Pago de remuneraciones pendientes con recargo:

“Art. 195.3.- Efectos. Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo.” (Código del Trabajo, 2015, art. 195.3).

Según las reformas introducidas en el año 2015 por la ley arriba citada, una vez que el juicio en el cual se ventila un despido intempestivo es declarado por el juez como ineficaz, dicha acción se torna nula y retrotrae los efectos a la situación inmediata anterior. Esto determina que el empleador que incurrió en esta prohibición será obligado a cancelar como indemnización todos aquellos

valores pendientes por remuneraciones más un 10% de recargo a favor de la trabajadora, lo cual se traduce en una sanción meramente económica.

Este recargo aplicará en todos los casos en los cuales se declare la ineficacia. No obstante, hay que tener en cuenta que en caso de que no existan valores pendientes de pago el empleador tiene que reintegrar a la mujer a sus funciones sin que se concrete realmente la sanción económica prevista por el despido. Por lo tanto, este primer efecto jurídico no goza de una eficacia al ciento por ciento ya que si al momento de la declaratoria de ineficacia no existe ningún rubro pendiente de pago de parte del empleador hacia la trabajadora, dicho efecto se torna inútil.

2.2.2. Extinción de la relación laboral

Existen algunos tratadistas que mantienen la incertidumbre del momento en el cual la relación laboral se puede dar por concluida. Es decir, si el quebrantamiento de esta situación se produce debido a la mera decisión del empleador de despedir a su trabajadora o si la misma concluye en una instancia judicial o administrativa.

En nuestro país la norma fija que en estos casos la relación laboral concluye por una decisión ajena a la del empleador. Es decir, con la notificación del despido en estos casos no se interrumpe la continuidad laboral operando el principio de inamovilidad laboral, sino más bien esto se puede producir después con la declaratoria de ineficacia del despido y sólo por decisión de la mujer después de esto. El juez mientras el juicio se resuelve se encuentra facultado para disponer que la trabajadora retorne a su trabajo hasta que exista sentencia.

El Doctor Wilson Ortega en su obra deja claro el hecho de que siempre la posibilidad de no reintegrarse es una potestad privativa para la mujer embarazada, quien puede optar por no retornar y acceder al pago de las indemnizaciones a las que hubiere lugar. (Ortega, 2016, pp. 114-115).

Este efecto dependerá exclusivamente de la voluntad de la trabajadora. Es decir, aún después de la declaratoria de ineficacia por parte del juez en la que

se disponga que el empleador reintegre a la mujer trabajadora, existe la opción que reconoce la norma mediante la cual la mujer puede decidir no hacerlo. Es una previsión lógica impuesta por el legislador debido a que no debe ser agradable regresar a un puesto de trabajo del cual fue removida sin motivo alguno, en el cual no posee las garantías necesarias para trabajar en un ambiente adecuado para el normal desarrollo de su embarazo.

Desdentado en su libro expresa que, en su ordenamiento, con la existencia de precedentes jurisprudenciales ha quedado demostrado que el hecho de ordenar que la trabajadora regrese a sus funciones no es la única solución ya que existen otras alternativas. (Desdentado, 2010, pp. 58-59).

Esta referencia demuestra que la readmisión de la trabajadora no puede ser la única manera de resolver estos conflictos. Por esto, es procedente que la mujer despedida se decante por otras variables frente a la solución de esta controversia. En caso de que la mujer decida no retornar a su trabajo, el empleador deberá cancelar la indemnización correspondiente a un año de remuneraciones, más el 10% de recargo de los valores adeudados y la indemnización por despido intempestivo. Más adelante desarrollaremos el momento en el cual la manifestación de la voluntad de la trabajadora termina con la relación laboral.

2.2.3. Indemnización por despido ineficaz:

“Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo.” (Código del Trabajo, 2005, art. 195.3).

Existe una indemnización que surge como consecuencia de la terminación de la relación laboral que fue introducida para estos procedimientos buscando sancionar económicamente al empleador y tratando de garantizar el sustento económico de la mujer. El hecho de hacer efectiva esta opción permitiría a la mujer embarazada recibir una cantidad de dinero que le permitiría seguir

llevando un ritmo de vida acorde a la protección de su embarazo. Un sustento mientras la mujer consigue otro empleo o mientras su embarazo se desarrolla. Con esto el empleador si bien consigue que la trabajadora nunca retorne, dicha decisión consistiría en una afectación patrimonial importante para la compañía. Dado que esta indemnización es aparte de la correspondiente por despido intempestivo.

Sin embargo, como se mencionó en la ley se contempla esta posibilidad, pero no se explica el procedimiento por el cual se la puede efectivizar. Por ello en el tercer capítulo de este ensayo se desarrollará una solución jurídica a este problema.

2.2.4. Reintegro:

Según se desprende de las disposiciones de la norma, cuando se declare la ineficacia de un despido, los jueces también tienen la posibilidad de ordenar a la par el reintegro de las trabajadoras. En estas circunstancias los jueces deberán ordenar esta medida inmediatamente. Además de ordenarlo, los jueces deben verificar que el reintegro se produzca efectivamente y que esa decisión brinde las garantías necesarias a la mujer, protegiendo siempre su integridad.

Sabogal indica que la revisión de estas acciones en un ámbito judicial es diferente a las acciones por un despido injusto o ilegal. Menciona que lo que se busca en ambos casos es distinto, mientras en el despido injusto se busca una compensación económica por la injusticia cometida, en el despido ilegal se busca el retorno de la trabajadora a la situación anterior. (Sabogal, 2015, p. 125).

Con esta cita se precisa que existen dos tipos de sanciones para los despidos intempestivos e ineficaz. La posibilidad de reintegro sería posible de aplicarla a voluntad de los trabajadores. El Código del Trabajo contempla dos figuras distintas sobre la base de esta referencia. Los despidos intempestivos por considerarse injustos de acuerdo con la normativa tienen la finalidad de sancionar al empleador con el pago de indemnizaciones económicas a favor

del trabajador, una vez efectuados dichos pagos la relación laboral puede concluir.

Por otro lado, existe el despido ineficaz que es aquel despido en el cual mientras se cumplan con los preceptos legales o bien puede terminar la relación laboral o puede decretarse el pago de indemnizaciones. Es decir, el tipo de sanción contemplada legalmente para estos casos no es tanto una sanción económica de entrada, sino más bien una sanción resarcitoria que devuelva a la mujer a su lugar de trabajo.

En cualquiera de los dos casos, la decisión de aplicar este tipo de sanciones será la de la voluntad de la trabajadora sentenciada por el juez de trabajo, amparándose en el Código del Trabajo que establece estas dos figuras. Siempre se deberá aplicar lo que más beneficie a la trabajadora.

2.2.4.1. Indubio Pro Operario y su aplicación en el despido ineficaz

Bardelli dice que siempre que nos encontremos frente a una decisión judicial el juzgador será el encargado de en caso de que dos normas se contrapongan aplicar a cada caso después de analizarlo la solución que beneficie más al trabajador. (Bardelli, 2008, pp. 1209).

En nuestro caso la contradicción entre normas se produce entre el propio Código Orgánico General de Procesos y a su vez también con el Código del Trabajo cuando se trata de la convocatoria a audiencia. En este caso si existe contradicción ya que en cuanto al procedimiento no puede existir dos posibilidades distintas. Por esto las decisiones judiciales laborales en el derecho ecuatoriano deben buscar en todo momento proteger en primer lugar los derechos de los trabajadores y en el caso en específico a las mujeres embarazadas.

Esto dado que ellos son la parte más débil en la relación laboral. Al existir varias opciones posteriores a la declaratoria de ineficacia del despido se debe aplicar la que más favorezca a la mujer, tomando en cuenta que debe ser la opción que más la proteja por su condición.

Toyama y Neyra señalan que dentro de la legislación peruana se ha considerado la especial protección de la cual deben ser objeto las mujeres en estado de gestación. Es por ello que sólo para casos específicos se puede permitir que la trabajadora retorne a su trabajo considerándolo como una tutela restitutoria. (Toyama y Neyra, 2016, p. 233).

A través de esta cita obtenida de un apartado de consideraciones de la Corte Suprema de Perú se determina que el reintegro de las trabajadoras es una garantía para casos que requieren de una protección especial. Tanto en Ecuador como en Perú las mujeres embarazadas despedidas serán objeto de protección de esta garantía. La cita menciona que se trata de una tutela restitutoria ya que su finalidad es la de reincorporar a la trabajadora a su lugar de trabajo.

Ferro en su obra reconoce que especialmente en el campo laboral deben señalarse específicamente las opciones bajo las cuales puede proceder un despido, inclinando la balanza hacia la posibilidad de un posible retorno del trabajador. (Ferro, 2012, p. 472).

El ámbito y la protección del derecho laboral es tan importante que requiere que la regulación establezca claramente las normas bajo las cuales se deben producir los despidos y en el tema que nos atañe la manera en que se debe proceder con el reintegro de los trabajadores. Esta clase de acciones como el despido ineficaz requieren que la tutela restitutoria se priorice en estos casos. Se establece que la opción de reintegrarse es una decisión privativa de los trabajadores.

2.2.4.2. Finalidad del Reintegro

Ferro añade que la especial protección de las trabajadoras ante un despido no surtiría el efecto deseado si no se dispone en la normativa las sanciones adecuadas que garanticen su cumplimiento, limitando su inobservancia, ante lo cual opere la posibilidad del retorno amparado en la tutela restitutoria. (Ferro, 2012, p. 474).

En otras palabras, la tutela restitutoria aplica en casos de despido ineficaz, también denominado en otras legislaciones como nulo e ilícito. Su fundamento se encuentra en dejar sin efecto un despido en contra de la normativa laboral aplicable, principio denominado como inamovilidad laboral. Como lo menciona el autor, la tutela restitutoria se traduce en una garantía de estabilidad absoluta para la trabajadora, es decir mientras se encuentre embarazada o en una condición asociada a la maternidad su reintegro debe ser respetado por el empleador. A no ser que se opte por el pago de la indemnización mencionada en líneas precedentes.

Lanas aclara que durante la etapa procesal cuando el demandado sea legalmente citado a partir de ese momento la garantía de que la mujer goce de estabilidad laboral será el objetivo final. (Lanas, 2015, p. 13).

2.2.4.3. Medidas cautelares que garanticen el reintegro de la trabajadora

Definitivamente, la finalidad del juicio en el cual se resuelva la ineficacia del despido en estos casos está dirigido a fallar a favor del reintegro de la trabajadora a excepción de cuando exista manifestación de la voluntad de no reintegrarse. En la norma se establece que para ello el juez puede dictar las medidas cautelares necesarias. Medidas que garanticen efectivamente el cumplimiento de lo ordenado.

Horvitz y López al acercarse a una concepción de las medidas cautelares, mencionan que éstas son vías procesales mediante las cuales los administradores de justicia aseguran el cumplimiento de sentencias. (Horvitz y López, 2008, p. 341).

Como se puede observar, el objetivo de las medidas cautelares que pueden ser dictadas para el reintegro de una mujer trabajadora embarazada deben garantizarles igualdad de condiciones que los demás trabajadores. De acuerdo con la normativa vigente las medidas cautelares que existen en nuestra legislación son:

“Art. 189.- Medidas cautelares. El órgano competente, cuando la ley lo permita, de oficio o a petición de la persona interesada, podrá ordenar medidas cautelares, pudiéndose adoptar las siguientes:

1. Secuestro.
2. Retención.
3. Prohibición de enajenar.
4. Clausura de establecimientos.
5. Suspensión de la actividad.
6. Retiro de productos, documentos u otros bienes.
7. Desalojo de personas.
8. Limitaciones o restricciones de acceso.
9. Otras previstas en la ley.” (Código Orgánico Administrativo, 2017, Art. 189).

Tomando en cuenta las medidas cautelares existentes en nuestro país, a mi criterio la medida cautelar que podría ser aplicada de mejor manera en estos casos es la de la clausura de establecimientos. Esta medida se relacionaría directamente con la actividad del empleador, por lo tanto, si no permite el reintegro de la trabajadora el juez puede solicitar que se clausure la compañía del empleador. Cuando se llegue a la etapa de la sentencia, el juez deberá tomar en consideración la viabilidad de mantener o dictar otra medida cautelar más adecuada.

2.2.5. Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente

Si bien se pueden dictar medidas cautelares destinadas al cumplimiento de los efectos jurídicos antes ya desarrollados y al no existir una medida cautelar que se adecue con la realidad de los despidos ineficaces, las mismas se tornan inútiles. Es por ello que se otorgó otra protección adicional que garantice el cumplimiento de las sentencias. Una garantía tipificada desde el punto de vista

del derecho penal. Con ello se puede evidenciar la importancia que tiene para el estado ecuatoriano tutelar derechos fundamentales de mujeres en estado de gestación.

Una vez que ya existe sentencia, se determina inmediatamente cuál de los posibles efectos jurídicos será aplicable a cada caso en concreto. No obstante, existe la posibilidad de que la sentencia no sea acatada por el empleador y que deje de cumplir con lo ordenado. Al ya existir un fallo, el juez de trabajo deberá velar por que la misma se ejecutorié para que proteja los derechos de la mujer embarazada.

“Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de la misma en la providencia inicial, o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.” (Código del Trabajo, 2005, art. 195.3).

Además de las sanciones económicas que se generan ante un despido ineficaz, puede existir incluso responsabilidad penal del empleador o su representante legal. Con esto el empleador está obligado a cumplir lo que dispuso el juez, sea cual fuere su resolución. Esta es una garantía prevista para tutelar la inamovilidad laboral que les ampara a las mujeres embarazadas. Lo cual realmente es muy beneficioso para la mujer, ya que de esta manera se garantiza que sus derechos reconocidos y ratificados mediante sentencia no sean violentados.

“Art. 282.- Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. - La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 282).

Dentro del Código Orgánico Integral Penal, existe este tipo penal que establece una obligación para los empleadores de acatar las decisiones legítimas de autoridad competente, que en estos casos viene a ser el juez de trabajo. Por ello, los empleadores una vez que se ha dictado una sentencia desfavorable para sus intereses están obligados a cumplirla, evidentemente se podrán apelar todas aquellas decisiones que se consideren sin fundamento. Sin embargo, hasta que no se acepten dichos recursos la resolución debe ser respetada y ejecutada al tenor de lo dispuesto.

Para estos casos existe pena privativa de libertad de hasta tres años para aquellos empleadores que no cumplan con lo ordenado mediante sentencia respecto de la ineficacia del despido, ya sea que se haya dispuesto el reintegro o el pago de las indemnizaciones correspondientes. En los casos de sociedades, estas disposiciones recaen sobre las personas naturales que ejerzan la representación legal de la misma. Aunque esta disposición pueda ser considerada excesiva, pienso que es una adecuada manera de asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas. El estado en ejercicio de sus facultades de respetar y hacer respetar los derechos de las mujeres embarazadas, típico este tipo de sanciones, caso contrario, se producirían grandes afectaciones a los derechos laborales consagrados para las mujeres embarazadas.

3. CAPÍTULO III. INCONSISTENCIAS PROCESALES Y FALTA DE PROCEDIMIENTO PARA LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA TRABAJADORA

Cuando nos referimos a inconsistencias procesales hablamos de la existencia de dos normas contradictorias, que no permiten la existencia de un procedimiento claro a seguir en la convocatoria a audiencia única por parte del juez. Esta contradicción la encontramos en la etapa inicial del juicio. Por otro lado, encontramos que la ley otorga la atribución a la mujer en estado de embarazo, lactancia o asociado a su condición de gestación o maternidad de decidir si ante un despido ineficaz desea reintegrarse o terminar la relación laboral pero no se establece el procedimiento para expresar su voluntad.

Situación que se ubica en la etapa final del juicio y debe servir para la decisión que tome el juez.

3.1. Inconsistencias Procesales debido a la contradicción normativa entre la aplicación de plazos o términos para la convocatoria a audiencia única por despido ineficaz

Previo a demostrar cual es la antinomia de normas que existe en las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos que se contraponen con el Código del Trabajo, debemos conceptualizar y señalar las diferencias entre los plazos y los términos procesales. Esto para poder comprender el alcance de dicha antinomia y su posible solución.

3.1.1. El Plazo Procesal, concepto y características:

Para empezar a esclarecer la diferencia que existe entre término y plazo procesal, debemos conceptualizar a cada una de estas palabras. Para ello se desarrollará una primera significación de lo que son los plazos procesales a partir de una disposición del Código Civil.

“Art. 33.- Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo.

El primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener una misma fecha en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de veintiocho, veintinueve, treinta o treinta y un días, y el plazo de un año de trescientos sesenta y cinco o trescientos sesenta y seis días, según los casos.” (Código Civil, 2005, Art. 33).

En nuestra legislación el cuerpo normativo que conceptualiza a los plazos es el Código Civil debido a que nos da pautas para la contabilización de las distintas actividades dentro de un proceso. Aquí encontramos la característica más importante ya que cuando hablamos de plazos se debe tener claro que cuentan todos los días de cada mes y de todo el año sin excepción.

Para resumir y aclarar el plazo procesal es aquel espacio de tiempo entre dos fechas en el cual se cuentan todos los días del año, por ello nunca se detiene y el conteo de días para la culminación del plazo será igual siempre porque debemos tomar en cuenta días inhábiles y días hábiles.

3.1.2. El Término Procesal, concepto y características:

Mientras que por otro lado los términos establecen rangos dentro de los cuales se pueden contabilizar únicamente los días hábiles. Es decir, en este caso si se detiene el conteo de días cuando nos encontramos frente a un fin de semana o un feriado por lo cual esos días no se cuentan y se extiende su contabilización al siguiente día hábil de la semana.

“Art. 78.- Días y horas hábiles. No correrán los términos en los días sábados, domingos y feriados. Regirá también para el cómputo de términos el traslado de días festivos, de descanso obligatorio o recuperación de la jornada laboral que se haga conforme con el decreto ejecutivo que dicte la o el Presidente de la República, en ejercicio de la atribución que le confiere la ley.” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, art. 78).

Usando la misma referencia que nos permitió inferir lo que es un plazo procesal podemos señalar que los términos están encaminados a permitir que las actividades procesales se lleven a cabo en los días en que las dependencias judiciales atienden al público, lo cual se da de lunes a viernes a excepción de las unidades judiciales de flagrancia que sí laboran fines de semana y en horario extendido.

Ahora que conocemos las características de término procesal podemos decir que es aquel lapso de tiempo en el cual se toman en cuenta únicamente los días hábiles en los que las dependencias judiciales laboren. Es por eso que cuando nuestra actuación procesal se deba dar en determinado día término no se deben contar fines de semana, feriados o días festivos lo cual hace que este período de tiempo se prolongue.

3.1.3. Antinomia entre el Código del Trabajo y el Código Orgánico General de Procesos

Todo el análisis que se realizó en los subtemas anteriores está destinado a señalar cuales son las características del plazo y del término a efectos de la convocatoria a audiencia única. Una vez que se explicaron cuáles son sus diferencias es momento de adentrarnos en las contradicciones de dos artículos del Código Orgánico General de Procesos en el cual evidentemente uno de estos artículos se contrapone a lo que dispone el Código del Trabajo. Esto para aportar una solución adecuada que elimine esta incompatibilidad de normas en una misma ley. Específicamente nos centraremos en analizar el tiempo para la convocatoria audiencia única que resuelva la ineficacia de un despido contra una mujer embarazada.

Al respecto el Art. 332 del Código Orgánico General de Procesos dispone:

“Art. 332.- Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, **con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz.**” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art. 332).

Esta disposición contenida en el COGEP es clara y realmente se adecua a la realidad de los procedimientos de despido ineficaz. Menciona que para toda actuación dentro de una controversia de esta clase en el ámbito laboral se aplicarán plazos contenidos en el Código del Trabajo, lo cual beneficia a las trabajadoras. De la lectura del artículo arriba citado se desprende que el juez deberá referirse en todos estos procedimientos a las normas del Código del Trabajo respecto de los plazos para señalar fecha para la audiencia.

El inconveniente se produce cuando a artículo seguido en el COGEP se introduce otra disposición que establece lo siguiente:

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

En las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, **la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas**, contados a partir de la citación.” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art. 333).

En primer lugar, debemos notar que el encabezado del artículo 333 del COGEP señala reglas de aplicación para el procedimiento sumario. Para ello debemos analizar cuál es el significado de la palabra “regla” según la Real Academia Española de la Lengua:

“Regla: Modo establecido de ejecutar algo.” (Real Academia Española, 2018).

Al ser reglas establecidas, su aplicación y observancia es obligatoria para los jueces en este tipo de procedimientos. Sin embargo, aquí se establece que la convocatoria a audiencia única debe ser en el *término* de cuarenta y ocho horas lo cual se contradice con lo dispuesto por el mismo COGEP en el artículo 332 que establece que se deberán aplicar la reducción de plazos previstos por el Código del Trabajo. Esta regla también hace que se vaya en contra de lo establecido por el Código del Trabajo en el Art. 195.2 que maneja plazos y no términos. Violentando incluso el principio de indubio pro operario ya que con esta disposición no se aplicaría lo más favorable a la trabajadora. Convirtiéndose así en una antinomia.

3.1.4. Análisis de la antinomia y su procedimiento de resolución

Se ha demostrado en el subtema anterior que existe una contradicción entre dos artículos del Código Orgánico General de Procesos y que a su vez uno de ellos se va en contra de lo dispuesto por el Código del Trabajo, respecto del tiempo en el cual el juez en su providencia debe convocar a audiencia única. Esta antinomia no puede existir dentro de un ordenamiento jurídico vigente ya que podría generar erróneas interpretaciones. Se corre el riesgo de que en unos casos se aplique lo de la ley, mientras que en otros se aplique lo que reza el Código.

Pazos escribe que “El razonamiento del juez merece una aclaración especial. Éste, además de identificar el derecho debe aplicarlo, de modo que enfrenta el problema de que, ante la aparición de una contradicción debe tomar una decisión práctica, la cual supone él que debe estar totalmente determinada por el derecho.” (Pazos, 1995, p. 385).

La normativa vigente debe ser clara en este sentido y al no serlo actualmente se podrían producir dos interpretaciones diferentes antes casos similares. Quedaría a la sana crítica del juez determinar cuál norma sería la aplicable para la convocatoria a la audiencia en la que se declare la ineficacia del despido. Al tratarse de una protección especial basada en el principio de inamovilidad laboral a las mujeres embarazadas como grupos de atención prioritaria, se tendría que aplicar la norma que más beneficie a las trabajadoras, es decir la que establezca un tiempo menor para llevar a cabo la audiencia única y resolver lo más pronto posible la ineficacia. Sin embargo, la solución a este conflicto no resulta simple, dado que nos referimos a una antinomia en una misma ley y que a su vez se contradice con otra norma del ordenamiento jurídico vigente. Los conflictos entre dos normas se denominan antinomias.

García establece que las antinomias se constituyen cuando existe una clara oposición entre dos disposiciones normativas, por lo cual de ninguna manera pueden ser aplicadas a la par ante lo que sólo queda dejar vigente una sola norma. (García, 2007, p. 4).

Como ya vimos esta antinomia se presenta en dos normas de un mismo cuerpo normativo. Las cuales poseen un mismo rango jerárquico pero que proponen soluciones jurídicas diferentes para una misma situación que es la convocatoria a audiencia única para resolver la ineficacia del despido. Definitivamente son incompatibles ya que como se estableció en líneas precedentes término y plazo son vocablos jurídicos que se contraponen y es imposible aplicarlas de forma simultánea. Lo que el autor nos menciona es que la solución en estos casos consiste en eliminar una de las dos normas, lo cual hasta el momento en nuestro país no ha sucedido ya que las dos normas se mantienen en plena vigencia.

“Son antinomias irresolubles aquellas que no pueden ser resueltas usando los criterios conocidos de jerarquía, cronología, temporalidad y competencias, sea porque estos no son aplicables o porque los referidos criterios entran en contradicción entre sí, proporcionando soluciones igualmente incompatibles.

Lara demuestra que dentro de esta clase de antinomias se encuentran aquellos casos en los que la incompatibilidad se produce entre normas de un mismo cuerpo normativo como un código o una ley general, de modo tal que ambas tienen la misma jerarquía, la misma temporalidad y ambas la misma especialidad, por lo tanto, todos estos criterios antes señalados no son aplicables.” (Lara, 2009, p. 23).

Lo que esta cita nos aporta es que no en todos los casos aplican las reglas para solución de antinomias. Esto se da únicamente cuando existen dos normas contrarias en una misma ley, en el caso que nos corresponde esto es lo que sucede ya que la antinomia se presenta en dos artículos distintos dentro del Código Orgánico General de Procesos. Sin embargo, si bien no aplican las reglas para solución de antinomias ante estas contradicciones existen otros métodos de solución ya que no se puede dejar vigentes las dos normas.

“Existen tres posibilidades:

1. Eliminar una de las normas;
2. Eliminar las dos;
3. Conservar las dos

Sin embargo, Lara menciona que existen también otros autores quienes afirman que a menudo o en la práctica la solución de este tipo de antinomias se obtiene conciliando ambas normas.” (Lara, 2009, pp. 24-25).

De acuerdo con lo mencionado en esta cita, a fin de alcanzar una armonía normativa en las disposiciones referentes a la convocatoria a audiencia única por despido ineficaz, se debe aplicar la tercera posibilidad que es la de mantener vigentes las dos normas. Pero para ello primero se debe conciliar

el contenido de estas, es decir se debe modificar una de ellas para que las dos propongan la misma solución y ya no exista contradicción.

En este caso el procedimiento debería estar encaminado a modificar el texto del artículo 333 del Código Orgánico General de Procesos eliminando la parte que determina que *“la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas”* cambiándola por *“la audiencia única se realizará con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz”*.

De esta manera el artículo 333 del Código Orgánico General de Procesos quedaría de la siguiente manera:

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

En las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales **la audiencia única se realizará con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz**, contados a partir de la citación.” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art. 333).

3.2. Insuficiencia de Procedimiento para la manifestación de la voluntad de la trabajadora en un despido ineficaz:

Ahora bien, en la redacción de la norma se constata que existe la posibilidad de que cuando se dictamine la ineficacia del despido la trabajadora pueda decidir no reintegrarse y así acceder a la indemnización correspondiente por despido ineficaz. Para ello debemos partir de la disposición del artículo 195.3 del Código del Trabajo que estipula lo siguiente:

“Art. 195.3.- Efectos.

Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que

corresponda por despido intempestivo.” (Código del Trabajo, 2015, art. 195.3).

El juez debe conocer la determinación de la mujer en el momento procesal oportuno para ni siquiera disponer el reintegro de la trabajadora sino directamente declarar terminada la relación laboral y como consecuencia disponer el pago de la indemnización equivalente a un año de la remuneración que la trabajadora venía percibiendo. Para que esto funcione es necesario que la ley sea clara respecto de la etapa en la cual se debe manifestar esta voluntad. La norma señala que la mujer podría recibir la indemnización correspondiente a pesar de la declaratoria de ineficacia es decir aún después de concluido el procedimiento sumario podría recibir esta indemnización ya que el objeto del procedimiento es declarar tan sólo la ineficacia del despido. El inconveniente con la redacción de la norma es que no es del todo clara, ya que, si bien le otorga a la mujer la posibilidad de decidir sobre su reintegro, no se sabe a ciencia cierta cuando se debe manifestar esta decisión.

3.2.1. Posibles momentos procesales para la manifestación de la voluntad de la trabajadora:

La solución a esta problemática debe ser subsanado mediante una reforma introducida en el Código del Trabajo que determine cuándo la mujer deberá manifestar su voluntad de reintegrarse o de decidir no hacerlo y acceder a la indemnización correspondiente. Esto para que en la declaratoria de ineficacia se disponga el reintegro o el pago de la indemnización que le correspondería a la mujer como consecuencia de la voluntad de no reintegrarse.

Desde mi punto de vista, existen tres momentos posibles en los cuales la mujer podría solicitar no ser reintegrada. El primero es en la presentación de la demanda en la cual dentro de la pretensión la mujer establezca que en el supuesto que se declare la ineficacia del despido, su decisión es la de no reintegrarse y que se disponga que la relación laboral termine y se ordene el pago de las indemnizaciones que le corresponden, lo cual sería adelantarse a una decisión del juez respecto de la ineficacia. La segunda opción, es que en la audiencia única la trabajadora manifieste su voluntad, previo a que el juez dicte

sentencia. La norma prevé que incluso después de declarada la ineficacia la mujer pueda decidir no reintegrarse, por ello la tercera opción sería solicitar esto después de concluido el procedimiento.

3.2.2. Voluntad de la trabajadora de no continuar la relación laboral incluso después de declarada la ineficacia del despido y su procedimiento:

La sentencia que emita el juez que conoció la causa no sólo debe estar dirigida a declarar la ineficacia del despido, sino que también debe señalar que efecto jurídico se va a aplicar como consecuencia de tal ineficacia. Tal como se lo menciono en el segundo capítulo se podría ordenar el reintegro de la trabajadora junto con el pago de las remuneraciones pendientes con el 10% de recargo y también se podría disponer la terminación de la relación laboral y como consecuencia el pago de la indemnización correspondiente.

Para cumplir con su voluntad de no reintegrarse la mujer estaría facultada a presentar una nueva acción en la que además se solicite el pago de la indemnización correspondiente, en la que el juez deberá conocer que previo a ello ya se declaró ineficaz el despido intempestivo. Con ello se probaría el legítimo derecho que posee la mujer para dar por terminada la relación laboral por haber sido víctima de un despido intempestivo que no surtió efectos alegando el principio de inamovilidad laboral. Evidentemente esta nueva acción al igual que todas las controversias relacionadas con el despido ineficaz debería ser tramitada igualmente por procedimiento sumario.

4. CONCLUSIONES

A lo largo del presente ensayo, se ha demostrado que los derechos laborales de las mujeres en estado de embarazo, lactancia o asociado a su condición de gestación o maternidad merecen un cuidado y protección especial de parte del estado ecuatoriano. Por ello se establecieron garantías adicionales que limitan la posibilidad de que sean despedidas sin una causal legalmente prevista dentro del Código del Trabajo por su estado de gestación o sus condiciones asociadas a la maternidad.

Además de la protección constitucional que merece este grupo de atención prioritaria, el despido intempestivo declarado como ineficaz se fundamenta en el principio de inamovilidad laboral, garantía que les asegura que mientras el embarazo y sus condiciones asociadas se encuentren presentes no puedan ser despedidas. Este principio se convierte en una garantía extra a la estabilidad laboral de la cual gozan todos los trabajadores al amparo de la normativa vigente. Por ello todas las acciones por despido ineficaz deberán ser tramitadas mediante procedimiento sumario y conocidas por el juez de trabajo quién es el encargado de tramitar y sentenciar estos casos.

Se desarrollaron los efectos jurídicos que la ineficacia del despido produce a la luz de la normativa laboral vigente. Entre ellos encontramos que siempre que exista reintegro que puede ser también impuesto mientras el juicio se tramita, se debe ordenar el pago de las remuneraciones pendientes con un diez por ciento de recargo. En caso de que el juez lo considere necesario podrá disponer se apliquen medidas cautelares que garanticen el cumplimiento del reintegro tal como lo establece la norma.

Con la imposición de medidas cautelares se garantiza que los empleadores permitan el reintegro de la trabajadora. Por lo que el legislador adecuó la falta de cumplimiento de las sentencias emitidas ante esta clase de despidos bajo el tipo penal de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente establecido en el Código Orgánico Integral Penal. Con esto los empleadores podrían incluso ser privados de su libertad si no cumplen con lo que el juez

orden. Esta sanción se convirtió en una solución para que no se vulneren los derechos laborales de aquellas mujeres.

Al comparar las disposiciones vigentes entre la normativa laboral y la procesal en nuestro país, nos encontramos con que existe una antinomia entre dos disposiciones dentro del Código Orgánico General de Procesos, lo cual hace que una de ellas se oponga a lo que dispone el Código del Trabajo. Nos referimos al tiempo en el cual el juez debe convocar a audiencia única para declarar la ineficacia del despido. Al ser una antinomia que se presenta en un mismo código vimos que no se pueden aplicar las reglas generales de solución de antinomias.

Su resolución se limita a tres opciones, entre ellas encontramos la posibilidad de que se mantengan vigentes las dos normas y se armonice su alcance. Es decir, se debe modificar el texto del artículo que se contradice e incluir que para toda controversia se deben aplicar los plazos que dispone el Código del Trabajo. De esta manera se solucionaría esta contradicción y se limitaría la posibilidad de varias interpretaciones normativas.

También se propone que la normativa sea clara respecto del momento procesal oportuno en el cual la mujer embarazada puede manifestar su voluntad de no ser reintegrada. La norma, al establecer que la mujer puede decidir respecto de este asunto crea una obligación para los jueces de consultar dicha voluntad antes de que se declare la ineficacia del despido. No obstante, el Código también establece que a pesar de que ya exista la declaratoria de ineficacia la mujer embarazada todavía puede acceder a las indemnizaciones correspondientes. Esto otorga la posibilidad de que la mujer pueda entablar un nuevo procedimiento en el que se declare terminada la relación laboral dando como consecuencia el pago de la indemnización correspondiente por despido ineficaz de parte del empleador hacia la trabajadora.

Se esbozó el procedimiento mediante el cual la mujer embarazada podría solicitar el pago de las indemnizaciones que le correspondan por despido ineficaz una vez terminada la relación laboral.

La recomendación del presente ensayo sería que se rectifiquen las contradicciones procesales entre el Código del Trabajo y el Código Orgánico General de Procesos con la finalidad de que exista un claro procedimiento para la convocatoria a audiencia en el despido ineficaz. Actualmente no existe el procedimiento adecuado que establezca el mecanismo de manifestación de la voluntad de la trabajadora en un despido de esta clase. Esto no puede mantenerse vigente ya que esto es un tema de atención prioritaria para el estado ya que se encuentran en juego los derechos de las mujeres en estado de embarazo, lactancia o asociado a su condición de gestación o maternidad.

REFERENCIAS

- Aguilar, R. (2015). *Estabilidad e inamovilidad laboral*. Un esfuerzo de distinción. Recuperado el 1 de octubre de 2017 de <http://vlex.com/vid/estabilidad-inamovilidad-laboral-esfuerzo-653315525>
- Alessandri, A, Somarriva, M y Vodanovic, A. (1998). *Tratado de derecho civil partes preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Arlettaz, F y Palacios, M. (2015). Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables. Recuperado el 1 de octubre de 2017 de https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/search*/reflexiones+en+torno+a+derechos+humanos/WW/sources/14545
- Bardelli, J. (2008). *Libro homenaje a Felipe Parodi. Volumen II*. Lima: Palestra.
- Borja, A. (2005). *Organización del conocimiento para la traducción jurídica a través del sistema expertos basados en el concepto de género textual*. Castellón: Universitat Jaume.
- Código Orgánico Administrativo. (2017). Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de julio de 2017.
- Código Orgánico Integral Penal, COIP. (2014). Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
- Código Civil. (2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código Orgánico General de Procesos, COGEP. (2015). Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Código del Trabajo. (2005). Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Convenio sobre la protección a la maternidad. (2000). Recuperado el 1 de octubre de 2017 de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Cruz, J. (2013). *Compendio de derecho del trabajo*. (6ª. edición). Madrid: Tecnos.
- Desdentado, A. (2010). *Revista de derecho social*. Recuperado el 2 de octubre de 2017 de <https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/vid/434787630>
- Ferro, V. (2012). *La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Quito: PUCP.

- Franco, D. (2013). La protección del derecho al trabajo en el Perú en base a la experiencia colombiana en la legislación y jurisprudencia. Lima: Revista Principal IURIS.
- García, J. (2007). Las antinomias en el derecho, el por qué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones. Recuperado el 3 de octubre de 2017 de <http://vlex.com/vid/antinomias-origen-posibles-soluciones-41252338>
- Guastini, R. (2010). Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana. México: Universidad Iberoamericana.
- Horvitz, M y López, J. (2008). Derecho procesal penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación. Recuperado el 1 de octubre de 2017 de <https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/sources/3285>
- Lanas, E. (2015). Reformas al Código de Trabajo introducidas por la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Quito: UASB Ecuador.
- Lara, J. (2009). Las antinomias en el derecho: el caso de las leyes 29214 y 29215. Lima: Revista 48. Recuperado el 5 de octubre de 2017 de http://www.ipdt.org/editor/docs/01_Rev48_JLM.pdf
- Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. (2015). Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de abril de 2015.
- Ortega, W. (2016). Ley Orgánica Para la Justicia Laboral: de la utopía a la realidad. (1ª. Edición). Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Pazos, I. (1995). Contradicciones Normativas y Jerarquía de normas. Alicante: Universidad de Alicante.
- Pedraza, E, Amaya, G, Conde, M. (2010). Desempeño laboral y estabilidad del personal administrativo contratado de la Facultad de Medicina de la Universidad de Zulia. Zulia: FACES-LUZ.
- Peña, R. (2011). Teoría general del proceso. (2ª. Ed.). Bogotá. Ecoe Ediciones.
- Pinilla, A. (2013). Breves comentarios a las reglas vigentes para el cómputo de plazos o términos de origen legal. Bogotá: Revista de derecho privado.
- Real Academia Española. (2017). Recuperado el 9 de noviembre de 2017 de <http://dle.rae.es/?id=UCd7HKS>
- Resolución de Triple Reiteración No. 6. (2016). Registro Oficial Suplemento 873 de 31 de octubre de 2016. (Corte Nacional de Justicia).
- Sabogal, E. (2015). Cartilla Laboral 2016. Recuperado el 9 de noviembre de 2017 de <http://vlex.com/vid/terminacion-contrato-trabajo-599272370>

Salgado, J. (2009). La nueva constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones. Recuperado el 1 de octubre de 2017 de https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/vid/515871854/graphical_version

Toyama, J y Neyra, C. (2016). Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo. Lima: Revista IUS ET VERITAS.

