

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

La estabilidad laboral absoluta para personas con discapacidad

Un mecanismo efectivo para el desarrollo integral de sus derechos

Víctor David Palacios Zambrano

Tutora: Elisa Verónica Lanas Medina

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	 creative commons
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de Cesión de Derecho de Publicación

Yo, Víctor David Palacios Zambrano, autor del trabajo intitulado “La Estabilidad laboral absoluta para personas con discapacidad: Un mecanismo efectivo para el desarrollo integral de sus derechos” mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 15 de abril de 2021.

Firma:.....

Resumen

En un contexto general, esta tesis permite generar un enfoque distinto a la estabilidad laboral para las personas con discapacidad, por el trato distinto que genera la Ley Orgánica de Discapacidades a los servidores regidos por la LOSEP y trabajadores regidos por el Código de Trabajo, esquema que no ha cambiado con las sentencias expedidas por la Corte Constitucional.

Se puede verificar que la estabilidad laboral ha venido evolucionando de manera constante en nuestro país, desde el proceso de ingreso del personal regido por el Código de Trabajo al generar estabilidad indefinida por la eliminación del contrato a plazo fijo, pero dejando ciertos vacíos en los procesos de desvinculación, debido a la inexistencia de mecanismos suficientes y necesarios para garantizar de mejor forma estabilidad en el trabajo, para que se puedan lograr convalidar los principios de continuidad y libertad de trabajo de los trabajadores.

Han existido importantes avances para los servidores con discapacidad como grupo de atención prioritaria, en razón a la estabilidad laboral en el sector público, pasando de evitar una desvinculación en contratos ocasionales siempre y cuando el puesto o denominación genere un interés institucional para su renovación, hasta eliminar la figura jurídica de compra de renuncia obligatoria, para servidores con nombramiento definitivo.

El presente trabajo es un análisis crítico a la estabilidad de las personas con discapacidad, por cuanto no se eliminó de manera integral el despido intempestivo en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, esquema ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia **Nro. 172-18-SEP-CC, CASO Nro. 2149-13-EP**, generando una tensión eminente entre el principio de libertad contractual y autonomía de la libertad y la proscripción de arbitrariedad en el sector público, y adicionalmente, la posible transgresión a la igualdad formal ante la ley cuando se trata de servidores de discapacidad regidos a la LOSEP, y Código de Trabajo, generando en el primer caso prohibición de compra de renuncia obligatoria y en el segundo caso la permisibilidad del despido intempestivo, verificando un trato distinto a la persona con discapacidad.

Palabras claves: estabilidad laboral, despido intempestivo, personas con discapacidad, Ley Orgánica de Servicio Público, Código de Trabajo.

Dedicatoria

A todas las personas con discapacidad que día a día luchan por un trabajo digno y una verdadera estabilidad laboral

Agradecimientos

A mis padres, mis hijos y a mi esposa Sara Menéndez por ser fuentes de inspiración permanente en las distintas fases de aprendizaje. Y a Elisa Lanas Medina por ser una guía extraordinaria en el presente trabajo.

Tabla de contenido

Introducción.....	15
Capítulo primero.....	17
La Estabilidad Laboral en las personas con discapacidad.....	17
1.-Los Principios de la Estabilidad laboral.....	22
1.1.- Principio de continuidad laboral.....	24
1.2.- Principio Protector.....	25
1.3.- Principio de Inamovilidad laboral.....	27
1.3.1.- Tensión entre el principio de inamovilidad laboral y los principios de libertad contractual y principio de la autonomía de la voluntad.291.4.- Principio de Progresividad laboral.....	32
1.5.- Principio de Proscripción de la arbitrariedad del sector público.....	33
1.6.- Principio de igualdad y no discriminación.....	35
2.- Persona con discapacidad, y persona discapacitante.....	39
2.1.- Los Modelos de la diversidad funcional un camino para la búsqueda del modelo social para las personas con discapacidad.	42
2.2.- Trabajador sustituto como mecanismo para hacer efectivos los derechos laborales de las personas con discapacidad.....	45
2.2.- Trabajador sustituto y estabilidad laboral como efecto jurídico.....	47
2.3.- La Estabilidad laboral de las mujeres embarazadas, o asociado a su condición de gestación o maternidad como referencia al principio de inamovilidad.....	48
2.4- La Estabilidad laboral para personas con discapacidad.....	49
2.5.-La estabilidad laboral en las personas con discapacidad en el Ecuador.....	51
2.6.-La Estabilidad Laboral en las personas con discapacidad en funciones de confianza.....	53
Capitulo segundo.....	59
Legislación Nacional y Normativa Comparada respecto al Derecho de la Estabilidad Laboral, de las Personas con Discapacidad.....	59
1-. Ley Orgánica de Discapacidades del Ecuador; análisis del art 51.....	59
2.-La estabilidad laboral en las personas con discapacidad en las constituciones en países andinos.....	61
2.1.- La estabilidad laboral en las personas con discapacidad en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999.....	61
2.2.- La estabilidad laboral en la Constitución Política de Bolivia.....	63

2.3.- La estabilidad laboral en la Constitución Política de Colombia.....	63
2.4- La estabilidad laboral en las personas con discapacidad según la Constitución Política del Ecuador 1998	64
2.5.- La estabilidad laboral en las personas con discapacidad en la Constitución de la República del Ecuador 2008	65
3. Terminación de la relación laboral en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, excepción a la estabilidad absoluta.....	66
3.1.- Causales de terminación de la relación laboral bajo el régimen laboral del Código de Trabajo.....	67
3.2.- El Despido intempestivo; definición, ámbito y aplicación	73
3.3. Acumulación de indemnización por despido intempestivo para ciertos actores sociales.	74
3.4.- Despido intempestivo de Contrato Colectivo	77
3.5.- Casuales de terminación de la relación laboral en la Ley Orgánica de Servicio Público.....	79
3.6.- Compra de renuncia obligatoria en el sector público.....	83
3.7. La estabilidad laboral reforzada en Colombia y Ecuador para los casos de enfermedades catastróficas.....	85
Capítulo Tercero	101
Análisis de Sentencias de Corte Constitucional, respecto al Derecho a la Estabilidad Laboral en el Ecuador para las Personas con Discapacidad y enfermedades catastróficas.	101
1. Derecho a la estabilidad laboral a servidores públicos y trabajadores con discapacidad y enfermedad catastrófica, en los regímenes laborales Código de Trabajo, LOSEP. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional Nro. 258-15-SEP-CC, CASO 2184-11-EP.....	102
1.1. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional. Nro. 004-018-SEP-CC, CASO 664-14-EP.....	107
1.2. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional Nro. 172-18-SEP-CC, CASO Nro. 2149-13-EP.	114
Conclusiones.....	117
Bibliografía.....	121

Introducción

La Corte Constitucional en nuestro país ha emitido una serie de sentencias relacionadas con los derechos laborales de las personas con discapacidad, donde se puede verificar que sus derechos han evolucionado sustancialmente, no obstante, no se ha logrado de forma integral resolver un derecho sustancial como es el derecho a la estabilidad laboral, debido a que en la actualidad los trabajadores regidos al Código de Trabajo están sujetos a la indemnización de dieciocho remuneraciones básicas unificadas tal como lo establece el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades y en el sector público las primeras sentencias de la Corte Constitucional dejaron abierta la posibilidad de que se genere la compra de renuncia obligatoria, hecho que se resolvió en lo posterior con la sentencia Nro. 172-18-SEP-C, caso 172-18-SEP-CC, sin embargo, persiste en la actualidad desigualdad formal ante la ley entre servidores y obreros.

Cuando nos referimos a que en la actualidad prevalece una desigualdad formal ante la ley entre trabajadores y servidores del sector público y privado, es precisamente por dos esquemas fundamentales, el primero respecto a la existencia de distintos regímenes laborales en el sector público Código de Trabajo, Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP) o Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante LOEP), según corresponda; y el segundo caso porque en el sector privado los trabajadores se rigen a las normas del Código de Trabajo, en virtud de esto, el problema fundamental radica en la denominación de despido intempestivo consagrado en el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidad, por cuanto tenemos en el sector Público a un servidor regido por la Ley Orgánica de Servicio Público a quien no se le puede aplicar la figura de compra de renuncia obligatoria cuando es una persona con discapacidad y a un trabajador regido al Código de Trabajo que trabaja en el mismo sector público, a quien se le puede aplicar el despido intempestivo, figura consagrada en el art 188 del Código de Trabajo, recalando que ese trabajador regido al Código de Trabajo es la norma que rige para los trabajadores del sector privado.

La Ley Orgánica de Justicia Laboral, trajo avances importantes en este sentido, la mujer embarazada hasta su período de lactancia y los dirigentes sindicales se encuentran protegidos por el denominado despido ineficaz, garantizando estabilidad laboral absoluta al permitir el reintegro a sus labores ante un eventual despido intempestivo, así mismo, la Corte Constitucional ha efectuado avances importantes respecto al derecho a la

estabilidad laboral de personas con enfermedades catastróficas, tal como señala la sentencia No 080-13-SEP-CC CASO No 0445-11-EP, que ratifica la estabilidad reforzada a grupos que tengan enfermedades catastróficas, lo que constituye un gran avance en materia de derechos en este grupo de actores sociales, asimilando el término de estabilidad reforzada que emitió la Corte Constitucional de Colombia en la **Sentencia T-320/16**.

El presente trabajo de investigación busca analizar la estabilidad laboral en las personas con discapacidad e identificar los criterios utilizados por los jueces en las sentencias de la Corte Constitucional, Nro. 258-15-SEP-CC, CASO 2184-11-EP, Nro. 016-16-SEP-CC, CASO Nro. 2014-12-EP, y Nro. 004-018-SEP-CC, CASO 664-14-EP, Nro. 172-18-SEP-CC, CASO 2149-13-EP, a efectos de poder verificar la evolución de los derechos laborales de personas con discapacidad como parte del grupo de atención prioritaria, con el objeto de tener una mejor comprensión sobre la dispersión de criterios sobre el porqué se debe instaurar una estabilidad absoluta en las personas con discapacidad. La hipótesis de la presente investigación sería ¿en qué medida existe violación a la igualdad formal ante la ley entre trabajadores y servidores del sector público y privado respecto a la estabilidad laboral en las personas con discapacidad.?

Para cumplir con los objetivos de la investigación, en el Capítulo I se establece una parte teórica y definiciones sobre estabilidad laboral en las personas con discapacidad, en el Capítulo II se verifica los mecanismos de conocimiento sobre nuestra legislación nacional y normativa comparada respecto al derecho de estabilidad laboral, de las personas con discapacidad. El capítulo III analiza las sentencias de Corte Constitucional, respecto al derecho a la estabilidad laboral en el Ecuador para las personas con discapacidad, con la finalidad de verificar si se está cumpliendo de forma integral con la igualdad formal ante la ley y si no existen mecanismos de discriminación entre trabajadores y servidores con discapacidad regidos a la Ley Orgánica de Servicio Público y trabajadores del Código de Trabajo.

Capítulo primero

La Estabilidad Laboral en las personas con discapacidad

Sin lugar a dudas el derecho al trabajo se ha constituido, como uno de los temas centrales en toda sociedad en los ámbitos político, económico, social, cultural, entre otros, donde los Estados establecen políticas públicas y normativas para hacer efectivo el cumplimiento de este derecho, generando en gran medida avances significativos, pero algunas veces la implementación de estas políticas no logran solucionar de manera efectiva este derecho, generando tensiones eminentes entre el Estado y ciudadanos.

En síntesis, el derecho al trabajo busca la participación en el mercado laboral de todas las personas que quieran trabajar, lo que supone la distribución del trabajo de una manera que permita la participación de todos en la economía, de acuerdo con el nivel de educación, la capacitación, el acceso a los recursos y las preferencias de la persona en cuanto al modo de ganarse la vida.¹

Conceptualmente el derecho del trabajo es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones existentes entre los empleadores y trabajadores, así como la regulación autónoma de las actividades de los trabajadores. El derecho del trabajo contiene un sinnúmero de elementos siendo el elemento más trascendental en el ejercicio de los derechos la determinación de la estabilidad laboral.

Para Ángel Eduardo Gatti el derecho del trabajo es el ordenamiento normativo institucional que regula las relaciones individuales y colectivas del trabajo asalariado, prestado por unos sujetos (los trabajadores) por cuenta y favor de otros (los empleadores), estando a cargo de estos la satisfacción de la remuneración y otros deberes impuestos por el sistema jurídico imperante, establecido según cierta distribución del poder socio económico en el grupo humano regulado.²

Pero dentro del contenido del derecho al trabajo, la idea fundamental es acceder a una plaza de trabajo y por otra parte el derecho a no ser desvinculado excepto por las causas justas que prevé el ordenamiento jurídico, sin embargo, ante lo señalado existen

¹ Defensoría del Pueblo de Colombia, (*Contenido y alcance del derecho individual del trabajo Marco para la Evaluación de la Política Pública del Derecho al Trabajo desde una Perspectiva de Derechos Humanos*) 12-13. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26115.pdf>.

² Ángel Eduardo Gatti, *Derecho del Trabajo, Manual de las relaciones individuales* (Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2015), 55.

evidentes confusiones cuando se refiere a la finalidad del derecho al trabajo, ocasionando una interpretación errada del mismo como si el Estado debería solucionar el desempleo otorgando de forma directa a la persona una plaza de trabajo, cuando lo correcto es que el Estado debe crear las condiciones necesarias para generar empleo a todos sus habitantes, y en especial a los grupos de atención prioritaria, con la determinación de acciones afirmativas para el ejercicio de sus derechos.

Lo expresado se puede auscultar en los procesos de selección, mediante concursos de méritos y oposición, y de otra índole, que son realizados en las instituciones públicas y los procesos de ingreso y selección que genera el sector privado garantizando en cierta medida el derecho al trabajo, al momento de garantizar una plaza de trabajo y el derecho a acceder a la misma, sin embargo, no existen mecanismos suficientes y necesarios para evitar un proceso de desvinculación laboral, para esto se requiere normas contundentes y claras para que el proceso de salida o desvinculación laboral no sea débil y vulnerable, avalando los principios de continuidad y permanencia en el trabajo.

El principio general en cuanto a la duración de la relación de trabajo, se puede expresar señalando que los trabajadores tienen derecho a permanecer en el empleo. Es, de acuerdo a lo señalado en líneas anteriores, una de las manifestaciones, sin duda la más importante, del derecho del trabajo. La permanencia en el empleo está normalmente vinculada al carácter indefinido, en cuanto a su duración de la relación de trabajo. La regla fundamental es que, salvo que se compruebe otra cosa, toda relación de trabajo se celebra por tiempo indefinido. La comprobación del hecho contrario quedará siempre a cargo el patrón.³

La continuidad del trabajo, va ligada a la estabilidad laboral, la cual atañe al tiempo de la relación laboral que generalmente varía según la modalidad contractual, por ejemplo, el contrato a tiempo indefinido que garantiza una estabilidad sin que la misma constituya una garantía absoluta para quedarse en el puesto de trabajo, en razón que pueden existir mecanismos de desvinculación de forma unilateral que van anexados con montos indemnizatorios, que según las circunstancias van de menor a mayor valor.

Y por otro lado la libertad de trabajo, que se encuentra ligada a la estructura de la estabilidad laboral, tiene por objeto que los trabajadores decidan qué trabajo elegir y cuando salir del mismo, en ese sentido, el mismo no puede ser afectado de forma arbitraria

³ Néstor de Buen L. “*Derecho del trabajo*” (México: Editorial Porrúa S.A., 2015), 545.

ni de forma unilateral por el empleador, porque existirá una verdadera ruptura de este principio. Al garantizar la estabilidad laboral, se garantiza el derecho a libertad de trabajo, del trabajador y a su vez consolida el principio de inamovilidad laboral.

La discusión permanente a nivel internacional es que no existe una norma que obligue a los Estados Partes que suscriben Convenios o Tratados Internacionales, a que no se someterse a la figura de prohibición de despido unilateral, debido a que en el momento que es permitido haciendo los mismos ineficaces, ya que la utilización de estos, conllevan indemnizaciones, siendo una consecuencia de permitir la figura de despido por esta razón, muchos países integran en su ordenamiento jurídico normas que determinan la prohibición del despido injustificado de los trabajadores, pero esta prohibición en la mayoría de los casos no implica el reintegro a sus puestos de trabajo, que es el objetivo principal de la estabilidad, sino más bien de implementar indemnizaciones a modo de sanciones a los empleadores, que terminan justificando estos despidos arbitrarios ilegales e ilegítimos.

La excepción ineludible e indispensable que debe existir en la estabilidad laboral es precisamente el régimen disciplinario, en la cual están inmersos todos los trabajadores y servidores sin excepción alguna, ya que sin lugar a dudas el trabajo implica derechos y obligaciones. La obligación importante del trabajador es cumplir a cabalidad las tareas, las cuales le han sido asignadas en el ejercicio de las funciones y que el trabajo no implique actos contrarios a las buenas costumbres o la ética que implícitamente contiene una relación laboral.

La finalidad de la instauración del régimen disciplinario, es permitir que la conducta del trabajador se ajuste a las necesidades del empleador, por esta razón el empleador tiene la potestad de emitir un reglamento interno de trabajo de conformidad a lo preceptuado en el art 64 del Código de Trabajo, sin que sea necesario el consentimiento de los trabajadores y que sea debidamente aprobado por la autoridad administrativa de trabajo (Ministerio de Trabajo) a través de la Dirección Regional de Trabajo, del lugar donde se encuentre la empresa.

El reglamento interno de trabajo, es un conjunto de normas que regulan derechos y obligaciones entre empleadores y trabajadores, y que en cierta medida elimina la discrecionalidad, y subjetividad, de vacíos normativos que tienen las normas ordinarias y orgánicas. Para el personal regido al Código de Trabajo, la aplicación es de carácter obligatoria por la existencia de más de un trabajador según lo preceptuado en el art 64 del Código de Trabajo, en el caso de la LOSEP, los empleadores tienen esa potestad de

carácter subjetiva, debido a que tienen una norma más amplia y completa, a diferencia de los vacíos normativos que tiene el Código de Trabajo.

En el caso de los servidores sujetos a la LOEP, será competente el Directorio que deba implementar su norma de talento humano que rija a los servidores por disposición expresa del art 17 inciso segundo, que se expresa de la siguiente manera; *“El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas.”*⁴

Existen elementos importantes y trascendentales para conservar las relaciones labores entre empleadores y trabajadores, y fortalecer el proceso de la productividad de las organizaciones tales como la identificación de la cultura organizacional, mejoramiento del clima laboral, criterios transformacionales de un lugar productivo.

Ahora bien, cuando se hace énfasis al proceso disciplinario, significa que se trata de un proceso que puede ser utilizado por iniciativa del empleador, cuando la conducta del trabajador va en contra de disposiciones legales, y lo debe efectuar a través de un proceso de visto bueno en las autoridades competentes, pertenecientes al Ministerio de Trabajo, específicamente un Inspector de Trabajo, que mediante resolución respectiva permite la terminación de la relación laboral de carácter indefinido, sin que le ocasione un costo adicional al empleador, dejando constancia que cuando se trate de servidores se realiza un proceso de sumario administrativo de conformidad al Acuerdo No. Mdt-2019-007 referente a la Norma Técnica para la Sustanciación de Sumarios Administrativos)⁵. Las otras formas de interrumpir una relación indefinida sin que se trate de una interrupción unilateral del empleador, estaría la renuncia voluntaria de parte del trabajador y servidor, por diversos motivos; jubilación por vejez, por enfermedad, por incapacidad permanente o absoluta, o en su defecto porque optará por un nuevo empleo, entre otras cosas, que serán analizados más adelante en esta investigación.

Lo ideal es crear un sistema normativo amigable, flexible, donde se implementen dos esquemas normativos necesarios, por un lado el régimen disciplinario que sea el más adecuado donde el empleador pueda utilizarlo y hacerlo efectivo en el momento oportuno,

⁴ Ecuador 2009, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Suplemento del Registro Oficial 48, 16-X-2009, art 17

⁵ Ecuador Ministerio de Trabajo, No. MDT-2019-007 *Norma Técnica para la Sustanciación de Sumarios Administrativos*, Suplemento del Registro Oficial No. 412, 23 de enero 2019. Art 1.

y por otro lado que exista el despido nulo o ineficaz en todos los casos, así el empleador no podría usar la opción de despido injustificado o intempestivo como una opción respaldada con el pago de una indemnización, sino más bien direccionar su esquema a un debido proceso a través del procedimiento disciplinario y que solo se permita utilizar esta medida en el caso que se requiera de una verdadera optimización de personal, regulado y controlado por las autoridades de trabajo, orientada a procesos de racionalización y reestructuración de la empresa o de la institución pública, que esté orientada al puesto y no a la persona.

Con esta reflexión, la práctica del despido intempestivo quedaría mermada en gran parte, por cuanto se establecerían normas adecuadas, motivadas y objetivas para el establecimiento de procesos disciplinarios que le permitan al empleador lograr acceder a este procedimiento, hecho que en la actualidad se dificulta, debido a que se cuenta con un proceso normativo escabroso, por cuanto el empleador debe pasar por esquemas burocráticos con plazos limitados para interponer acciones ante las autoridades de trabajo, en algunas ocasiones, teniendo que pasar por los denominados Comité Obreros Patronales, que van en contra de la celeridad y eficiencia de un procedimiento, pero que son involucrados en los Contratos Colectivos.

Queda claro entonces, que se debe trabajar en la mencionada estabilidad de salida, instituyendo figuras jurídicas que completen este esquema integral, como despido nulo o despido ineficaz, que son utilizados con frecuencia, pero más se destacan en aquellos casos que resulta de mucha importancia, o especial protección como grupos de atención prioritaria, en el caso nuestro el despido ineficaz es una figura jurídica que protege de forma integral a mujeres gestantes en todas sus etapas y dirigentes sindicales, agregando cierto contenido de importancia a los adultos mayores y aquellas personas que sufran alguna discriminación, en tanto que estos dos últimos actores no tienen la connotación de reintegro en sus puestos de trabajo.

La Corte Constitucional ha realizado un acierto pertinente, al establecer que se prohíbe la compra de renuncia obligatoria para servidores que tengan discapacidad, pero este criterio no abarcó a los trabajadores con discapacidad regidos al Código de Trabajo en relación al despido intempestivo por la tensión del principio de libertad contractual y principio de la autonomía de la voluntad, que hablaremos más adelante.

1. Los Principios de la Estabilidad laboral

La estabilidad laboral es el cimiento de la continuidad, y las dos dan solvencia y seguridad al trabajador, quien aspira a que se respeten estas garantías y le permitan cumplir su vida laboral con normalidad, hasta lograr una jubilación justa, que le conceda una vida decente al finalizar su ciclo productivo o vida laboral. Un empleo estable y un trabajo responsable son el ideal y una gran aspiración no solo del empleado sino de su empleador, ya que tanto el uno como el otro requieren de estos factores para el desempeño normal de las actividades industriales y de los ingresos personales, que redundan en el mejoramiento y crecimiento de la empresa y de la vida familiar.⁶

El derecho del trabajo se encuentra reforzada por un sinnúmero de principios básicos entre los cuales podemos destacar el principio de continuidad, protectorio, de progresividad, inamovilidad. En este sentido, es necesario poder desarrollar cada uno de estos principios a efectos de verificar de forma integral en qué medida ayudan a desarrollar la institución jurídica de la estabilidad en nuestra sociedad.

La estabilidad laboral como principio ha estado en discusión de manera permanente en los distintos países a nivel mundial, por cuanto la misma genera muchos beneficios para los trabajadores, así como para la economía de un país, por cuanto permite el endeudamiento a largo plazo, el aseguramiento y disfrute de los demás derechos como, alimentación, vivienda, salud entre otros, y a su vez, que producto de estar laborando por muchos años, le permita asegurar una jubilación digna a los trabajadores cuyo efecto futuro es asegurar una vida digna en los años posteriores de sus labores hasta su fallecimiento.

No obstante lo señalado, en ciertas ocasiones los Estados, tienden a incorporar normas que acentúan la precarización laboral, incorporando normas que generen una relación contractual para evitar el pago de una correcta liquidación o indemnización según corresponda, y esto provoca que el empleador pueda utilizar estas herramientas normativas para evitar el pago de una jubilación patronal a los trabajadores, o en su defecto, que el trabajador no adquiera a través del tiempo el goce efectivo de derechos contemplados en las normas legales vigentes como fondos de reserva, días adicionales de vacaciones, entre otras cosas.

⁶ Jorge Vásquez López, *El nuevo derecho laboral* (Quito: Ediciones Librería Cevallos, 2017), 227

La estabilidad puede ser parcial o absoluta, la primera busca generar condiciones normativas que impliquen que el trabajador pueda laborar un tiempo determinado a través de las distintas modalidades contractuales que se encuentren en el sistema normativo, pero la misma no evita una desvinculación laboral en cualquier etapa de la relación laboral y la segunda, que se refiere a estabilidad laboral absoluta, que implica mecanismos jurídicos que impiden que un trabajador pueda ser desvinculado de manera unilateral sin fundamento alguno, y que permite a su vez que los trabajadores laboren de manera indefinida para un determinado empleador con las excepciones señaladas.

El proceso de ingresar a laborar en el sector público y privado en nuestro país, es distinto, y excluyente para el personal regido al código de trabajo, y servidores regidos por la LOSEP y LOEP, por diversas razones que a continuación se detalla:

1.- Los trabajadores regidos al Código de Trabajo que ingresan a una institución pública o privada tienen diversas modalidades contractuales según las necesidades que tenga el empleador entre estas se encuentran: el contrato indefinido, y contratos temporales, por obra cierta, por tarea, a destajo, por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, el contrato eventual, ocasional, de temporada, entre otros. Los servidores regidos a la LOSEP, ingresan al sector público, con contratos ocasionales, nombramiento provisional, nombramiento definitivo, período fijo, libre remoción. Los servidores que ingresan a laborar a una empresa pública se rigen bajo los mecanismos señalados en la normativa interna de talento humano expedidos por el Directorio de la entidad.

2.- Los trabajadores regidos al Código de Trabajo tienen como ingreso a la estabilidad indefinida diferentes opciones, a través del contrato a tiempo indefinido con período de prueba, que una vez que termine el plazo de los 90 días de prueba, pasa el trabajador a obtener la estabilidad indefinida. Cuando el plazo de un contrato no se renueva y el trabajador sigue laborando, pasa a la modalidad contractual de tiempo indefinido. El personal de LOSEP, genera la estabilidad laboral a través de un concurso de méritos y oposición según lo preceptuado en la Constitución de la República del Ecuador, cuyo ganador será el que cumpla todo el procedimiento señalado en las normas infra constitucionales, acto seguido se expide un nombramiento provisional por el lapso de 90 días, y previo finalizar el mismo, le corresponde a la máxima autoridad de la entidad proceder con la evaluación del servidor, superada la evaluación o sin la evaluación, es obligación de la entidad generar el nombramiento definitivo.

El proceso de salida del trabajo también tiene sus connotaciones y diferencias, por esta razón, el personal que se encuentra regido al Código de Trabajo, puede ser objeto de una desvinculación a través de la figura de despido intempestivo que no plantea condicionamientos, y se trata de una figura jurídica donde el empleador procede a realizar la desvinculación de forma unilateral, sin que medie ningún requisito previo, y para el personal regido a la LOSEP, existen dos planteamientos para la desvinculación unilateral, la supresión de partida por razones técnicas, funcionales y económicas, bajo los principios racionalización, priorización, optimización y funcional, vinculada en gran parte a la denominación que al servidor, en circunstancias que el puesto que está sujeto a supresión, no puede ser creado por el lapso de dos años y por otro lado, la compra de renuncia obligatoria cuya aplicación tiene tres fundamentos, importantes como son la reestructuración, optimización o racionalización, que pueden ser utilizados de manera individual y excluyente. Respecto al personal regido a la LOEP, las normas de desvinculación se encontrarán señaladas en la norma interna de talento humano que expida el Directorio.

1.1.- Principio de continuidad laboral

Cuando nos referimos al principio de continuidad laboral nos referimos a la extensión necesaria que pueda tener el contrato de trabajo, para tener mayores beneficios internos y externos, en el caso de los primeros se refiere a los posibles derechos que pueda tener el trabajador dentro de la empresa, beneficios como licencias, anticipos de remuneraciones, jubilación, de conformidad al cumplimiento de preceptos legales pertinentes, entre otros; y en tanto a los beneficios externos que el trabajador puede adquirir, bienes y servicios a largo plazo, mejorando sustancialmente la economía en la sociedad.

El contrato de trabajo tiende a hacerse indefinido en el tiempo. Razones de orden histórico, vinculadas a la necesidad de la estabilidad de la relación de un modo de operatividad de la protección de los trabajadores, han consagrado la idea de la continuidad de esa vinculación, en la concepción garantista que le asigna primacía a la seguridad de la ocupación permanente. En este orden de consideraciones, la llamada vocación de permanencia del contrato constituye un valor salvaguardado en el plexo jurídico- positivo

que, cada vez que surja duda, impone decidir con sentido de defensa de la continuidad del acto negocial laboral.⁷

El principio de continuidad es un principio implícito no escrito, ya que la permanencia conlleva a la antigüedad y por supuesto, ciertos beneficios que ello otorga, como en el caso de las vacaciones anuales, que a partir del quinto año, da derecho al trabajador a un día adicional por cada año posterior al quinto año; igual cosa sucede con el fondo de reserva, que lo tienen aquellos que laboran más de un año; y sobre todo en la contratación colectiva donde se pactan beneficios por la antigüedad.⁸

Para Graciela Monesterolo, el principio de continuidad o estabilidad se refiere al derecho que tiene toda persona trabajadora a conservar el empleo hasta la jubilación o pérdida permanente de la capacidad laboral, mientras no surja alguna causa justa de terminación del contrato.⁹

1.2.- Principio Protector

Surge con la necesidad de nivelar de forma integral esta desigualdad que existe entre el empleador y trabajador, es decir, la balanza está inclinada para el empleador en relación al trabajador en tanto el primero es el dueño del medio de producción y el trabajador mediante su esfuerzo o actividad contribuye a la producción de la riqueza el cual se encuentra subordinado técnica, y financieramente.

En el caso de la subordinación técnica se verifica por las disposiciones de carácter de conocimiento que pueda sugerir en la mayoría de los casos el empleador a fin de que las tareas se ejecuten bien en la mayor medida de lo posible de forma correcta y el factor económico o financiero en tanto el empleador es el encargado de cancelar las remuneraciones al trabajador, siendo una dependencia económica de tracto sucesivo.

Estos elementos constituyen un arraigo fundamental dentro de las bases de las relaciones laborales y ha quedado demostrado que a lo largo de la historia en sus distintas etapas y doctrinas económicas implementadas, siempre existió una desigualdad en las relaciones laborales, debido a que el empleador mantiene un poder eminente de superioridad respecto al trabajador, en ese sentido a medida que el tiempo avanza las

⁷ Ángel Eduardo Gatti, *Derecho del Trabajo, Manual de las relaciones individuales* (Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2015), 55

⁸ Jorge Vásquez López, *El nuevo derecho laboral* (Quito: Ediciones Librería Cevallos, 2017), 226

⁹ Graciela Monesterolo, *régimen jurídico laboral del sector privado* (Quito: Ediciones Centro de Publicaciones Pontificia de la Universidad Católica del Ecuador), 22

clases obreras a través de presiones sociales han logrado que el Estado intervenga en las relaciones laborales implementando normas que de forma evidente mejoren ese equilibrio con la determinación de derechos.

La paz pretendida por medio del derecho solo puede provenir de la afirmación constante de relaciones justas. En esta necesidad es insoslayable resignificar el principio protectorio como idea valorativa que ha de predominar en la elaboración de un conjunto jurídico, que sobre esa base legitime su aplicación y extienda su desarrollo progresivo.¹⁰ El principio protectorio se puede verificar en nuestro ordenamiento jurídico empezando por la Constitución de la República del Ecuador del art 326 al 333 que establece una gama de principios y derechos que fortalecen carácter tuitivo del Derecho al trabajo, destacando entre todos, el numeral 2 del art 326 de la C.R.E., que señala “*Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.*”¹¹

Es decir, los derechos no son renunciables como en las otras materias civiles, comerciales, en materia laboral el trabajador o servidor no puede renunciar a su remuneración, tampoco le pueden exigir que se renuncie por obligación. Las normas ordinarias ratifican esta protección de derechos para muestra de aquello, se destaca el 5 del Código de Trabajo que señala la protección expresa que deben generar las autoridades laborales en la parte administrativa y en la parte judicial “**Art. 5.- Protección judicial y administrativa.- Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportunas y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos.**”¹²

En este sentido las normas jurídicas permiten que las autoridades de trabajo generen las condiciones necesarias para brindar protección al trabajador frente a las posibles arbitrariedades que se puedan generar en una relación laboral, por esta razón se crean el sistema de inspecciones en el Ministerio de Trabajo con la finalidad que las autoridades administrativas visiten a los trabajadores para verificar las condiciones laborales, y señalar el cumplimiento de obligaciones laborales respecto a las normas legales vigentes.

Así mismo, dentro de un proceso judicial se crean figuras jurídicas como el juramento deferido que permite determinar el tiempo de servicios y la remuneración en

¹⁰ Ángel Eduardo Gatti, *Derecho del Trabajo, Manual de las relaciones individuales* (Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2015),37

¹¹ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 326, núm. 2.

¹² Ecuador. 2005. *Código de Trabajo* Registro Oficial Suplemento 167, 16-dic-2005, art 5

la relación laboral cuando no existe una prueba fehaciente que pueda demostrar estos dos elementos una vez que el trabajador ha probado la relación laboral que será apreciada de forma integral con las demás pruebas que se aporten en el proceso. En este sentido, se puede apreciar que el principio protectorio se encuentra en contenidos intrínsecos y extrínsecos en las normas jurídicas vigentes, lo que permite determinar que se trata de un principio de notable importancia y que es necesario a efectos de poder, seguir protegiendo ese desequilibrio existente entre trabajador y empleador.

Uno de los elementos que podría investir fortaleza en el proceso jurisdiccional, es que la institución jurídica de la carga de la prueba, sea invertida al empleador como premisa básica esencial, que permita eliminar las desigualdades reales o materiales, y de esta forma se pretenda lograr un mayor equilibrio en la relación laboral empleador-trabajador o servidor.

1.3.- Principio de Inamovilidad laboral

El principio de inamovilidad laboral surge con la necesidad de crear condiciones especiales en una relación laboral para garantizar una estabilidad absoluta, con las excepciones del caso establecidas en las normas (carácter disciplinario y causas de terminación de un contrato de trabajo). La implementación de este principio laboral se encuentra ligada a la estabilidad laboral, con la diferenciación de la estabilidad laboral relativa que generalmente se dan en tipos de contrato que tienen un tiempo determinado, o en su defecto tiempo indefinido, pero sin mecanismos de protección especial.

Este principio es el contenido intrínseco en la implementación de las figuras jurídicas como despido ineficaz y despido nulo que muchos países han instaurado en sus instituciones jurídicas, el cual está orientado a la determinación de la estabilidad absoluta.

Este principio actúa de una manera correcta y amplia cuando se trata de una relación que no está sujeta a un plazo contractual determinado, es decir, cuando la relación laboral es de carácter indefinido, les garantiza una protección especial a los trabajadores en cuanto permanencia se refiere, y evita que se remplace el despido con una indemnización. En este sentido, se destaca que en la actualidad se encuentra orientado a sujetos que se encuentran en un estado vulnerable y que son tratados de acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador como grupos de atención prioritaria.

Las relaciones laborales deben robustecerse con el principio de inamovilidad laboral, de la manera que trascienda no solo a ciertos actores que podrían encontrarse en

estado de vulnerabilidad, sino abarcar a todos los trabajadores que se encuentren gozando de una estabilidad de carácter indefinida, fortaleciendo el ejercicio de este principio. Podría tratarse de un principio mal interpretado por los empresarios porque se les garantiza a los trabajadores una protección especial, y que los obligaría a que se utilicen como mecanismo obligatorio a la instauración de un proceso disciplinario para proceder con una desvinculación de manera justa, y que se realice sea a través del procedimiento de visto bueno o sumario administrativo en el caso de los servidores públicos de las instituciones y entidades públicas que ya se encuentran señaladas en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, este principio de inamovilidad puede tener una armonía y compatibilidad con las relaciones laborales de manera integral siempre y cuando se busque orientar el cambio de percepción de los empleadores, por cuanto no se afectarían las relaciones contractuales sujetas a plazos determinados cuyas modalidades se encuentran sujetas a condiciones especiales, así mismo, las causales de terminación de las relaciones laborales establecidas en las normas legales vigentes, tampoco se verían afectadas.

Es decir, nuestro ordenamiento jurídico prevé un sinnúmero de causas para dar por terminada las relaciones laborales, las cuales son legales, por cuanto no se reputan como arbitrarias por ejemplo en el caso del Código de Trabajo un contrato eventual cuyo tiempo de duración puede ser por el lapso de seis meses, y que una vez culminado el plazo se da por terminada la relación laboral. En el caso del personal regido a la LOSEP sería la culminación de los contratos ocasionales en el plazo determinado o en cualquier momento, sin que esto constituya un acto arbitrario o ilegal.

En este sentido, el principio de inamovilidad en nuestro ordenamiento jurídico ha tenido cimientos importantes a raíz de la Ley Orgánica de Justicia Laboral que planteó una estabilidad indefinida para todos los trabajadores, y el despido ineficaz para las mujeres embarazadas o en período de lactancia, así como a los dirigentes sindicales; y en importantes sentencias de la Corte Constitucional incluyeron a las personas con enfermedades catastróficas y personas con discapacidad respecto a compras de renuncias obligatorias, pero poco o nada se ha hecho al respecto de impedir de forma integral el despido de un trabajador con discapacidad en el sector privado, siendo la misma

normativa también aplicable para trabajadores regidos al Código de Trabajo del sector público. (Sentencia N. o 172-18-SEP-C, caso 172-18-SEP-CC).¹³

1.3.1.- Tensión entre el principio de inamovilidad laboral y los principios de libertad contractual y principio de la autonomía de la voluntad.

Es evidente que, si se habla de inamovilidad laboral, genera una evidente tensión con el derecho a la libertad contractual y principio de autonomía de la voluntad en el ámbito privado, justificación principal expuesta por la Corte Constitucional señalada en la sentencia Nro. **172-18-SEP-CC, CASO Nro. 2149-13-EP**, para establecer una diferencia en la estabilidad, entre servidores con discapacidad en el sector público y trabajadores del sector privado, en el primer caso justificando el no despido por el principio de proscripción de arbitrariedad en el sector público y en el segundo caso la justificación del despido intempestivo por los principios antes citados.

La dogmática civilista considera la libertad contractual como un componente que sirve de base de la autonomía a fin de que se constituyan entre los sujetos relaciones fundadas sobre el acuerdo. En virtud de la autonomía privada, el particular debe poder decidir con autonomía si, cuándo y cómo constituir cualquier relación que tenga por objeto una prestación y qué contenido darle, así como modificar o extinguir las relaciones preexistentes.¹⁴

En la concepción tradicional, la libertad contractual y el poder de autonomía privada tenían su fuente en la ley, entendida ésta al modo roussoniano. Si la libertad contractual y la autonomía privada derivan de la ley, no puede discutirse el poder de la ley para restringirla o, en ocasiones, para anularla, por lo cual, es legítima la pregunta en torno a si existe hoy en día un fundamento supra legal, más precisamente constitucional, de la libertad contractual.¹⁵

La libertad contractual es uno de los valores fundamentales de una economía de mercado liberal, pero puede concebirse de manera muy diferente según se entienda en sentido formal o en sentido material.

¹³ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. 2008. "Sentencia". *172-18-SEP-C, caso 172-18-SEP-CC. 2018*. 16 de mayo de 2018.

¹⁴ Luis Díez-Picazo y Ponce de León *Contrato y Libertad Contractual* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1998) 24

¹⁵ *Ibíd.*, 25.

Quienes conciben la libertad contractual desligada de los valores materiales encarnados en el **libre desarrollo de la personalidad** no otorgan demasiada importancia al procedimiento contractual a través del que se ejerce. Se utiliza entonces el concepto de autonomía de la voluntad como un concepto casi vacío que se aplica *tout court* a figuras tan dispares como el testamento, la letra de cambio, los contratos que son objeto de detenidas negociaciones, y las condiciones generales de los contratos entre empresarios y consumidores.¹⁶

Todos estos actos y contratos producen efectos jurídicos, se dice, por haber sido queridos. El control de las llamadas cláusulas abusivas aparece entonces como algo excepcional determinado por el contenido de la concreta estipulación. Algunos planteamientos de este signo parten de una concepción de la autonomía privada meramente formal, propia más bien del siglo XIX, para someterla después de manera excepcional a un intervencionismo característico de ciertas épocas del siglo XX.¹⁷

Así las cosas, la libertad en los contratos permite que los contratantes puedan determinar las propias cláusulas del contrato. Pero no podrán hacerlo si dichas cláusulas vulneran las normas legales imperativas del régimen contractual, la moral y el orden público.¹⁸

Impiden que una parte no haga lo que obliga hacer o haga lo que la norma prohíbe hacer. En cuanto a la moral se trata pues, de proteger una serie de conductas que deben ser cumplidas y acatadas por la sociedad y el orden público marcan un límite a la autonomía de la voluntad. En el caso de ser alteradas por la voluntad de los contratantes, comportaría igualmente, la ineficacia del contrato.¹⁹

Un contrato no será obligatoriamente válido solo porque concurra la voluntad de las partes. El principio de la autonomía de la voluntad, tiene una serie de restricciones que podrían anular el contenido o parte de un contrato. Las limitaciones recogidas en la ley se refieren a pactos contrarios a la ley, la moral y el orden público.²⁰

El principio de inamovilidad como se había explicado genera una protección especial a los trabajadores en cuanto a su permanencia se refiere y evita de forma evidente que se remplace el despido con una indemnización, en ese sentido, podemos reconocer

¹⁶ José María Piquel, *libertad contractual y condiciones generales de los contratos*, 12 <https://almacenederecho.org/lecciones-libertad-contractual-condiciones-generales-loscontratos>.

¹⁷ *Ibíd.*, 4

¹⁸ Cobo Aragonese, José Luis, *límites a la autonomía de la voluntad en los contratos* (Valencia: Editorial- Lars, 2005) 89

¹⁹ *Ibíd.*, 90

²⁰ *Ibíd.*, 90

que la figura del despido intempestivo se encuentra consagrada en el Código de Trabajo como alternativa a la terminación de la relación laboral, por lo tanto, esta terminación unilateral de parte del empleador hacia el trabajador, es catalogada por la Corte Suprema de Justicia (Corte Nacional) como acto violento, ilegítimo, cierto e inmediato.²¹.

Aunque la figura del despido intempestivo sea considerada como un acto arbitrario e ilegítimo, esta se encuentra incorporada en el Código de Trabajo, según lo preceptuado en el art 188, permitiendo que el empleador la utilice como un mecanismo de salida inmediata sin tener la obligación de generar un debido proceso y, por ende, sin que se exija una motivación adecuada.

Según las cifras INEC de 8,2 millones de personas a marzo de 2018, que se encuentra en la Población Económicamente Activa el 83,6% corresponde al sector privado y el 16,4% al sector público,²²de esta forma se puede verificar que la norma predominante que rige a los trabajadores en relación a la PEA se encuentran regidos por el Código de Trabajo, dejando por sentado que los criterios señaladas en este código fueron orientados con criterios empresariales, cuya percepción aceptaría los principios de libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, pero esto no significa que las esferas de estos principios sean de carácter absoluto, en razón a que se ha podido constatar que una que las limitaciones para ambos principios están siendo marcadas por el principio de inamovilidad , que ya ha sido incorporado para impedir el despido intempestivo para las mujeres embarazadas asociadas a todo su condición de gestación y maternidad, dirigentes sindicales y licencia para el cuidado del menor.

El efecto comparativo del sector público y privado en cuanto a la desvinculación, trasciende al momento de hablar de un mismo actor social, en el caso que nos ocupa, se señala la prohibición de desvincular de forma unilateral a una persona con discapacidad, mediante la compra de renuncia obligatoria, bajo el argumento de la proscripción del sector público, situación que no ocurre para los trabajadores con discapacidad del Código de Trabajo, que justifica su desvinculación con el principio de libertad contractual y autonomía.

²¹ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en juicio n^o 1853-2014, <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/laboral/2015/00393-2015-J1853-2014.pdf>. 12.

²² Instituto Nacional de Estadísticas y Censo, Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo, Indicadores Laborales, marzo 2018, https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2018/Marzo-2018/032018_Presentacion_M_Laboral.pdf

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional justifica un trato distinto a un mismo actor social sujeto a grupo de atención prioritaria como es la persona con discapacidad con dos normas diferentes LOSEP y Código de Trabajo, pudiendo surgir la incógnita si este trato de la Corte Constitucional podría generar una violación a la igualdad formal y no discriminación, al dejar abierta la posibilidad del despido intempestivo para los trabajadores con discapacidad, protegiendo a los servidores regidos por la LOSEP.

1.4.- Principio de Progresividad laboral

El principio de progresividad laboral, señala que los derechos laborales deben ser de carácter progresivo, es decir, que en la medida que pasa el tiempo las normas que se generen e incorporen los legisladores o las autoridades que estén investidas de potestades normativas se desarrollen sin afectación a los derechos que hayan adquirido los trabajadores.

El principio se expresa en progreso por cuanto se relaciona con el mejoramiento constante de las condiciones de trabajo y de vida, que tiene la característica de gradualidad, es decir, en el avance sucesivo, pero también constante, de los medios necesarios para satisfacer el ideal de la igualdad y la justicia social.²³

Este principio es respaldado constitucionalmente según el art 11 núm. 8, de la Constitución de la República del Ecuador que señala lo siguiente: El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.²⁴

En efecto este principio contribuye a la implementación de nuevos derechos laborales para los trabajadores o el mejoramiento de sus derechos ya adquiridos lo que constituye elementos indispensables, e insoslayables para implementar una norma que busque generar una estabilidad laboral de entrada y de salida lo cual sería correcto, con la implementación de un despido ineficaz para todos los casos.

²³ Ángel Eduardo Gatti, "Derecho del Trabajo, Manual de las relaciones individuales" (Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2015) 60

²⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 35

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.²⁵

La Corte Constitucional en la sentencia N.º 008-13-SIN-CC, dictada dentro del caso N.º 0029-11-IN, expuso: se debe considerar que la progresividad de los derechos supone, en concreto, que el Estado no puede implementar medidas que tengan como finalidad o como efecto, la disminución del nivel de reconocimiento y cumplimiento de los derechos contenidos en la Constitución y en los Instrumentos de Derechos Humanos. Este principio constitucional conlleva la responsabilidad del Estado de velar por el respeto y la garantía de los derechos constitucionales, los cuales deben ser garantizados a favor de todas las personas.

Así, según el principio de progresividad, los derechos constitucionales tienen tal importancia que una vez que han sido establecidos o consagrados en la Constitución o los Instrumentos Internacionales, no podrán ser disminuidos, desmejorados ni eliminados.

De este modo, el principio de progresividad de los derechos constituye un mandato para los poderes públicos, en virtud del cual, ninguna ley, política pública, ni la jurisprudencia, podrán menoscabar un derecho previamente reconocido, ni privar a las personas de condiciones de protección adquiridas o colocarlas en condiciones de marginalidad y/o vulnerabilidad.”²⁶

1.5.- Principio de Proscripción de la arbitrariedad del sector público

El procedimiento administrativo común es un conjunto secuencial y normado de actos, tramitados ante autoridad administrativa, para la formación o impugnación de un acto administrativo. En este procedimiento administrativo, el Estado deberá someterse al principio de legalidad y la actividad reglada, considerada como un mecanismo de

²⁵ ONU, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, en vigencia desde el 18 de julio de 1978.

²⁶ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. 2008 “Sentencia” N.º 017-17-SIN-CC CASO N.º 0071-15. 07 de junio de 2017. 30.

proscripción de la arbitrariedad de la administración.²⁷ La actividad reglada, adquiere vital importancia en la actividad administrativa, como un mecanismo que permite la eficaz realización del interés público.

De lo expuesto, la actividad reglada, debe ser considerada como un mecanismo de proscripción de la arbitrariedad, cuando ratifica que el mecanismo legítimo de expresión de la voluntad soberana es la ley, y que todas las funciones del Estado, deben someterse a la misma. Como conclusión, la actividad reglada, obliga a que todas las personas y los órganos del poder público se sujeten a las normas vigentes que conforman el ordenamiento jurídico del Estado. Las atribuciones que recaen sobre la administración son emanadas por la ley, razón por la cual, la actividad que desprende el órgano administrativo es delegada directamente por el legislador.²⁸

La arbitrariedad se presenta como una conducta censurable que se produce como consecuencia del abuso de poder, mientras que la discrecionalidad se muestra como un poder necesario del cual precisa la Administración para alcanzar, sus fines de la mejor manera posible. En cuanto a la necesidad de justificación objetiva de la decisión administrativa, opina que la racionalidad no es algo objetivo ni preciso y por tanto es tan fácil de defender como difícil de controlar. Con lo cual el riesgo de que el poder discrecional de la Administración se convierta en arbitrariedad está mucho más presente en las preocupaciones²⁹

El principio de proscripción de arbitrariedad en el sector público resulta necesario para frenar abusos que puedan existir desde el poder, y el mismo tiende a regular aún más en el ejercicio de la administración pública, a efectos de cuidar que las actividades procedimentales se realicen de forma motivada.

La Corte Constitucional señalada en la sentencia Nro. **172-18-SEP-CC, CASO Nro. 2149-13-EP, en su parte pertinente** *“En el evento de un “despido” –propio de las relaciones laborales entre particulares, reguladas por el código de trabajo-, en razón del derecho a la libertad de contratación y principio de la autonomía de la libertad, la legislación no obliga al empleador a mantener al trabajador en la nómina, pero si a*

²⁷ Álvaro Javier Méndez Álvarez *Importancia de implementar un proceso administrativo único para la administración pública*. (Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador) 5, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6995/1/T3001-MDA-Mendez-Importancia.pdf>.

²⁸ *Ibíd.*,

²⁹ Milagros Otero Parga, *la arbitrariedad Anuario de Filosofía del. Derecho XII* (Barcelona: Editorial Reus, S.A, 1995) 387

indemnizar por falta de justificación de razones que ameritarían a la aplicación de otras figuras similares.

En cambio, la supresión de puestos es una figura propia, de las relaciones de quienes prestan sus servicios en entidades del sector público, y está basada en la premisa constitucional de la proscripción de la arbitrariedad y la obligación ineludible de quienes ostentan el poder público de justificar las razones para adoptar sus decisiones. En este segundo caso, la arbitrariedad en la terminación de la relación laboral esta proscrita de plano, por ser contraria a la Constitución.”³⁰

En el sector público, se promulga el principio de proscripción de arbitrariedad para todas las actuaciones de la administración pública, pero podemos deducir que este principio puede ser cuestionado cuando la administración pública recurre a la compra de renuncia obligatoria, que es una figura parecida al despido intempestivo en el sector público, pero lo delimitan tres presupuestos, tales como: la racionalización, optimización, y reestructuración, pero al final de su aplicación seguirá siendo una figura de separación unilateral efectuada por el empleador, y se aplica de manera pertinente con los demás servidores, pero la Corte Constitucional establece una excepción, para que la compra de renuncia no se aplique a los servidores con discapacidad, en ese sentido el debate ya no se centra en la proscripción de la arbitrariedad del sector público, sino más bien porque razón a un mismo actor social se le da un trato diferenciado, como es el trabajador o servidor con discapacidad regidos a la LOSEP y Código de Trabajo.

1.6.- Principio de igualdad y no discriminación

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, trajo consigo una nueva visión donde se aplica el principio de supremacía de la Constitución y se garantizan los derechos de las personas, en virtud de esto, se establece una norma de carácter trascendental, El art 11 núm. 2 de la C.R.E señala: *“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción... La ley sancionará toda forma de discriminación. El*

³⁰ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. 2008. “Sentencia”. 172-18-SEP-C, caso 172-18-SEP-CC. 2018. 16 de mayo de 2018. 46

*Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad*³¹

El principio de igualdad, propugna que los derechos deben ser ejercidos por todas las personas en condiciones de igualdad, independientemente de sus características personales. En este sentido, el principio estaría subordinado a los derechos reconocidos en la propia Constitución (no así el derecho reconocido en su art. 66, que es autónomo).
2. Al prohibir la discriminación y sancionar cualquiera de sus formas, están relacionando los tratos diferenciadores ilegítimos con la violación de los derechos humanos en general, no únicamente del derecho a la igualdad.³²

Entonces, cumpliendo el mismo criterio de subordinación entablado, al discriminar se afectan una serie de derechos humanos, no solamente la igualdad, y se perjudica el proyecto de vida; ello resulta importante a la hora de determinar las obligaciones del Estado en un caso particular, así como las formas de reparación necesarias.³³

3. El principio de igualdad consagrado en la Constitución ecuatoriana es abierto (contrario al que consta en la DUDH, por ejemplo, que contiene una lista cerrada de motivos por los cuales se prohíbe la discriminación). Esto es evidente cuando establece que se prohíbe la discriminación por cualquier condición temporal o permanente, individual o colectiva. Ello supone un nivel de protección de los derechos fundamentales, pues en caso de que exista una restricción por diferencia de trato, no será necesario evidenciar el porqué, ni correlacionarlo con alguna categoría particular, sino que basta con señalar la discriminación y probar que ella es ilegítima, para obtener la protección del Estado.³⁴

4. Una de las formas de realización (es decir, de su verdadera aplicación en la vida real) del principio de igualdad, es el establecimiento de acciones afirmativas pues estas promueven la igualdad en relación con las personas que, por cualquier circunstancia, se encuentren en situación de desigualdad frente a otras y estén impedidas del ejercicio de sus derechos. En tal sentido, se puede asegurar que el principio de igualdad y no discriminación es transversal, pues debe verificarse en todo el quehacer público (desde

³¹ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 11, núm. 2.

³² Defensoría de Pueblo, El derecho a la igualdad y no discriminación de las personas en movilidad humana, 44, <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2345/1/AD-DPE-006-2019.pdf>.

³³ *Ibid.*, 43

³⁴ *Ibid.*, 44

normas hasta resoluciones hacia los particulares) y en el ejercicio de cada uno de los derechos.³⁵

Se puede inferir que, en el nuevo constitucionalismo andino, el derecho a la igualdad supone de inmediato el derecho a la no discriminación, con lo que se confirma que la base de los nuevos sistemas jurídicos es la igualdad y la no discriminación, pues se han constituido en los pilares fundamentales en la garantía de los derechos, sobre todo de los derechos de las minorías³⁶.

La ley Orgánica de Discapacidades, está pensada en base a principios rectores sobre los cuales ha de basarse su aplicación, es por ello que, en el capítulo segundo, en el artículo 4 se tratan los principios fundamentales y entre ellos se encuentran instituidos dos principios rectores básicos para garantizar el acceso al trabajo de las personas con discapacidad.³⁷

El primero denominado: “no discriminación” entendido como la prohibición de distinguir a persona alguna con discapacidad o su familia de forma tal que pueda ser discriminada. El segundo denominado “igualdad de oportunidades” entendido como un mandato de optimización mediante el cual “todas las personas con discapacidad son iguales ante la ley, tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.”. Con lo cual queda claro que no es posible limitar el efectivo goce de los derechos de las personas con discapacidad y hacerlo implicaría una sanción para quien así lo hiciera.³⁸

De lo dicho, se puede colegir que los principios de no discriminación y de igualdad de oportunidades, deben servir de marco para interpretar y aplicar la normativa de esta Ley pues, de lo contrario, se estaría haciendo una interpretación errada o una aplicación indebida, que debe ser corregida por el juez constitucional.³⁹ El trabajador con discapacidad tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo remunerado en condiciones de igualdad y a no ser discriminado en las prácticas relativas, al empleo, lo que en

³⁵ Ibid., 45

³⁶ Ibid., 46.

³⁷ Asdrúbal Homero Granizo, Haro. 2016, “Los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Ecuador: estudio de caso - sentencias de acción de protección”. (Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.) 23
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5313/1/T2056-MDE-Granizo-Los%20derechos.pdf>

³⁸ Ibid., 49.

³⁹ Ibid., 50.

administración de recursos humanos se denomina como sistemas y subsistemas de recursos humanos⁴⁰

“La igualdad ante la ley además implica una obligación de abstención por parte del Estado, en general, y de la Función Legislativa, en particular, en tanto a esta se le encuentra proscrita la posibilidad de establecer diferenciaciones injustificadas —en las leyes— fundadas en las “diferencias” propias del género humano, pues de hacerlo, estaría incurriendo en una discriminación directa por vulneración del principio de igualdad formal.”⁴¹

“Ahora bien, deben distinguirse algunos otros conceptos de igualdad diferentes al de la igualdad ante la ley, como lo es la igualdad de derechos, la igualdad de oportunidades que tiene que ver con una igualdad desde un punto de vista liberal, y la igualdad de hecho, que guarda relación con la igualdad material o sustancial. La igualdad en los derechos podría decirse como una variación de la igualdad frente a la ley, pero esto a la vez implica que todas las personas —sin distinción— deben gozar de todos los derechos establecidos en la Constitución; el principio de igualdad de oportunidades, en cambio, hace relación a la aplicación de la regla de justicia para que las personas en un escenario de competencia o que estén en la búsqueda por el cumplimiento de un mismo objetivo deban contar con los mismos medios y oportunidades para alcanzarlos”.⁴²

En términos muy amplios, el principio de igualdad se deriva de la generalidad de la ley, teoría desarrollada desde el siglo XIX por los neoconstitucionalistas. Esta teoría instituyó en el ámbito constitucional la prohibición de toda forma de discriminación. Esto ocasionó en el marco jurídico, la idea de la igualdad en el ejercicio de derechos o, en términos de la investigación: la igualdad ante la ley.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 7º, se señala que "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación."⁴³

⁴⁰ Snell, Scott y George Bohlander. *Administración de Recursos Humanos*, (México: Cengage Learning, 2013) 36.

⁴¹ Sebastián Bernardo Vázquez Rodas, 2020, "Igualdad Una crítica desde la diversidad" Tesis maestría, (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador)32, <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7242/1/T3132-MDE-Vazquez-Igualdad.pdf>

⁴² *Ibíd.*, 32

⁴³ ONU Asamblea General *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, 10 de diciembre de 1948.

En el mundo entero, los sistemas normativos modernos, se han configurado para garantizar los derechos de todas las personas, sin distinción alguna. Así, el Ecuador en su Constitución en el artículo 11 manifiesta que todos son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Con lo que queda claro que nadie podría ser discriminado por ninguna distinción que tenga como objetivo afectar sus derechos humanos.⁴⁴

Por lo anteriormente expuesto, el razonamiento que expuso la Corte Constitucional al dar un trato distinto a personas con discapacidad por señalar que las normas que rigen al sector privado están basadas en los principios de la libertad contractual, y autonomía de la voluntad y que, por lo tanto, es viable el despido intempestivo a diferencia de los servidores del sector público con discapacidad, que impide la desvinculación a través de la compra de renuncia obligatoria, transgrede y atenta a la igualdad formal ante la ley.

En este sentido, la Corte Constitucional tenía que generar una coherencia motivada en sus razonamientos, al recalcar que los derechos de las personas con discapacidad estaban inmersos en todas las esferas, dejando por sentado la prohibición de la desvinculación unilateral para los obreros con discapacidad. En ese orden de ideas, tendríamos una prohibición expresa de aplicar la compra de renuncia obligatoria, para servidores con discapacidad regidos en la LOSEP y prohibición expresa de aplicar el despido intempestivo a los trabajadores con discapacidad, regidos al Código de Trabajo.

2.- Persona con discapacidad, y persona discapacitante

A lo largo de la historia, la denominación de discapacidad ha variado sustancialmente, siendo pertinente verificar a breves rasgos la evolución de su denominación, lo que permite entender en un contexto bien amplio, las razones por las cuales en ciertos momentos no fueron sujetos de derechos de forma integral.

Desde la Antigüedad las personas con discapacidad han sufrido la opresión y la discriminación que recae sobre lo considerado “diferente” de acuerdo al paradigma dominante de la “normalidad” El concepto «personas con discapacidad», ya que supone primeramente otorgarles un estatuto de persona, es decir de “sujetos de derecho”, y porque alude primeramente al sujeto antes que a la Discapacidad misma. Por otra parte,

⁴⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 11.

se refiere a que tiene una discapacidad y no que es un discapacitado, valorando las posibilidades del sujeto para decidir y hacer su presente y su futuro, sus vocaciones e intereses, más allá de las limitaciones que pueda presentar debido a su discapacidad.⁴⁵

El diccionario de uso del español de María Moliner señala que el prefijo «dis» transforma la palabra a la que se une en su opuesto: “su sentido es peyorativo ya que proviene del griego (mal, trastornado)”. En este Diccionario la Discapacidad aparece emparentada con «Minusvalía» a la que define como “detrimento o disminución del valor que sufre una cosa”. Etimológicamente significa “menos válido”⁴⁶. En razón a esto, las expresiones se consideran de carácter negativo y discriminatorio al igual que otras utilizadas a lo largo de la historia tales como deficiente, defectuoso, anormal, enfermo, deforme, incapacitado, lisiado o inválido.

La Primera Guerra Mundial, que se desarrolló entre 1914 y 1918, dejó en los países involucrados un gran número de jóvenes con secuelas físicas y psíquicas adquiridas durante el conflicto bélico. Solo en Gran Bretaña, al finalizar la guerra, unas 120 mil personas recibían subsidios por discapacidades psíquicas adquiridas en el campo de batalla, lo que representaba alrededor del 15% de todas las subvenciones por discapacidad.⁴⁷ Al terminar la Segunda Guerra Mundial en 1945 un número no inferior a 12 países concentraron sus esfuerzos médicos y científicos en la integración de personas con limitaciones físicas lo que facilitó el desarrollo formal de la rehabilitación⁴⁸

En 1955 la OIT publicó su Recomendación N° 99 sobre «Rehabilitación y Empleo de los Inválidos», que planteaba la necesidad de poner a disposición de las personas con discapacidad los medios de adaptación y readaptación profesional independientemente de su origen, naturaleza y edad, siempre que puedan ser preparadas para ejercer el empleo adecuado y tengan perspectivas razonables de obtener y conservar su empleo. Esta recomendación apuntaba desde un primer momento a la integración social y laboral de las personas con discapacidad.⁴⁹

En 1994 la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales, organizada por el Gobierno Español y la UNESCO aprobó la «Declaración de

⁴⁵ Pantano, Liliana; *“Personas con discapacidad: hablemos sin eufemismos”*, (Córdoba: La Fuente, Año X, 2007) 20.

⁴⁶ Moliner, María; *Diccionario de Uso del español, tomo I*, (Madrid: Gredos, 1997) 1010

⁴⁷ Rose, Nikolas; *Governing the soul. The shaping of the self*, (London and New York, Routledge, 1990,) 47.

⁴⁸ *Ibíd.*, 47.

⁴⁹ Hernández, Elsa; *Desarrollo histórico de la discapacidad*. 22-23, <https://lnx.derechocambiosocial.com/ojs-3.1.1-4/index.php/derechocambiosocial>.

Salamanca», que proclamaba, entre otros puntos, que: a) los sistemas educativos deben ser planificados y programados para que tengan en cuenta una amplia gama de características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje de los diferentes niños y niñas; b) los niños con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias; c) las escuelas ordinarias con esta orientación deben ser un ámbito de integración y de destierro de prácticas discriminatorias; y d) la integración y la participación forman parte del respeto a la dignidad humana y el disfrute de los derechos humanos.⁵⁰

Con el advenimiento del capitalismo, en donde surge el concepto de «Discapacidad» como sinónimo de “incapacidad” para ser explotado por el nuevo modo de producción. Si bien se producen algunos avances como la creación de Institutos de Formación y la sistematización de modos de comunicación para las personas con discapacidad visual o auditiva, por lo general la situación de este sector de la población empeoró al desarticularse los mecanismos de solidaridad de las sociedades campesinas precapitalistas y los modos de producción artesanal que se llevaban a cabo en el hogar.⁵¹

La Ley Orgánica de Discapacidad en su art 6 señala la definición de personas con discapacidad en su art 6 lo siguiente:

Persona con discapacidad. Para los efectos de esta Ley se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en la proporción que establezca el Reglamento.⁵²

Para que sea considerada una persona con discapacidad debe incorporarse un porcentaje proporcional con base en valoraciones técnicas y médicas que de alguna u otra forma considere aceptable considerar a una persona con una discapacidad determinada, en el caso del Ecuador desde el 7 de junio de 2018, se establece como persona con discapacidad, a quien acredite un 30% o más de discapacidad según el Ministerio de Salud o el CONADIS.⁵³

El art 1 del Reglamento de la Ley Orgánica de discapacidad señala en su parte pertinente, que se entenderá por persona con discapacidad a aquella, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales con independencia

⁵⁰ Fernández, Agustín, *Educación inclusiva: enseñar y aprender entre la diversidad*, Revista Digital Umbral, N° 13, 2003. <http://www.inclusioneducativa.org/content/documents/Generalidades.pdf>

⁵¹ Larrabeiti, Gorka; *La izquierda británica se une, organiza y lucha*, (España, Ediciones jurídicas, 2013.) 22

⁵² Ecuador. 2012. Ley Orgánica de Discapacidades, *Suplemento -- Registro Oficial N° 796 -- martes 25 de septiembre del 2012*, Art 6.

⁵³ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia” N.º 017-17-SIN-CC CASO N.º 0071-15. 2017, 7 de junio de 2013. 42

de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al 30% de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional.⁵⁴

El art 2 del citado reglamento también define a quien se considera persona con deficiencia o condición discapacitante la misma que se entenderá aquella que presente disminución o supresión temporal de alguna de sus capacidades físicas, sensoriales o intelectuales, en los términos que establece la ley, y que aun siendo sometidas a tratamientos clínicos o quirúrgicos, su evolución y pronóstico es previsiblemente desfavorable en un plazo mayor de un año de evolución sin que llegue a ser permanente.⁵⁵ Por otro lado, se considera a la persona con discapacidad severa aquella que según resolución de CONADIS tiene el 75% de discapacidad, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria.

En ese sentido las personas con discapacidad severa tienen limitaciones que no les permiten desarrollar una actividad normal en el trabajo, pero a su vez necesitan de parte del Estado evidente protección para poder satisfacer los demás derechos, como salud, alimentación, vivienda digna, es por ello que la Ley Orgánica de Discapacidades creó la figura jurídica de sustitutos que lo define el art 48 de la mencionada ley:

“Las y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y / o cuidado a una persona con discapacidad severa podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral, de conformidad con el reglamento. Este beneficio no podrá trasladarse a más de una persona por persona con discapacidad.”⁵⁶

2.1.- Los Modelos de la diversidad funcional un camino para la búsqueda del modelo social para las personas con discapacidad.

La evolución de los vocablos para definir a las personas con discapacidad, ha sido un esquema fundamental para ir poco a poco eliminando la exclusión y la evidente discriminación que exterioriza cada enunciado en una determinada norma, precisamente

⁵⁴ Ecuador. Reglamento de la Ley de Discapacidad, *Decreto Ejecutivo 194 Registro Oficial Suplemento 109 de 27-oct.-2017*, art 1

⁵⁵ Reglamento de la Ley de Discapacidad, *Decreto Ejecutivo 194 Registro Oficial Suplemento 109 de 27-oct.-2017*, art 2.

⁵⁶ Ecuador. Reglamento de la Ley de Discapacidad, *Decreto Ejecutivo 194 Registro Oficial Suplemento 109 de 27-oct.-2017*, art 48

las definiciones legales o terminología han marcado situaciones reprochables, que no han permitido desarrollar de manera integral a estos actores sociales pertenecientes a los grupos vulnerables.

Las expresiones lingüísticas, implementadas en normas nacionales e internacionales, ha generado una crítica fuerte en distintos sectores sociales, generando incluso demandas de inconstitucionalidades para la expulsión definitiva del ordenamiento jurídico, para muestra de aquello, se trae a colación la sentencia C-458/15 expedida por la Corte Constitucional de Colombia, donde se señala en su parte pertinente lo siguiente:

A su juicio, aunque la dimensión regulativa de tales vocablos se orienta a garantizar los derechos del referido grupo poblacional, son constitucionalmente inadmisibles por tener una connotación peyorativa que contribuiría a perpetuar las concepciones, imaginarios y actitudes del conglomerado social que subyacen a modelos de discapacidad ya superados, como el denominado “*modelo de la prescindencia*”, que concibe esta condición como una carga social y propone la marginación, el aislamiento y la exclusión del entorno social las personas con discapacidad, o como el “*modelo médico-rehabilitador*”, que la entiende como una anomalía y como una patología que debe ser intervenida y tratada desde una perspectiva médica, a efectos de “normalizar” y estandarizar a los individuos que la padecen. Ambos modelos, a su vez, impedirían a este colectivo gozar plenamente de sus derechos.⁵⁷

El modelo de prescindencia se encuentra orientado a generar una dependencia de las personas que tienen una discapacidad, generando una eminente exclusión, y una perspectiva de marginación en cuanto se observa al individuo con limitaciones, generando la idea que no son útiles ante la sociedad, debido a que son considerados improductivos, por otro lado.

El modelo de prescindencia se considera —o consideraba— que la diversidad funcional tenía un origen religioso, y asimismo imperaba la creencia de que las personas con diversidad funcional no tenían nada que aportar a la comunidad, sino más bien que eran una carga para sus propios padres, o para la sociedad.⁵⁸

Desde el punto de vista de modelo médico- rehabilitador, genera un trato diferenciado atendiendo a generar una convalidación del individuo desde el punto de vista del físico, es decir, que atiende a generar como un defecto irremediable las falencias físicas que tiene un determinado individuo.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia C-458/15”, 2015 (Expresiones referidas a las personas con discapacidad.)

⁵⁸Palacios Agustina, Javier Romañach, *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional* (España: Ediciones Diversitas- AIES, 2006)

Desde la visión que prevalece en este modelo, se considera que la persona con diversidad funcional puede resultar de algún modo rentable a la sociedad, pero dicha rentabilidad se encontrará supeditada a la rehabilitación o normalización y, esto significa, en definitiva, supeditarla a que la persona logre asimilarse a los demás —válidos y capaces— en la mayor medida de lo posible.⁵⁹

Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las mujeres y hombres con diversidad funcional sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.⁶⁰

El modelo social, atiende de manera integral a las personas con discapacidad, cuestionando de manera imperativa todos los términos que potencian la discriminación para estos actores sociales, pero sobre todo que busca las herramientas necesarias para generar una construcción social, generando inclusión, y esquemas equitativos que permitan lograr una inserción adecuada sin discriminación, y a su vez eliminación de prejuicios y vocablos que afecten notablemente sus derechos

El modelo social erige a la dignidad humana como un presupuesto ineludible para que las personas en situación de discapacidad puedan aportar a la sociedad, y junto con ella sentirse parte de la misma sin ser excluidos por sus condiciones, de manera que rechaza la idea de la rehabilitación como un proceso de normalización del individuo, es decir, el modelo se dirige a garantizar el mayor nivel de autonomía posible del individuo, mediante los ajustes requeridos por su condición, que no se concibe como limitación sino como diversidad funcional.⁶¹

Esta perspectiva de modelo social, ha permitido mejorar el enfoque hacia las personas con discapacidad desde el punto de vista laboral, con la creación de normas que generan afirmaciones positivas para la inclusión laboral, con el objeto de lograr una mayor equidad al momento de acceder a un empleo, evolucionando las normas hacia una mayor protección, respecto a la estabilidad de salida.

El paradigma de este modelo social intenta de alguna manera corregir la invisibilidad que han tenido las personas con discapacidad de través de los años, buscando en cierta medida justicia social por las perspectivas erradas de unos modelos de

⁵⁹ Ibid., 44

⁶⁰ Ibid., 48

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia C-458/15”, 2015 (Expresiones referidas a las personas con discapacidad.) 55

prescindencia y médico que lo único que lograron fueron prejuicios, exclusión y discriminación.

2.2.- Trabajador sustituto como mecanismo para hacer efectivos los derechos laborales de las personas con discapacidad.

El Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS emitió la resolución Nro. 2013-0052⁶² señalando el porcentaje de discapacidad muy grave o severa en un 75%, en cumplimiento de lo señalado en el Acuerdo Ministerial MDT-2018-180 de fecha 21 de agosto de 2018⁶³ que permite identificar a las personas que tienen limitaciones más complejas para el ejercicio de sus labores debido a que tienen imposibilidad para la realización de actividades de auto cuidado, es decir para vestirse, alimentarse, evitar riesgos, aseo e higiene personal entre otros, los cuales pueden ser objetos de reemplazo por parte de un familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, lo que permite de alguna u otra forma que estas personas con discapacidad tengan relevancia sobre un proceso de inclusión, desde la perspectiva de la existencia de una relación laboral, por cuanto permite formar parte del porcentaje del 4% exigido a las instituciones públicas y privadas.

La figura jurídica trabajador sustituto permite viabilizar los derechos de los trabajadores o servidores que se le imposibilita realizar las labores con normalidad, en ese sentido fue de mucha relevancia generar una norma que permita que las personas con discapacidad severa sean tomadas en cuenta dentro del porcentaje de trabajadores con discapacidad que permite que la persona que lo reemplaza en sus labores sea el responsable de garantizar un correcto cuidado y manutención económica, para cubrir los gastos relacionados a la persona con discapacidad muy grave (severa) mayor de edad.

Adicionalmente las personas con discapacidad severa suelen estar inmersos a una eminente discriminación interseccional que se manifiesta en el contexto de discriminación estructural vigente, que representa la identificación de desigualdades de derecho y de hecho derivadas de una situación de exclusión social o de sometimiento de ciertos grupos sociales –como las mujeres y las personas con discapacidad– por otros –

⁶² Ecuador CONADIS, *Resolución CONADIS Nro. 2013-0052*, Registro Oficial 781, Suplemento, 08 de mayo de 2013.

⁶³ Ecuador, Ministerio de Trabajo, *Acuerdo Ministerial MDT-2018-180*, Registro Oficial 225, Suplemento, 05 de abril de 2018. Art 3.

como los hombres y las personas sin discapacidad, en virtud de prácticas sociales, culturales y prejuicios históricos excluyentes.⁶⁴

El Acuerdo Ministerial MDT-2018-180 de fecha 21 de agosto de 2018 hace diferencias entre sustitutos directos y sustitutos por solidaridad humana el primero lo define como sustitutos directos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales, los mismos que podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral y para efecto de beneficios tributarios, siempre y cuando el niño niña o adolescente tenga discapacidad igual o mayor al 30%; de igual manera se considerarán como sustitutos directos a los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho legalmente constituida, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa igual o mayor al 75% conforme la Resolución Nro. 2013-0052 emitida por el CONADIS.⁶⁵

En el caso que se refiera a un sustituto por solidaridad humana, se trata de las personas que, sin tener parentesco de consanguinidad o afinidad, pueden ser incluidas laboralmente o gozar de beneficios tributarios en sustitución de una persona con discapacidad severa a la cual se le asigna un porcentaje de 75% o más, conforme la Resolución Nro. 2013-0052 emitida por el CONADIS, que no cuente con referente familiar y que por su condición de severidad está impedida de laborar.

En ese contexto existen tres posibilidades de remplazar a un trabajador con discapacidad, la primera cuando se trate de niño, niña y adolescente que tenga un porcentaje del 30% o más, que pueda ser sustituto el padre, madre o representante legal; el segundo caso cuando se trate de discapacidad severa en un 75%, donde se extiende el beneficio a familiares del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y la tercera posibilidad es cuando se trata de un sustituto por solidaridad humana, siendo personas que sin tener parentesco de consanguinidad o afinidad, pueden ser incluidas laboralmente o gozar de beneficios tributarios en sustitución de una persona con discapacidad severa a la cual se le asigna un porcentaje de 75% o más, conforme la resolución Nro. 2013-0052 emitida por el CONADIS, que no cuente con referente familiar y que por su condición de severidad está impedida de hacerlo.

⁶⁴ Alana Micaelle Cavalcante Carvalho, *Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad*, (España: Instituto Bartolomé de las Casas. 2015) 57

⁶⁵ Ecuador, Ministerio de Trabajo, *Acuerdo Ministerial MDT-2018-180*, Registro Oficial 225, Suplemento, 05 de abril de 2018.

2.2.- Trabajador sustituto y estabilidad laboral como efecto jurídico.

El trabajador sustituto está incluido dentro del porcentaje de trabajadores con discapacidad, es decir que tiene los mismos derechos y obligaciones de las personas que están remplazando, con las diferencias estipuladas según el régimen laboral, Código de Trabajo y LOSEP.

La presidencia de la Corte Nacional de Justicia en el oficio 260-P-CNJ-2019 de fecha 27 de marzo de 2019, en respuesta al oficio 321-2018-P-CPJP de fecha 03 de agosto de 2018, remitido por la Corte Provincial de Pichincha para efectos de consulta concluye de la siguiente manera:

Trabajador sustituto es la persona que ocupa un cupo de trabajo en una empresa que está obligada a proporcionar para una persona situación de discapacidad, por tanto, el empleador conoce perfectamente que esa persona tiene la calidad de trabajador sustituto y goza de la garantía de estabilidad adicional prevista en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades en caso de despido intempestivo.⁶⁶

La Corte Nacional de Justicia en el proceso judicial No. 13354201700178 ha procedido a ordenar el pago de indemnizaciones por concepto de despido intempestivo a los trabajadores sustitutos, con los mismos valores que prevé el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, aunque en este artículo no se mencione de forma expresa que se abarca a este tipo de trabajador, y más aún la no exigencia del requisito que haya sido declarado sustituto de forma previa por el Ministerio de Trabajo, para que pueda gozar de la indemnización.

En este sentido la Corte Nacional aplica de manera convincente el principio de progresividad establecido en el Constitución de la República del Ecuador, que ubica al trabajador sustituto como un actor importante para hacer efectivos los demás derechos para la persona a quien sustituyen, como salud, alimentación y vivienda digna, por esta razón, es que los derechos del trabajador sustituto tienen la misma jerarquía y relevancia que un trabajador con discapacidad, pero es necesario verificar si la finalidad realmente se está cumpliendo, o podría generar solo un beneficio para el propio trabajador.

Es decir, en qué medida podríamos verificar que la figura del trabajador sustituto estaría cumpliendo de forma plena con dar el cuidado y atención a la persona con

⁶⁶ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *en absolución de consultas no penales*: 260-P-CNJ-2019, 27 de marzo de 2019.

discapacidad, pues entrarían a funcionar en ese caso las políticas públicas y normativas que adopte el Ejecutivo a través del Consejo Nacional de Discapacidades a efectos de hacerle el seguimiento respectivo, y de esta forma, no se desnaturalice la figura del contrato de trabajador sustituto.

2.3.- La Estabilidad laboral de las mujeres embarazadas, o asociado a su condición de gestación o maternidad como referencia al principio de inamovilidad.

Las mujeres embarazadas hasta antes de que se emita la Ley Orgánica de Justicia Laboral, eran indemnizadas con el monto de doce remuneraciones, sin perjuicio de las demás indemnizaciones a que hubiere lugar, es decir, la prohibición existía, pero la misma no contenía un protección especial que le pueda garantizar la estabilidad en el trabajo, si el empleador procedía con la desvinculación unilateral de la mujer embarazada, debido a que solo procedía con el pago de la indemnización reforzada, y con esto se deslindaba de cualquier responsabilidad respecto al acto arbitrario, ilegal e ilegítimo que realizaba el trabajador.

Con la expedición de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se incorporó la prohibición de despido y declaratoria de ineficaz, señalando que 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.⁶⁷

En virtud de ello, la nueva norma contribuye de forma a la consolidación de los derechos de las mujeres embarazadas, por cuanto está orientada a una protección en todas sus esferas y condiciones.

Este hecho permitió consolidar el principio de inamovilidad que lo incorporó de forma expresa en la norma, lo cual permite cumplir con lo preceptuado en el art. 332 de la Constitución de la República del Ecuador que señala lo siguiente:

El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.⁶⁸

⁶⁷ Ecuador. 2015. *Ley Orgánica de Justicia Laboral Tercer Suplemento del Registro Oficial No.483*, 20 de abril 2015, Art 195.1.

⁶⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 332

2.4- La Estabilidad laboral para personas con discapacidad

La estabilidad laboral de forma general, ha sido un tema de debate en varios escenarios jurídicos en diferentes países a nivel mundial, considerándola como uno de los puntos más esenciales dentro de una relación laboral, en ese sentido el debate podría centrarse en que existan normas más coercibles para impedir que se puedan generar despidos de forma arbitraria hacia los trabajadores, estas normas podrían estar orientadas a incorporar indemnizaciones como castigo al empleador o en su defecto promover un despido ineficaz que va orientado a que el trabajador no puede ser sujeto a una desvinculación sino por las excepciones que determine la misma norma como por ejemplo procesos disciplinarios, culminación de relación por el tiempo y otras que no pueden ser previstas por el empleador de forma unilateral.

Como bien es sabido todas las personas tienen necesidades básicas, personales y profesionales por cubrir dentro de su ámbito social, indistintamente de su edad, estado o condición, donde el medio para satisfacer las mismas se refleja en la obtención de un trabajo capaz de brindar los recursos económicos imprescindibles para lograr una vida digna; es así como las personas cuando alcanzan la etapa de asumir responsabilidades individuales o familiares, emprenden la búsqueda de esta fuente de ingresos, sin embargo, resulta una tarea ardua para la mayoría de los ciudadanos, aún más lo representa para las personas con discapacidad, debido a la actitud discriminatoria de algunos empleadores que tienden a descartar a los candidatos a una oferta laboral, cuando detectan alguna deficiencia, carencia o defecto en el solicitante, generando así una barrera para la inserción laboral de las personas con discapacidad.⁶⁹

La estabilidad laboral consiste en esa firmeza de la vinculación que se despliega a lo largo de toda la existencia de la relación. En este sentido la estabilidad favorece a la cultura del trabajo, puesto que, el asegurar el presente y dar alguna certidumbre sobre el futuro, realza la trascendencia de conservar el vínculo laboral y darle a esta actitud y convicción una prioridad sobre estas expectativas de los sujetos involucrados en esta relación de empleo.⁷⁰

⁶⁹Carlos Amaya, *Estabilidad en las personas con discapacidad*, 09 de agosto de 2017, 46 <https://www.derechoecuador.com/estabilidad-laboral-de-las-personas-con-discapacidad>.

⁷⁰ Ángel Eduardo Gatti, *Derecho del Trabajo, Manual de las relaciones individuales* (Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2015) 462

La estabilidad laboral puede ser clasificada en estabilidad absoluta, que sanciona el despido ilícito con la reposición del trabajador, y estabilidad relativa, que lo penaliza con el pago de una indemnización.⁷¹

Javier Neves Mujica señala la acepción que tiene que ver con el derecho al trabajo que alude a la conservación del empleo. Esta coincide parcialmente con uno de los sentidos reconocidos por la doctrina a la estabilidad en el trabajo, la prohibición del despido injustificado⁷²

Las personas con discapacidad han venido contribuyendo de manera significativa en la población económicamente activa a nivel mundial, quedando claro que ese porcentaje nunca tuvo los niveles deseados en cuanto a inserción laboral se refiere, en ese sentido, la Organización Internacional de Trabajo (OIT), a través de la RO99 Recomendación de la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos 1955. marcó el punto de partida para que los Estados implementen políticas normativas que determinen los lineamientos necesarios para brindar las condiciones necesarias para las y los trabajadores con discapacidad con la inserción de métodos respectivos que permitan garantizar un acceso al trabajo.⁷³

Se sustituyen los términos **minusválido** y **persona con minusvalía**, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) decidió **abandonar** en **2001**, por su “connotación peyorativa”. Discapacidad es también el término elegido por la Asamblea General de la ONU en el Primer Tratado Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado en 2006.⁷⁴

La citada recomendación, determinó diversos lineamientos necesarios para la estabilidad laboral, o permanencia en el trabajo que les permita lograr una jubilación digna, específicamente lo preceptuado en el Título VII numeral 30 literal (i) que señala lo siguiente: *la producción, el rendimiento, el índice de accidentes y de ausencias y la estabilidad en el empleo de los inválidos, comparados con las personas no inválidas que efectúen análogo trabajo;*⁷⁵ Esto permitió que los Estados partes puedan implementar la normativa necesaria en sus respectivos ordenamientos jurídicos, sin embargo al tratarse

⁷¹ Jorge Vásquez López, *El nuevo derecho laboral* (Quito: Ediciones Librería Cevallos, 2017) 72

⁷² Javier Neves Mujica. *Derecho del Trabajo, Cuestiones Controversiales*. (Lima: Ara Editores, 2010) 44.

⁷³ OIT, *Recomendación RO99*, Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955.

⁷⁴ Javier Badía, *Persona con discapacidad, no minusválido* 13-14 <https://lenguajeadministrativo.com/2012/12/04/persona-con-discapacidad-no-minusvalido>.

⁷⁵ OIT, *Recomendación RO99*, Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955.

de una recomendación de la OIT, la misma no tenía el carácter obligatorio, a diferencia de un Convenio que si es de carácter exigible por los Estados Partes.⁷⁶

En este punto, es necesario señalar que aunque se trate de una recomendación la misma permitió establecer los cimientos para la exigibilidad de una estabilidad laboral para las personas con discapacidad, pero que no determinaba lineamientos para implementar una estabilidad de carácter absoluta, salvo las excepciones de terminación de relación laboral que debían incorporarse de forma integral, a efectos de asegurar un trabajo permanente a los trabajadores con discapacidad con la finalidad de garantizar una jubilación adecuada, que permita garantizar otros derechos fundamentales tales como el derecho a una vida digna, a la salud, alimentación entre otros, en razón que el ordenamiento jurídico de muchos países solo prevé un monto de indemnización cuando los empleadores incurran en despidos arbitrarios, obviando normas de reintegro a los trabajadores en sus puestos de trabajo.

2.5.-La estabilidad laboral en las personas con discapacidad en el Ecuador

La estabilidad laboral en nuestro país ha jugado un papel preponderante en los últimos años, con un desarrollo normativo en el Código de Trabajo, y Ley Orgánica de Servicio Público, y sentencias de la Corte Constitucional en trabajadores y servidores de forma general, en virtud de lo mencionado, los siguientes actores sociales tienen una estabilidad laboral absoluta: mujeres embarazadas, dirigentes sindicales, personas con enfermedades catastróficas, para aquellos que estén gozando de licencia sin remuneración para el cuidado del menor, posterior la licencia, personas con discapacidad en el sector público regidos por la LOSEP.

Las personas con discapacidad en el ámbito laboral, han tenido que atravesar por un sinnúmero de problemas, que no les permitió acceder de forma plena a un trabajo en condiciones adecuadas de forma efectiva siendo sus derechos transgredidos durante muchos años, por factores tales como: una educación deplorable, espacios físicos no adaptados ni acondicionados para la realización de los trabajos, ausencia normativa y de política pública respecto de promover la contratación obligatoria de personas con discapacidad.

⁷⁶ *Ibíd.*, 8

En este sentido las personas que tienen discapacidad tuvieron que enfrentarse a un desafiante sistema en el Estado para acceder a un puesto de trabajo, enfrentando climas laborales y culturas organizacionales desorientadas, las mismas que no hicieron lo posible para intentar compatibilizar los requerimientos de la organización con las necesidades de las personas que las integran, especialmente para las personas que integran los grupos de atención prioritaria.

Es evidente, que el Estado debe brindar las condiciones necesarias a través de políticas adecuadas para garantizar el acceso al trabajo a las personas con discapacidad, sin embargo, el sector privado también debe contribuir de forma fehaciente para lograr estos objetivos, es por esta razón que el Estado implementó normativas de carácter obligatorio para el sector público y privado a partir el año 2005 donde se implementó la primera política normativa, sobre inserción de personas con discapacidad en el personal que labora en una institución pública y privada.

Ahora bien, es necesario comprender conceptualmente cual es la diferencia entre el derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad al trabajo. El primero no es otra cosa que el Estado debe brindar las condiciones para que la sociedad pueda acceder a una fuente de empleo, pero no significa que deba otorgarle un empleo específico y el segundo término cuando se refiere a la estabilidad laboral la doctrina señala: la prohibición del despido arbitrario. El derecho de estabilidad laboral comprende dos aspectos: la preferencia por la contratación de duración indefinida (la llamada estabilidad de entrada); y la ya mencionada prohibición del despido injustificado (la llamada estabilidad de salida).⁷⁷

Con lo señalado podemos deducir que el Estado en los últimos años ha desarrollado a través de su normativa la estabilidad de entrada, es decir, tenemos por un lado la eliminación de contrato de trabajo a plazo fijo, dando lugar a los contratos a tiempo indefinido con la publicación de la Ley Orgánica de Justicia Laboral⁷⁸, que no permite solucionar de forma integral los efectos de un despido intempestivo, dejando débil la llamada estabilidad de salida, debido a que el empleador puede adoptar de forma unilateral la posición del despido intempestivo en cualquier momento, no obstante lo señalado se implementó el despido ineficaz con efecto de reintegro para las mujeres

⁷⁷ Javier Neves Mujica. *Derecho del Trabajo, Cuestiones Controversiales*. (Lima: Ara Editores, 2010) 44

⁷⁸ Ecuador, Ley Orgánica de Justicia Laboral, 2015. Tercer Suplemento del Registro Oficial No.483, 20 de abril 2015, Art 5.

embarazadas, y dirigentes sindicales, únicos actores sociales que tienen de forma integral el complemento de estabilidad de entrada y salida.

La Ley Orgánica de Servicio Público no tiene la figura de despido ineficaz implementado en su normativa, pero las sentencias de la Corte Constitucional han desarrollado un avance importante para ciertos actores del grupo de atención prioritaria, como es la mujer embarazada, y todo lo asociado a su condición de gestación, así como a las personas con discapacidad, en el primer caso no son objeto de terminación unilateral del contrato ocasional, nombramiento provisional hasta que termine el período de lactancia y en el segundo caso hasta que se realice el concurso de méritos y oposición.

En caso de desvinculación de ambos actores que pertenecen al grupo de atención prioritaria con el hecho que se interponga una acción de protección se resolvería el proceso de forma ágil y sencilla, por la inminente violación de derechos en que se estaría incurriendo, ahora bien, en el caso específico de las personas con discapacidad, la norma y la sentencia de la Corte Constitucional deja abierta la posibilidad de que se aplique la compra de renuncia obligatoria, dejando débil la estabilidad laboral de salida.

2.6.-La Estabilidad Laboral en las personas con discapacidad en funciones de confianza

Las funciones de confianza es un tema importante dentro de las relaciones laborales, por cuanto existen cargos o puestos que ameritan un mayor acercamiento a la planificación propuesta por la autoridad nominadora, y puedan llevar a cabo los objetivos previstos con mayor eficacia, a esto se suma que los puestos presentan características especiales de disponibilidad inmediata en cuanto a la jornada laboral se refiere, es decir, que generalmente no tienen el derecho al pago de la jornada suplementaria y extraordinaria como cualquier otro trabajador en tanto que el puesto amerita solución integral a las necesidades que se presentan en horarios distendidos y que los mismos puedan solucionar el problema porque las características del puesto lo disponen así.

Entonces contamos con cargos que por la naturaleza de sus actividades se hace difícil establecer el pago de las horas extraordinarias y suplementarias, como es el caso de los agentes viajeros, agentes de comercio, cuya movilización y forma de proceder con las actividades que se desempeñan no permite tener de manera clara como calcular la jornada ordinaria de trabajo, esto siempre y cuando no se establezca un horario de forma expresa en el mismo contrato, no obstante lo señalado el personal regido al Código de

Trabajo solo se encuentra regido a un esquema contractual cuyos efectos jurídicos serían configurados de despido intempestivo como el resto de los trabajadores, y pues siendo un trabajador con discapacidad tendrá el derecho a la indemnización consagrada en el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidad y las señaladas en el art 188 y 185 del CT, sin perjuicio de las demás indemnizaciones que señalan las demás normas legales vigentes.

En el sector público también podemos contar con puestos de nivel de confianza, los que se denominan de libre remoción que se encuentran alineados a las políticas y planificación estratégica que generalmente dispone la autoridad nominadora, lo que supone un punto de debate interesante, cuando los puestos son ocupados por actores sociales que pertenecen a los grupos de atención prioritaria, en el caso que nos ocupa, referente a las personas con discapacidad, nos encontraríamos en una tensión entre la posibilidad que tenga la máxima autoridad de una institución de disponer del personal de confianza en puestos claves y estratégicos a fin de conseguir la planificación propuesta con base en los lineamientos políticos, ideológicos y económicos que se aspira a conseguir con base en la representación democrática y por otra parte encontrarse con servidores con discapacidad que al momento de proceder con su desvinculación se tendría que verificar si existe o no una afectación a sus derechos constitucionales, cuya discrecionalidad tendría que revisarse a través de un test de razonabilidad.

En ese orden de ideas, se abre el debate eminente entre una evidente violación a la igualdad formal, material y no discriminación respecto a trabajadores con discapacidad regidos al Código de Trabajo y servidores regidos a LOSEP, LOEP o leyes que regulan la administración pública y la posibilidad que tiene el empleador para designar al personal en los puestos estratégicos que son de confianza. Los primeros que se encuentran sujetos a una desvinculación de manera unilateral, y están sujetos a una indemnización de dieciocho remuneraciones de la mejor remuneración que perciba el trabajador sin perjuicio de las demás indemnizaciones que tenga derecho y segundo que el servidor de libre remoción sólo se le debe cancelar proporcionales de ley.

Qué pasaría si ambos presentan una acción de protección, ante los órganos jurisdiccionales de justicia, quizás en el primer caso el juez deducirá que se estaría cumpliendo con la premisa consagrada en el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades cuando el empleador cancela la indemnización y en el segundo caso que se trata de un puesto de libre remoción, señalaría que se trata de un puesto que amerita funciones de confianza para no deslegitimar ciertas bases democráticas y no desnaturalizar los lineamientos políticos, ideológicos, económicos sociales entre otros.

Es entendible que los puestos de confianza en el sector público, sean destinados a personal cercano a la autoridad nominadora, pero habría que ver en qué medida estos puestos de libre remoción no puedan afectar los derechos propios de actores que pertenezcan a grupos de atención prioritaria entre ellos las personas con discapacidad. Actualmente se tiene como precedentes, sentencias que señalan que las mujeres embarazadas que estén ocupando un puesto de libre remoción le asiste el derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada según sentencia 17203201804139, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1 Casillero Judicial No: 998, Fecha de Notificación: 02 de agosto de 2018 en la sentencia señala en su parte pertinente lo siguiente;

Una protección especial y atención prioritaria, lo que se conoce como fuero de maternidad, que hace referencia a la protección especial que la ley laboral ofrece a la mujer trabajadora que se encuentra en estado de embarazo o en periodo de lactancia, la protección que les debe el Estado abarca la prohibición de que se les discrimine en su trabajo, lo que se traduce en que no pueden ser despedidas de sus cargos, ni privadas de su empleo por la no renovación de su contrato de trabajo, por causa o con ocasión de su condición de embarazada, materna o lactante, protección o amparo que encuentra fundamento y justificación en el hecho de ser las mujeres gestoras de la vida, valor supremo del ordenamiento constitucional, y que no respetó la Directora Ejecutiva del Instituto de Investigación, Capacitación y Promoción Político Electoral.⁷⁹

Bajo ese mismo argumento las personas con discapacidad en el sector público, que estén ocupando puestos de libre remoción sin incurrir en temas subjetivos y discrecionales, podrían obtener una estabilidad laboral que garantice de forma plena sus derechos, pero bajo este parámetro el punto a discutir sería bastante amplio, debido a que la sentencia señalada en líneas anteriores pone como condicionante la temporalidad, es decir, que una vez que culmine la lactancia al finalizar el período fiscal, dejaría de pertenecer al grupo de atención prioritaria de forma tácita, en cambio la persona con discapacidad tiene una su condición de carácter permanente, y de esta forma podría resultar controversial generar la obligación de una estabilidad laboral a una persona con discapacidad para que ocupe un puesto de libre remoción cuya connotación es confianza.

Es necesario comprender en cierta medida, que la condición de la persona con discapacidad al momento de ocupar un puesto de libre remoción no podría generar una estabilidad absoluta, porque se estaría desnaturalizando la finalidad del puesto, pero se

⁷⁹ Ecuador Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia con Sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito Provincia de Pichincha, "Sentencia" en Juicio n.º 17203201804139.

podría generar el siguiente planteamiento ¿Que opciones se tendrían, para proteger un derecho posiblemente vulnerado?

Planteada esta incógnita, podríamos argumentar como una posible solución, la protección del derecho al trabajo de las personas con discapacidad cuando ocupen puestos de libre remoción, reubicándolos en otro puesto, hasta que el puesto por necesidad institucional pueda ser llamado a concurso de méritos y oposición, y de esta manera generar una condición amplia e importante para este grupo de actor social.

En el sector privado, las cosas tampoco estarían justificadas debido a que el personal que se rige al Código de Trabajo con estabilidad indefinida, solo está sujeto a que le cancelen las indemnizaciones, que señala la Ley Orgánica de Discapacidades, Código de Trabajo y contrato colectivo si hubiere a lugar, pero no se estaría modulando la norma a que se impida de forma definitiva el despido intempestivo y se sujete a la desvinculación a un proceso disciplinario que podría ser más justo respetando un debido proceso.

Ahora bien, que pasaría si este trabajador está sujeto a un contrato que no genera estabilidad laboral indefinida, podríamos deducir de manera fácil que tendría que terminarse la relación laboral al culminar el plazo respectivo, pero estaríamos admitiendo que los servidores regidos al Código de Trabajo no tendrían esa opción que tienen los servidores públicos, que es otorgar un nombramiento provisional hasta que se realice el concurso de méritos y oposición y llenar la vacante de ese puesto.

En otras palabras tendríamos efectos jurídicos diferentes, para servidores y trabajadores con discapacidad en el sector público y privado respecto a las funciones de confianza, en razón a las normas legales vigentes y sentencias constitucionales emitidas por la Corte Constitucional, por un lado los servidores públicos de libre remoción con discapacidad que no pueden estar sujetos a mantener su estabilidad laboral, sin posibilidad de tener opciones múltiples para que el derecho no sea vulnerado y por otro lado los trabajadores con discapacidad regidos en el Código de Trabajo con estabilidad indefinida que están sujetos a una indemnización establecida en la Ley Orgánica de Discapacidades más la señaladas en el Código de Trabajo, excepto en el caso de trabajadores regidos al cumplimiento de un tiempo contractual.

En este último punto del párrafo anterior, cuando se refiere al tiempo contractual, hacemos énfasis, a qué pasaría con un contrato a tiempo indefinido con período de prueba, y durante el período de prueba el trabajador con discapacidad es sujeto a terminar la relación laboral dentro de los 90 días. Ahora bien, si se abre el debate en temas

contractuales que pasaría con los trabajadores con discapacidad que estén sujetos a diferentes relaciones contractuales que están señalados en el Código de Trabajo, tales como contratos eventuales, tarea, obra cierta, por grupo, por equipos, a destajo entre otros.

Si se orienta todo a una estabilidad indefinida, ya no tendría sentido utilizar otras figuras contractuales, y eso sería en cierta medida transgredir el principio de libertad contractual, y generando una estabilidad en todos los casos, en cierta medida podrían resultar medidas que eviten contratar a personas con discapacidad en tipos de contratos a condiciones y plazos determinados.

Capítulo segundo

Legislación Nacional y Normativa Comparada respecto al Derecho de la Estabilidad Laboral, de las Personas con Discapacidad.

1-. Ley Orgánica de Discapacidades del Ecuador; análisis del art 51

Con la expedición de la Ley Orgánica de Discapacidades se establecieron un sinnúmero de derechos para las personas con discapacidad, personas con deficiencia o condición discapacitante, a efectos de convalidar la obligación del Estado, que es precisamente promover la adopción de medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos, los cuales se encuentran en situación de desigualdad.

Bajo estos lineamientos se incorporó una norma relacionada con la permanencia en el trabajo con la finalidad de que el empleador no pueda recurrir a mecanismos de despidos unilaterales y que ocasione una indemnización que represente un impacto económico alto, que de alguna u otra forma evite despidos masivos, para personas con discapacidad. El artículo 51 señala lo siguiente:

“...Artículo 51.- Estabilidad laboral. - Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional...”⁸⁰

Este artículo representa tres elementos indispensables para la protección de derechos laborales, la primera, establecer una indemnización de 18 meses de la mejor remuneración, adicional a la indemnización por despido intempestivo, orientada para las

⁸⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Discapacidades*, Suplemento Registro Oficial N° 796 martes 25 de septiembre del 2012, Art 51.

personas con discapacidad, condición discapacitante, o personas que tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, en caso de despido injustificado o llamado también intempestivo, términos que solo son usados para el régimen del Código de Trabajo.

El segundo elemento indispensable para los trabajadores o servidores que durante la relación laboral hayan tenido un percance que les ocasione una discapacidad sea sujeto a procesos de rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción que aplica para servidores de ambos regímenes laborales Código de Trabajo y LOSEP y el tercer elemento orientado a que se evite la supresión de puestos, aplicable a los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional, lo que se deduce en una estabilidad reforzada.

Ahora bien, la persona con discapacidad, condición discapacitante, o personas que tengan a su cargo la manutención de la persona con discapacidad que frente a un despido intempestivo esté sujeto a una indemnización de dieciocho remuneraciones, solo es un mecanismo de protección parcial, por cuanto se deja abierta la posibilidad que el empleador pueda despedir unilateralmente a un trabajador regido al Código de Trabajo sin que se exija el cumplimiento de algún otro derecho, ratificando que en la actualidad tenemos a trabajadores en instituciones públicas y privadas regidos al Código de Trabajo que están sujetos a un despido intempestivo.

En el segundo caso la norma consolida una protección integral del trabajador y servidor orientado para la reubicación, readaptación o reinserción que busca en gran medida una protección en su integridad física, y de esta manera se cumpla a cabalidad con las normas de seguridad y salud ocupacional a efectos que la persona con discapacidad pueda tener las condiciones necesarias para que pueda ejercitar el trabajo con eficiencia y eficacia.

El tercer elemento respecto a la supresión de partidas, se trata de una figura jurídica que se encuentra instaurada en la Ley Orgánica de Servicio Público, cuya finalidad es eliminar un puesto específico en una institución cuyo objeto es no volver a utilizar la partida presupuestaria por un tiempo determinado.

La utilización de la figura jurídica de supresión de puestos, es utilizada por el empleador para optimizar el personal, en razón que el puesto no es necesario, y que no debe ser ocupada por un determinado tiempo por efectos de modificaciones estructurales.

La finalidad de la misma es impedir la supresión de partidas presupuestarias y con esto garantizar la estabilidad a las personas con discapacidad, condición discapacitante, o a personas que tengan a su cargo la manutención de la persona con discapacidad.

El artículo 51 de la ley Orgánica de Discapacidades no soluciona de forma integral la protección de derechos de los trabajadores y servidores con discapacidad en el sector público y privado, por tratarse de una norma que solo brinda protección parcial respecto a la estabilidad laboral, es decir, la ausencia de una protección real sobre las figuras jurídicas como la compra de renuncia obligatoria, y el despido intempestivo que en gran medida podrían ser aplicados sin ningún problema por el empleador, motivo por el cual la Corte Constitucional, moduló el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades , en la sentencia 172-18-SEP-CC, CASO 2149-13 evitando que se proceda con la compra de renuncia obligatoria, pero dejando un vacío en el mismo artículo mencionado para el despido intempestivo del personal del Código de Trabajo.

2.-La estabilidad laboral en las personas con discapacidad en las constituciones en países andinos.

La estabilidad laboral en los países andinos, tiene elementos de mucha importancia en las distintas Constituciones que fueron expedidas por algunos países andinos, para esto se analizarán a breves rasgos las normas constitucionales de Venezuela, Bolivia , Colombia y Ecuador en las Constituciones de 1998 y 2008 a que han señalado enunciados generales desde la perspectiva constitucional laboral, siendo necesario realizar una comparación de carácter normativo a fin de tener en cuenta cual ha sido el énfasis que estos países le ha brindado al derechos laboral constitucional y cuál ha sido el trato que se les da a los actores sociales pertenecientes a grupos de atención prioritaria, definición que se encuentra señalada en la Constitución de la República del Ecuador.

2.1.- La estabilidad laboral en las personas con discapacidad en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999

El artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala: “La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos.”⁸¹

Es evidente que la Constitución de Venezuela no hace distinción alguna, cuando se refiere a la estabilidad laboral, es decir, se eleva a rango constitucional la estabilidad laboral sin que exista de por medio la determinación de una acción afirmativa, lo que hace efectiva a que se implemente a todas las circunstancias esta figura jurídica, de carácter absoluta y con las excepciones establecidas en las normas, que generalmente las mismas son como se mencionaron en líneas anteriores por régimen disciplinario, o por causas legalmente previstas en el contrato.

La importancia de elevar a rango constitucional la estabilidad laboral en Venezuela, trajo consigo un adelanto en materia de derechos laborales en ese país donde las normas infra constitucionales promulgan el principio de inamovilidad laboral, pero la importancia de la implementación de esta figura jurídica es que existan excepciones, por cuanto ningún derecho que se intente reivindicar es de carácter absoluto. Estas excepciones normalmente deben ser de carácter contractual, es decir por culminación del plazo o las denominadas causas legalmente previstas en el contrato.

Respecto a las personas con discapacidad el art 81 de la citada Constitución señala que: *“Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, le garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promueve su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley..”*⁸²

Podemos auscultar que la Constitución menciona elementos indispensables para las personas con discapacidad y en el plano laboral propugna “condiciones laborales satisfactorias” estas palabras de condiciones laborales satisfactorias envuelven de forma integral un sinnúmero de finalidades, no solo de que las personas con discapacidad tengan un entorno saludable para un desenvolvimiento de las actividades, sino el acceso al trabajo digno con una estabilidad de entrada y salida, siendo esta última indispensable en la consolidación de la estabilidad laboral.

⁸¹ Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta oficial extraordinaria, Nro. 36860, 30 de diciembre de 1999, art 93

⁸² *Ibíd.*, art 81

2.2.- La estabilidad laboral en la Constitución Política de Bolivia

La Constitución Política de Bolivia según lo preceptuado en el art 46 núm. 2, señala lo siguiente: Toda persona tiene derecho: “A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias.”.⁸³ Se utilizan definiciones generales para referirse a la estabilidad laboral, utilizando términos más flexibles para referirse a la misma como un designio general sin estipulaciones especiales que señalen que un actor social de un grupo desprotegido, lo que se conoce en nuestro país como grupo de atención prioritaria.

No obstante, lo señalado, es importante destacar que este precepto constitucional, permite tomar un rumbo necesario para el ejercicio del derecho a la estabilidad laboral, que podría ser complementado con la emisión de normas inferiores, a efectos de determinar elementos necesarios para generar una estabilidad parcial o absoluta, según el caso que se señale para el efecto.

Respecto a las personas con discapacidad en cuanto a derechos laborales, señalamos el art 70 de la Constitución Política de Bolivia que determina lo siguiente “*Toda persona con discapacidad goza de los siguientes derechos: 4. A trabajar en condiciones adecuadas, de acuerdo a sus posibilidades y capacidades, con una remuneración justa que le asegure una vida digna*”. Dentro de estos elementos no señala la incorporación de medidas necesarias para generar una estabilidad laboral eficaz para las personas con discapacidad, sin embargo, los elementos de este artículo se conjugan de forma integral con la estabilidad general propuesta en el párrafo inicial de este numeral.

2.3.- La estabilidad laboral en la Constitución Política de Colombia

La estabilidad laboral en la Constitución de Colombia en la parte pertinente del art 53, señala:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo**; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.”⁸⁴

⁸³ Bolivia, *Constitución de Bolivia*, Registro Oficial el 7 de febrero de 2009. Art 46 num2.

⁸⁴ Colombia, *Constitución de Colombia*, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Art 53.

Podemos verificar que la norma constitucional colombiana propugna como uno de los elementos centrales de qué la estabilidad en el empleo, lo que determina la obligación del Estado de implementar normas que ayuden a la consolidación de la estabilidad laboral de forma integral, pero no con la misma fuerza y aseveración de estabilidad absoluta que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Respecto a la protección que puedan tener las personas con discapacidad, la Constitución de Colombia no señala ningún elemento indispensable para garantizar y efectivizar estos derechos, por lo tanto, no determina una visión que se ajuste de forma integral a este actor social que tenga una protección especial e ineludible a las personas con discapacidad.

2.4- La estabilidad laboral en las personas con discapacidad según la Constitución Política del Ecuador 1998

La Constitución Política del Ecuador de 1998, no propugnaba la estabilidad laboral como factor principal para el ejercicio de los derechos laborales, no obstante respecto a las personas con discapacidad el art 53 señalaba en su parte pertinente lo siguiente : *“El Estado establecerá medidas que garanticen a las personas con discapacidad, la utilización de bienes y servicios, especialmente en las áreas de salud, educación, capacitación, inserción laboral”*⁸⁵ En este sentido podemos verificar que la Constitución asignaba como competencia al Estado la creación de las condiciones necesarias para que las personas con discapacidad puedan acceder a una plaza de trabajo, mas no determina la posibilidad de asignar una estabilidad relativa o absoluta a las personas con discapacidad ni otras determinaciones que permitan desarrollar más sus derechos laborales .

Adicional a esto, no se identificaba a la persona con discapacidad como grupo de atención prioritaria, sino más bien como un actor social individual a quien el Estado debía implementar las garantías necesarias para hacer efectivo el desarrollo de sus derechos y de paso, no existió un desarrollo normativo laboral que permita de alguna u otra forma implementar normas que aseguren de forma efectiva la permanencia en el trabajo.

⁸⁵ Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, Registro Oficial Decreto Legislativo 001, Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998, art 53.

Las personas con discapacidad no tendrían una norma consecuente que castigue a través de las indemnizaciones la desvinculación de los trabajadores con discapacidad, haciendo que los mismos no estén sujetos a un trato diferenciado para ejercitar la igualdad material, y de esta forma se consolide este derecho.

2.5.- La estabilidad laboral en las personas con discapacidad en la Constitución de la República del Ecuador 2008

En la Constitución de la República del Ecuador de 2008, pasamos de un Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por tal razón los derechos constitucionales son plenamente justiciables y podemos encontrarnos con una norma fundamental que desarrolla un sinnúmero de derechos de manera potencial, en su efecto podemos verificar lo que se encuentra preceptuado en el art 33 de la Constitución de la República del Ecuador que señala lo siguiente:

“Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”⁸⁶

Es evidente que la Constitución en su primera parte realiza una definición respecto al trabajo, no obstante, el art 330 de la misma carta magna señala lo siguiente *“Art. 330.- Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición⁸⁷.”* En este sentido, podemos verificar que no existe norma alguna que incentive la estabilidad laboral de forma general, sino más bien que se encuentra orientado al cumplimiento de generar condiciones para su ingreso, por esta razón se implementaron las normas inferiores necesarias para incorporar a trabajadores con discapacidad a las instituciones públicas y privadas.

⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 33

⁸⁷ *Ibíd.*, art 330.

Estas condiciones normativas que genera el Estado para el ingreso de los trabajadores con discapacidad permiten al menos garantizar la inserción como parte del Derecho al Trabajo, por cuanto se señala que debe existir el porcentaje del 4 % de personal con discapacidad por cada 25 trabajadores y servidores, lo que permite tener normas que garantizan el ingreso a las labores, esta finalidad se refuerza con la inserción de normas jurídicas que permiten proteger el empleo, con la determinación de la indemnización de 18 remuneraciones de la mejor remuneración que perciba el trabajador sin perjuicio de las demás indemnizaciones según lo preceptuado en el art 51 de la LOD.⁸⁸

De lo señalado, resulta necesario destacar que la Constitución establece un sinnúmero de derechos laborales que protegen a las personas con discapacidad entre ellas destaca la prohibición de disminución de la remuneración relativas a su condición, lo cual supone un avance en el ejercicio de sus derechos. Aunque sobre este punto el Código de Trabajo señala como causal para terminar la relación laboral, la disminución de la remuneración del trabajador sin ningún tipo de condiciones. (Art 172 numeral 1).

3. Terminación de la relación laboral en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, excepción a la estabilidad absoluta.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano determina un sinnúmero de causales de terminación de la relación laboral, en el sector público y privado, las cuales son legales y no afectan derechos constitucionales y laborales. Para comprender previamente es necesario entender el ámbito de aplicación de los regímenes laborales a efectos de aplicar la normativa pertinente.

Resulta importante destacar tres normas jurídicas que podrían representar tres regímenes laborales tales como: Código de Trabajo, Ley Orgánica de Empresas Públicas y Ley Orgánica de Servicio Público con su respectivo reglamento, cuyos ámbitos de aplicación permitirán solucionar los conflictos laborales en el ámbito público y privado. El Código de Trabajo regula las relaciones existentes entre empleadores y trabajadores en el sector privado, así como en el sector público con las denominaciones establecidas en el acuerdo ministerial MDT-0054-2015 que se refiere a los techos de negociación colectiva, actas transaccionales y acta de finiquito⁸⁹.

⁸⁸ Ecuador. 2012. Ley Orgánica de Discapacidades, *Suplemento -- Registro Oficial N° 796 -- martes 25 de septiembre del 2012*, Art 51.

⁸⁹ Acuerdo Ministerial MDT-0054-2015, *Techos de Negociación de Contratos Colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito*. 2015, art 1.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas regula las relaciones laborales existentes entre empleadores, servidores y trabajadores en el ámbito de empresas públicas nacionales, y finalmente la Ley Orgánica de Servicio Público regula las relaciones laborales existentes entre empleadores y servidores, excluyendo a los trabajadores (obreros). Con esta primera consideración, podemos tener mayor certeza al momento de escoger y aplicar las normas jurídicas para dar por terminada la relación laboral desde su ámbito de aplicación, siendo los procesos contractuales y de salida, diferentes y excluyentes en todos los sentidos.

Precisamente la línea a seguir es aceptar causas de terminación de la relación laboral, debido a que se ha venido sosteniendo que no puede incluirse una estabilidad laboral absoluta sin señalar excepciones que permitan terminar la relación laboral por diversas causales.

3.1.- Causales de terminación de la relación laboral bajo el régimen laboral del Código de Trabajo.

El art 169 del Código de Trabajo señala las causales de terminación de la relación laboral en legal y debida forma que a continuación se señalan: 1. Por las causas legalmente previstas en el contrato; 2.- Por acuerdo de las partes. 3.- Por la conclusión de la obra, periodo de labor o servicios objeto del contrato. 4.- Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio 5.- Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo. 6.- Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas de campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto no lo pudieron evitar. 7.- Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código 8.- Por voluntad del trabajador en los casos del artículo 173 CT 9.- Por desahucio presentado por el trabajador.

Podemos verificar que estas causales son legales y a priori no lesionan ningún tipo de derecho de los trabajadores, por cuanto son causales necesarias, que debe prever el ordenamiento jurídico a efectos de garantizar una seguridad jurídica adecuada pertinente y eficaz. Las causales de terminación de la relación laboral permiten que el empleador o

trabajador cuenten con opciones que permitan dar fin a la relación laboral, por circunstancias que no se pueden prever y por circunstancias contractuales, dejando abierta la posibilidad de que el trabajador pueda utilizar una opción de forma unilateral como es el desahucio, pudiendo utilizarla en cualquier momento del tiempo de la relación laboral.

En ese sentido, podemos verificar que el acuerdo entre partes, funciona con el consentimiento expreso de ambos, y que se presenta de distintas formas. Acta de acuerdo entre empleador y trabajador de manera informal, la decisión de no continuar el trabajador en el trabajo y la aceptación del empleador de que efectivamente le brinda viabilidad en el ejercicio de sus funciones, siendo el documento legal de terminación de la relación laboral, por medio del acta de finiquito, que antes era supervisada por un Inspector de Trabajo, como parte del carácter tuitivo del Derecho al trabajo, pero en la actualidad el documento de acta de finiquito es ingresado al Sistema Único de Trabajo (SUT), del Ministerio de Trabajo donde no es revisado por ningún servidor de la citada entidad.

Respecto a conclusión de obra, período de labor o servicios objeto del contrato, permite brindar seguridad a la terminación de labores a los tipos de contratos que tienen características esenciales tales como: eventuales, tarea, ocasionales, aquellos contratos que por su objeto son excepciones a los contrato de estabilidad indefinida tales como: obra cierta, a destajo, temporada, a pesar que este último tiene intrínsecamente el carácter indefinido por cuanto es obligación del empleador volver a llamar al mismo trabajador en el tiempo y circunstancias que originó dicha relación contractual.

Respecto a las causales de muerte de empleador, trabajador, incapacidades permanentes y viceversa, así como el caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo por diversos motivos, son esquemas que no dependen de la voluntad de las partes, sino que son determinaciones extrínsecas que no se pueden prevenir y pueden suceder a lo largo de toda la relación laboral.

La terminación de la relación laboral por procesos disciplinarios del empleador al trabajador o viceversa constituyen elementos indispensables para la terminación de la laboral, que permiten instaurar un formalismo de orden y disciplina en el ejercicio de las funciones. La determinación de causales por concepto de proceso disciplinario permite cumplir con el precepto constitucional que señala que el trabajo es un derecho y a la vez un deber social.

El proceso disciplinario que se realiza a los trabajadores, es mediante la institución de visto bueno señalada en el art 172 del Código de Trabajo que plantea varias causales, para dar por terminada la relación laboral, cuyo procedimiento también puede ser

planteado por el trabajador de conformidad a lo planteado por el art 173 del mismo cuerpo legal por diversas causales.

El visto bueno interpuesto por el empleador hacia el trabajador y viceversa es un proceso de carácter administrativo disciplinario que tiene como finalidad dar por terminada la relación laboral (art 169 del Código de Trabajo), este acto cuenta con causales expresas. El art 172 del Código de Trabajo, se refiere al visto bueno que debe interponer el empleador ante el Inspector de Trabajo del Ministerio de Trabajo , por las siguientes causales: 1. Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor; 2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados; 3. Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador; 4. Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes, o a su representante; 5. Por ineptitud manifiesta del trabajador, respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió; 6. Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Mas, si fuere justificada la denuncia, quedará asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes; y, 7. Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente; o por contrariar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos.

Sin pretender ahondar en cada una de las causales, resulta necesario hacer énfasis en las más importantes mediante una explicación sucinta. La causal primera que se refiere a tres aspectos distintos donde existen dos criterios al respecto. El primero que las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o abandono de éste tiene que se ser necesariamente por un tiempo mayor a tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor, el mismo que es aplicado de forma unánime por los Inspectores de Trabajo en el Ministerio de Trabajo y confirmado este criterio en la resolución de casación por la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia) que señala en su parte pertinente lo siguiente: *“efectivamente el Art. 172 numeral 1 del Código Laboral, se refiere a faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo; y, luego en la misma causal se refiere al abandono por más de tres días consecutivos, por ello, si bien es verdad que no se dice el número de atrasos, pero debe entenderse en armonía con la*

*exigencia respecto del abandono que deben también ser más de tres en el último período mensual de labor”.*⁹⁰

Esta misma causal identifica una complejidad adicional, que las faltas o abandono deben producirse en un mismo periodo mensual de labor, lo que conlleva a pensar que, si un trabajador se atrasa, o falta a su lugar de trabajo, el día 30 de un mes, y el día 1 del mes subsiguiente, podríamos deducir que un día es excluyente del otro, no convalidando la causal mencionada

La segunda causal que se refiere a la indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados, tiene dos presupuestos, la primera que la indisciplina del trabajador se puede efectuar sin que exista un reglamento interno previamente aprobado, por el Director Regional de Trabajo del Ministerio de Trabajo, y que permite sancionar las conductas incorrectas del trabajador, cuando las mismas no se encuentren estipuladas en un reglamento interno, como muestra de ejemplo podemos establecer el desacato de las órdenes del inmediato superior, parte de los elementos indispensables de la subordinación que se encuentra integrada por cuatro elementos reconocidos por la doctrina como es la económica, jurídica, técnica y moral, y se violentan una de ellas, es válido y viable que se pueda aplicar la desvinculación bajo estos parámetros, ante la inexistencia de un reglamento⁹¹.

El otro presupuesto de la causal mencionada, se debe dar siempre y cuando exista la transgresión de la norma a través del reglamento interno debidamente aprobado por la Dirección Regional de Trabajo según lo preceptuado en el art 64 del Código de Trabajo. Es importante señalar, que actualmente el Ministerio de Trabajo cuenta con la plataforma digital denominada SUT (sistema único de trabajadores)⁹², cuya finalidad es evitar la burocratización de los trámites y de esta manera se ingrese de forma directa el reglamento interno de la empresa con los documentos habilitantes y se proceda con la revisión y posterior aprobación.

Por otro lado, tenemos las causales de visto bueno del trabajador al empleador las cuales se encuentran determinadas en el art 173 del Código de Trabajo que señala lo siguiente: Art. 173.- Causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato. -

⁹⁰ Ecuador. Segunda Sala de lo Laboral y Social Ecuador, Corte Suprema de Justicia, en Expediente de casación, 332, Registro Oficial, Suplemento, No. 324, 25 de abril de 2008.

⁹¹ Graciela Monesterolo. *Régimen Jurídico Laboral del Sector Privado*. (Ecuador: Corporación Estudios y Publicaciones, 2018), 82

⁹² Ecuador, Ministerio de Trabajo, *Acuerdo Ministerial MDT-2017-191*. Registro Obligatorio de registro de datos en el SUT. Registro Oficial 76, 11-IX-2017.

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

1. (Reformado por el Art. 27 de la Ley s/n, **R.O. 483-3S, 20-IV-2015**).- Por injurias graves inferidas por el empleador, sus familiares o representantes al trabajador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes. En caso de que las injurias sean discriminatorias la indemnización será igual a la establecida en el segundo inciso del artículo 195.3 de este código.

2. (Reformado por el Art. 9 de la Ley s/n, **R.O. 116-S, 9-XI-2017**).- Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada;

3. (Reformado por el Art. 9 de la Ley s/n, **R.O. 116-S, 9-XI-2017**).- Por exigir el empleador que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida, salvo en los casos de urgencia previstos en el artículo 52 de este Código, pero siempre dentro de lo convenido en el contrato o convenio y,

4. (Agregado por el Art. 9 de la Ley s/n, **R.O. 116-S, 9-XI-2017**).- En casos de sufrir acoso laboral, cometido o permitido por acción u omisión por el empleador o empleadora o sus representantes legales. Una vez presentada la petición del visto bueno, procederá la apertura de una conciliación que presidirá la autoridad laboral competente, en la que serán oídos, además del interesado, los representantes de los trabajadores y el empleador o quien le represente. La indemnización será la establecida en el segundo inciso del artículo 195.3 de este Código. Atendiendo a la gravedad del caso la víctima de acoso podrá solicitar ante la autoridad laboral competente la disculpa pública de quien cometió la conducta.

Cuando el trabajador o trabajadora presente indicios fundados de haber sufrido acoso laboral corresponderán al empleador o empleadora presentar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Las causales dos y tres son las más utilizadas por los trabajadores, debido a que son presupuestos que generalmente incurren los empleadores. La falta de pago o la disminución del sueldo hacia los trabajadores, se dan por factores económicos, y otras veces el empleador las realiza por eludir responsabilidades incurriendo en prácticas deshonestas que transgreden de forma más acérrima los derechos laborales.

Los cambios de ocupación sin el consentimiento expreso del trabajador, es lo más común que sucede en los lugares de trabajo, incluso detrás de esta irregularidad podría incurrirse en prácticas irregulares como acoso laboral, no obstante, habría que estar atento

al principio de aplicación del principio *ius variandi* que tiene el derecho el empleador pero que no aplica en nuestro medio, excepto para las empresas públicas respecto a sus servidores excluidos del Código de Trabajo. El artículo 17 inciso cuarto de la Ley Orgánica de Empresas Públicas señala ***“La autoridad nominadora previo informe motivado podrá realizar los cambios administrativos del personal dentro de una misma jurisdicción cantonal, conservando su nivel, remuneración y estabilidad. De tratarse de cambios administrativos a jurisdicciones distintas de la cantonal, se requerirá consentimiento expreso del obrero o servidor.”*** A esto se suma la doctrina que señala que el *Ius variandi* es la facultad que tiene el empleador de alterar unilateralmente condiciones no esenciales del contrato individual de trabajo, es decir, un cambio de ocupación que implique que no haya transgresión en la jornada laboral, alteración en la remuneración, o disminución en su categoría.⁹³

Ahora bien, es complejo identificar en nuestro país el uso de esta potestad por parte del empleador, por cuanto la causal de cambio de ocupación sobre el procedimiento de visto bueno es sumamente radical y el empleador por el simple hecho de cambiar del puesto a un trabajador aunque no implique mengua de categoría y se mantenga la remuneración se estaría cumpliendo con lo preceptuado en la causal del visto bueno, lo que impide al empleador que pueda realizar una optimización en el talento humano de la institución pudiendo lograr satisfacer las necesidades bajo el principio del *ius variandi* sin afectar bajo ningún concepto los derechos laborales de los trabajadores.

Por otra parte, si el cambio de ocupación se efectúa según lo preceptuado en el art 192 del Código de Trabajo, el trabajador después de los 60 días no podrá oponerse al mencionado cambio, teniendo en cuenta, que se trataría de una aceptación tácita del trabajador y que permite deducir una prescripción especial, es decir que no puede establecer una petición de visto bueno por cambio de ocupación cuyo efecto jurídico será el despido intempestivo.

Por tal razón, el Código de Trabajo determina una exclusión entre las causales de terminación de la relación laboral respecto a la decisión unilateral para dar por terminada la relación laboral a través del despido intempestivo, calificado este último como el acto arbitrario, ilegal e ilegítimo en el que incurre el empleador y que no necesita formalidad previa para que esto lo pueda llevar a cabo excepto en los caso de despido ineficaz para las mujeres embarazadas y dirigentes sindicales cuyo reintegro es de carácter inminente.

⁹³ Javier Neves Mujica. *Derecho del Trabajo, Cuestiones Controversiales*. (Lima: Ara Editores, 2010) 40

3.2.- El Despido intempestivo; definición, ámbito y aplicación

El despido intempestivo se encuentra señalado en el art 188 del Código de Trabajo que señala lo siguiente: “Art 188.-Indemnización por despido intempestivo. -El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:

Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y de más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinticinco meses de remuneración. La fracción de un año se considerará como año completo. El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere esta o percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que alude en el caso del artículo 185 del Código de Trabajo”

El despido intempestivo debe ser probado por el trabajador en un proceso administrativo y judicial ante las autoridades de trabajo, en esta virtud, en muchos casos es complicado para el trabajador probar de manera adecuada el despido intempestivo porque el empleador aplica un sinnúmero de acciones arbitrarias a efectos de no generar elementos probatorios, y que el trabajador no pueda ser indemnizado de forma correcta.

El despido intempestivo realizado por el empleador hacia el trabajador se realiza en la mayoría de los casos de manera verbal, o por celular, dicha informalidad ha permitido crear un ambiente complejo al trabajador al momento de probar el despido intempestivo, que generalmente deben ser realizado mediante testigos y la declaración de parte del trabajador y el empleador, esto debido a que el juramento diferido es una figura jurídica que sirve para comprobar el tiempo de servicios y las remuneraciones.

En nuestro país, la palabra despido intempestivo no es considerada una causa legal para dar por terminada las relaciones laborales, por esa razón la excluyen del artículo 169 del Código de Trabajo, no obstante a pesar de lo señalado y ser determinada como una acción ilegal y arbitraria, los empleadores utilizan este medio para dar por terminada la relación laboral, y pagar la indemnización que señala la norma, siendo una figura utilizada cuando deciden desvincular a un trabajador de forma directa sin llevar a cabo un debido proceso y sin especificar un motivo determinado, lo que hace suponer que se trate de una figura catalogada de arbitraria pero solo castigada por una indemnización, que muchas

veces no son canceladas por el empleador al utilizar mecanismos para evitar su pago por cuanto la carga de la prueba le corresponde al trabajador.

Esta figura de despido unilateral es la más drástica en cuanto se trata de una desvinculación unilateral sin que medien requisitos de ninguna naturaleza como si lo tiene la figura de compra de renuncia obligatoria que determina al menos 3 requisitos como es la reestructuración, optimización o racionalización. Es decir, la compra de renuncia obligatoria tiene al menos un contenido mínimo y elemental como es el debido proceso lo que no lo tiene el despido intempestivo donde no existe requisito alguno.

Ante esta situación existe una desigualdad formal ante la ley cuando se trata de una desvinculación unilateral para un obrero donde no media condición alguna y frente a la compra de renuncia obligatoria que si determinan elementos o condiciones necesarias para que esto suceda.

3.3. Acumulación de indemnización por despido intempestivo para ciertos actores sociales.

Para ciertos actores sociales, la norma impone acumulación de indemnizaciones, entre aquellas tenemos a las siguientes: El despido intempestivo posterior a la presentación de la constitución de una organización sindical o contrato colectivo serán sujetos a una indemnización de doce remuneraciones de la última remuneración del trabajador, sin perjuicio de las demás indemnizaciones señaladas en Código de Trabajo.

Respecto al despido por discriminación a los adultos mayores y personas por su condición de orientación sexual, y otras similares, las indemnizaciones serán de doce remuneraciones de las que percibe el trabajador, adicionalmente las remuneraciones que dejó de percibir más el diez por ciento de recargo.

Para el caso que el trabajador sujeto a la condición de despido ineficaz, dirigente sindical y mujer embarazada asociado a toda condición, en el caso que se ratifique en sentencia el reintegro a las funciones del trabajador, y este decida renunciar posterior a esto, se le deberá pagar las 12 remuneraciones, sin perjuicio de las demás indemnizaciones, incluido el pago del 10 por ciento de recargo a las remuneraciones no percibidas.

El despido intempestivo para personas con discapacidad conforme se encuentra preceptuado en el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, se ordena el pago de la indemnización será de 18 remuneraciones de la mejor remuneración que perciba el

trabajador, más los valores por despido intempestivo señalados en el Código de Trabajo, situación que estamos analizando en la presente investigación, respecto a los razonamientos que expresa la Corte Constitucional que se puede despedir a las personas con discapacidad, bajo los citados principios de libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, expresando un trato diferente para las personas con discapacidad en el sector público, donde esta proscrita la arbitrariedad en el sector público y por ende se prohíbe la compra de renuncia obligatoria

Dentro de este proceso de acumulación de indemnizaciones, el ordenamiento jurídico es taxativo, por cuanto solo expresa indemnizaciones por determinados motivos, por esta razón surgen algunas incógnitas, que la misma norma las resuelve. ¿Qué pasaría si una persona con discapacidad sufre un despido intempestivo, y genera al mismo tiempo actos de discriminación? A mi criterio se acumula la doble indemnización, por cuanto se debe pagar las 18 remuneraciones por ser una persona con discapacidad que tiene condiciones de vulnerabilidad y así mismo si esta persona producto del despido sufrió algún tipo de discriminación por su condición de discapacidad, orientación sexual, adulto mayor entre otros, deberá pagársele las 12 remuneraciones adicionales sin perjuicio de las demás indemnizaciones señaladas en el Código de Trabajo.

Ahora bien, en cuanto a la acumulación de indemnizaciones nos referimos a la jurisprudencia señalada en la resolución de 30 de junio de 2009, publicada en el Registro Oficial 650 de 6 de agosto de 2009, expresamente señala en su parte pertinente lo siguiente:

“SEGUNDO: Que resumida la impugnación en casación a determinar si las normas contractuales consideran procedente la acumulación de indemnizaciones legales y contractuales originadas en un mismo hecho, es decir, en la ruptura unilateral de las relaciones de trabajo, en aplicación del inciso octavo del artículo 188 del Código del Trabajo que prescribe: “Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes...” y de las cláusulas señaladas de los contratos colectivos, se ha dilucidado que la acumulación de indemnizaciones por despido intempestivo procede siempre que la ley así lo disponga expresamente o cuando en el contrato individual o colectivo así se haya convenido por las partes integrantes de la relación laboral, es decir, que no es pertinente que a la sanción contemplada en la contratación colectiva se deba añadir la sanción contemplada por la ley. Así mismo, no implica que necesariamente debe existir una norma que

determine expresamente la improcedencia de la acumulación de las dos indemnizaciones;

TERCERO: Que si las cláusulas del convenio son atentatorias a los preceptos legales carecen de validez jurídica, prevaleciendo la norma legal, mientras que si las cláusulas contractuales superan los acondicionamientos mínimos establecidos en la ley o en cuanto respeten el ordenamiento legal tendrán validez.”

Podemos verificar, que si el contrato colectivo, se señala un valor determinado cuando a un trabajador lo han despedido de manera unilateral, este debe sumarse a las indemnizaciones de despido intempestivo señalado en la ley, siempre y cuando se encuentre expresamente determinado en el contrato individual o contrato colectivo, en ese sentido, podemos verificar la siguiente incógnita ¿Qué pasaría con una persona adulto mayor, con discapacidad, dirigente sindical y que tenga una cláusula de estabilidad de indemnización sea objeto de despido con connotaciones de discriminación por ser adulto mayor y por tener discapacidad.

Como pudimos verificar, si el contrato colectivo permite su viabilidad de acumulación de indemnizaciones, el trabajador con las características citadas, se le tendría que pagar las siguientes indemnizaciones: Indemnización por cláusula de estabilidad del contrato colectivo, valor por despido intempestivo señalado en el Código de Trabajo art 188, el valor de indemnización de dieciocho remuneraciones de la mejor remuneración establecido en el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, valor de las doce remuneraciones por la discriminación por ser adulto mayor y ser una persona con discapacidad, y como es dirigente sindical, cancelar las doce remuneraciones siempre y cuando una vez reintegrado por despido ineficaz decide salir se le debe pagar las 12 remuneraciones tal como lo señala el art 195.3 que expresamente señala:

“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.”⁹⁴

Como la norma ha generado a modo de castigos, establecer indemnizaciones adicionales por cada suceso, es pertinente trasladar esas arbitrariedades a un despido ineficaz, cuando se involucre a un actor perteneciente de grupo de atención prioritaria,

⁹⁴ Código de Trabajo Registro Oficial Suplemento 167, 16-dic-2005, art 195.3

con las excepciones señaladas en el mismo cuerpo legal, eso podría generar innecesariamente la acumulación desmedida de indemnizaciones.

3.4.- Despido intempestivo de Contrato Colectivo

El proceso de presentación de contrato colectivo puede darse de dos formas, la celebración de mutuo de acuerdo entre las partes de forma directa ante el Director Regional de Trabajo o en su defecto cuando los trabajadores presenten el contrato colectivo de conformidad a lo señalado en el Art. 223 del Código de Trabajo que señala lo siguiente: “Presentación del proyecto de contrato colectivo.- Las asociaciones de trabajadores facultadas por la ley, presentarán ante el inspector del trabajo respectivo, el proyecto de contrato colectivo de trabajo, quien dispondrá se notifique con el mismo al empleador o a su representante, en el término de cuarenta y ocho horas. Transcurrido el plazo de quince días a partir de dicha notificación, las partes deberán iniciar la negociación que concluirá en el plazo máximo de treinta días, salvo que éstas de común acuerdo comuniquen al inspector del trabajo la necesidad de un plazo determinado adicional para concluir la negociación.

Los contratos colectivos de trabajo que se celebren en el sector público, observarán obligatoriamente las disposiciones establecidas en los mandatos constituyentes números 2, 4 y 8 y sus respectivos reglamentos, debiendo las máximas autoridades y representantes legales de las respectivas entidades, empresas u organismos, al momento de la negociación, velar porque así se proceda.

La contratación colectiva de trabajo en todas las instituciones del sector público y entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza, o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos mayoritarios de recursos públicos, tendrá ciertas limitaciones, bajo el contenido que se prohíbe toda negociación o cláusula que contenga privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atentan contra el interés general, (art 224 CT).⁹⁵

En caso de no llegar a un acuerdo para la suscripción del contrato colectivo se conforma El Tribunal de Conciliación y Arbitraje, en razón del reclamo que deberán presentar los trabajadores, el que se desarrollará en una sola instancia, y se conformará

⁹⁵ *Código de Trabajo* Registro Oficial Suplemento 167, 16-dic-2005, art 224

de la misma forma cuando surgen los conflictos colectivos o pliegos de peticiones (arts. 223 al 247 CT).

La mayoría de críticas que se generan en las actuaciones del Tribunal de Conciliación y Arbitraje devienen en la forma como se encuentra organizado, en el sentido que sus integrantes son por vocales designados por el empleador y trabajador que no deben tener conflicto de interés con las partes a la que representan, lo cual es un absurdo porque siempre los vocales actúan en todas las etapas procesales con los intereses a favor de las partes a quienes representan, por lo tanto, es necesario que exista una modificación adecuada en la conformación del Tribunal, disponiendo de un banco de elegibles registrados en el Ministerio de Trabajo, quienes deben actuar un vez que se realice el sorteo respectivo para su conformación.

Una vez llevado a cabo la celebración del Contrato Colectivo, se generan derechos adicionales a los establecidos en el Código de Trabajo, basados en el acuerdo ministerial MDT-0054-2015. Una de las cláusulas que generalmente incorporan los trabajadores en el contrato colectivo se encuentra relacionada con la estabilidad laboral, esta condición varía en los distintos contratos colectivos, y determinan una especie de blindaje pactado por años, por ejemplo si los trabajadores ponen como estabilidad laboral la cantidad de cinco años de estabilidad laboral, y el empleador incurre en el despido intempestivo deberían cancelar una indemnización correspondiente a 60 remuneraciones, correspondientes a los cinco años, fuera de los valores correspondientes por despido intempestivo, desahucio y demás valores pactados.

Según el precedente jurisprudencial de 8 de julio de 2009 y Registro Oficial de 650 de fecha 6 de agosto de 2009 señala “*SEGUNDO: En aplicación del mismo principio constitucional, el plazo de estabilidad que se señale en el contrato colectivo, se entenderá que corre a partir de la fecha de vigencia de dicho instrumento contractual, y por lo tanto si dentro de dicho plazo se produjere el despido intempestivo, la indemnización que deberá pagarse al trabajador, será igual al tiempo que falta para que se cumpla dicha garantía, excepto cuando el mismo contrato colectivo expresamente dispusiere otro efecto, en cuyo caso deberá preferirse éste a aquel.*”⁹⁶ Esto significa que la cláusula de estabilidad como garantía, pierde su efecto jurídico en el transcurso del tiempo, lo que podría conllevar a que si existe una cláusula pactada por 3 años, y si transcurren los 3

⁹⁶ Ecuador Corte Nacional de Justicia, “*Precedente Jurisprudencial*”, Registro Oficial 650 de 6 de agosto de 2009.

años desde la firma del contrato colectivo, y el trabajador es objeto de despido intempestivo no se pagan indemnizaciones.

Ahora bien, a medida que se incorporan más valores por concepto de indemnizaciones, debe atenderse a los techos señalados en el Acuerdo Ministerial MDT-0054-2015, y un techo máximo de 300 remuneraciones señaladas en el Mandato Constituyente Nro. 4.

Las indemnizaciones por despido intempestivo, del personal que trabaja en las instituciones señaladas en el artículo 2 del Mandato No. 2 aprobado por la Asamblea Constituyente el 24 de enero de 2008, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo o bajo cualquier denominación, que estipule el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de relaciones individuales de trabajo, bajo la figura de despido intempestivo, no podrán ser superiores a trescientos 300 salarios básicos unificados del trabajador privado.⁹⁷

El Mandato Constituyente Nro.4 trajo consigo una importante limitación a los valores que por concepto de despido intempestivo percibían los trabajadores, lo que permitió que en gran medida que se limitara las arbitrariedades que estaban contenidas en las cláusulas del contrato colectivo. Los contratos colectivos celebrados en las instituciones públicas, planteaban indemnizaciones exorbitantes, y abusivas permitiendo indemnizaciones con costos altos, afectando notablemente a las instituciones públicas cuyos presupuestos bajos no les permitía generar en las instituciones optimizaciones, reestructuraciones y racionalizaciones, para lograr un gasto administrativo adecuado.

3.5.- Casuales de terminación de la relación laboral en la Ley Orgánica de Servicio Público

Las causas de terminación de la relación laboral en el caso de servidores públicos se encuentra señalada en el art 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público que señala lo siguiente: Art. 47.- Casos de cesación definitiva.- La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada; b) Por incapacidad absoluta o permanente declarada

⁹⁷ Mandato Constituyente Nro. 4, Indemnizaciones por despido intempestivo en el sector público *Registro Oficial Suplemento Registro Oficial No. 236 de 20 de febrero 2008.*

judicialmente; c) Por supresión del puesto; d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada; e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción; f) Por destitución; g) Por revocatoria del mandato; h) Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición; i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; j) Por acogerse al retiro por jubilación; k) Por compra de renuncias con indemnización; l) Por muerte; y, m) En los demás casos previstos en esta ley.

Se pueden examinar distintas causales de terminación de la relación laboral, y se encuentran vinculadas en la misma forma que para el caso de los trabajadores del Código de Trabajo. No obstante, lo señalado, en el Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público instaura una forma nueva de terminar la relación laboral denominada compra de renuncia obligatoria, que fue impuesta a través del Decreto Ejecutivo 813 (Suplemento del Registro Oficial 489, 12-VII-2011).⁹⁸

La compra de renuncia obligatoria es un acto unilateral, de parte del empleador al servidor que se implementó a través de un decreto ejecutivo para reformar el reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, esto fue duramente cuestionado, por cuanto se estaría afectando derechos constitucionales como el derecho al trabajo y de la estabilidad laboral, pero la Corte Constitucional en la sentencia: 003-13-SIN-CC; Casos N° 0042-11-IN Acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN se pronunció alegando que el trámite debía haberse planteado ante el Tribunal Contencioso Administrativo para corregir ese acto normativo, en tanto un reglamento no puede establecer las causas de cesación de funciones sino más bien la normativa sustantiva dictada para el efecto.

Las demás causales de terminación de la relación laboral que señala el art 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, tienen una finalidad que no afecta ni transgrede derechos laborales de los servidores. La causal de renuncia de parte del servidor se encuentra ligada al principio constitucional de libertad de trabajo, que significa la manera de poder decidir qué trabajo elegir, cuánto tiempo permanecer en él, lo cual caracteriza un elemento importante en el desarrollo de las relaciones laborales.

⁹⁸ Ecuador Reglamento de la LOSEP, *reforma Decreto Ejecutivo 813 Registro Oficial Suplemento 109 de 27-oct.-2017, art 2.*

La incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente, no le permite a la persona ejercer sus actividades con normalidad. La supresión del puesto es un proceso unilateral que pueden aplicar los empleadores cuando se requiera generar un proceso de reestructuración, o en su defecto puestos que no tendrían una verdadera funcionalidad.

Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada; la pérdida de derechos civiles y políticos a la que están sujetos los ciudadanos es sin lugar a duda motivo para terminar la relación laboral por cuanto no son susceptibles de contraer derechos y obligaciones, en el ejercicio de sus funciones y de esta manera no se les puede determinar responsabilidades por actividades realizadas en los puestos que podrían ocupar por cuanto sus actividades están ligadas a que sean plenamente capaces conforme lo estipulan las normas legales vigentes.

La remoción también representa un acto unilateral del empleador al servidor, pero está ligado a un esquema de confianza que no transgrede derechos labores, por cuanto representa un proceso de aplicar los lineamientos políticos, sociales, normativos, alineados a una planificación estratégica, y esto normalmente no se aplica para el personal con nombramiento definitivo. Para esto, resulta necesario que los servidores que ocupen puestos de libre remoción acepten con eficiencia las disposiciones emanadas por la máxima autoridad y en el caso que no se respondan a los lineamientos que sean emanados de dicha autoridad, queda a potestad de la misma dar por terminada las relaciones laborales.

La destitución al servidor público ocurre cuando el servidor ha cometido irregularidades en el ejercicio de sus funciones y previa la de decisión se debe proceder con la realización del sumario administrativo pertinente, respetando y garantizando el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Con estos principios constitucionales y elementales el servidor podrá ser objeto de un proceso disciplinario, por el incumplimiento de deberes y obligaciones, incumpliendo con sus competencias técnicas, conductuales.

El ingresar al sector público, a través de un proceso de selección mediante concurso de méritos y oposición, es una de las novedades más importantes que generó el ordenamiento jurídico, inicialmente la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 228 señala lo siguiente: *“El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la*

destitución de la autoridad nominada.”⁹⁹ La norma constitucional pone un freno al otorgamiento de nombramientos de forma directa, por cuanto propugna la participación, justa, democrática, con criterios de selección oportuna para reclutar y seleccionar al mejor talento humano para las instituciones públicas, y de esta manera evitar que ingrese personal sin preparación adecuada, sin el cumplimiento de un perfil que se ajuste a las necesidades institucionales.

Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización, es un plan optativo que puede realizar el empleador, para aquellos servidores que tienen nombramiento definitivo, y que acogiéndose a estos planes se establece un monto a pagar por cada año de servicios, con condiciones y causales específicas contando con el presupuesto necesario y pertinente para la ejecución integral del plan. Es evidente que el plan de retiro voluntario con indemnización solo procede cuando la institución lo requiera, por cuanto no debe confundirse esta opción de terminar la relación laboral respecto a la renuncia voluntaria que el servidor de nombramiento requiera aplicar, cuyas normas y procedimientos están regulados por el acuerdo ministerial de compensación de renunciaciones voluntarias

La jubilación es uno de los derechos más esenciales que tienen los servidores y trabajadores en el ámbito público y privado, por cuanto les permite gozar de un proceso de inactividad laboral, y hacer efectivo de manera integral el goce de una pensión mensual que de alguna u otra forma le permita subsistir hasta el día de su fallecimiento. La estabilidad laboral entra con fuerza imperante en este punto, en razón que la misma ingresa como un elemento determinante para que el servidor tenga la certeza de que su actividad laboral continuará hasta que el mismo decida salir voluntariamente.

A diferencia del sector privado, en el sector público solo se puede laborar hasta los 70 años, después de esa edad de forma obligatoria los servidores deberían salir de la institución. Existen críticas respecto a la imposición del límite de edad en el sector público, debido a que existen dos perspectivas, la primera que afecta el principio de libertad de trabajo, en razón que el servidor es el encargado de decidir hasta que momento laborar siempre y cuando no tenga problemas que afecten el desempeño de sus funciones como una incapacidad permanente; y la segunda, que no es determinante el tema de la edad para que las personas sigan en el ejercicio de sus actividades, por cuanto existen

⁹⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 35

muchos servidores que tienen la capacidad y lucidez después de los setenta años y son un verdadero aporte en cuanto a conocimientos se refiere, y con base a esto se exterioriza la crítica que la imposición de la edad no está basada en un estudio integral que permita señalar que efectivamente después de los 70 años el servidor público ya no tiene las capacidades para seguir en el ejercicio de las funciones.

Cuando se refiere a las demás causas legales establecidas en la ley, podemos encontrar la terminación de los contratos ocasionales, que surgen en razón a las necesidades institucionales que las mismas entidades generan. Esta modalidad contractual ha evolucionado sustancialmente a tal punto, que solo permite utilizarla por el lapso de 12 meses y que en caso que el puesto siga siendo necesario proceder a crear el puesto a fin de llenar la vacante de forma permanente a través del concurso de méritos y oposición.

3.6.- Compra de renuncia obligatoria en el sector público

Una de las figuras más cuestionadas de terminar la relación laboral de manera unilateral es la denominada compra de renuncia obligatoria con indemnización a los servidores en las instituciones públicas, la misma que fue instaurada mediante el Decreto Ejecutivo No. 813 de 2011, suscrito por el ex-Presidente Constitucional de la República del Ecuador Economista Rafael Correa Delgado, que procedió a reformar el Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), aprobado ese mismo año mediante el Decreto Ejecutivo No. 710 . El Artículo 8 del Decreto Ejecutivo Nro. 813, introduce el Artículo 108 del Reglamento la controvertida figura de cesación de funciones por “compra de renunciaciones obligatorias” con indemnización.¹⁰⁰

Esta figura que ha sido utilizada por las instituciones públicas se instauró mediante 3 variantes esenciales: procesos de reestructuración, optimización o racionalización. Cualquiera de estos elementos puede ser utilizado al momento que una institución requiere desvincular a los servidores de una institución. En el primer criterio como es el proceso de reestructuración, generalmente viene acompañada de una planeación estratégica que apunta a generar un orden adecuado en la institución que determina una nueva misión y visión, así como instauración de nuevos objetivos, productos y actividades de las áreas que acorde a las necesidades institucionales se generen, en ese sentido, la

¹⁰⁰ Decreto ejecutivo N° 1701 *registro oficial Nro. 592 de fecha 18 de mayo del 2009.*

modificación de esta estructura puede suprimir, fusionar unidades, coordinaciones, direcciones y el personal que la compone está sujeto a salir de la institución.

En el caso de optimización generalmente apunta a la reducción del personal, por cuestiones, técnicas y económicas, en ese sentido se busca un número óptimo y adecuado del personal para que las actividades y productos que genere cada unidad sea la correcta y necesaria a efectos de que se convaliden los principios de eficacia, y eficiencia y las instituciones puedan cumplir a cabalidad los objetivos estratégicos propuestos.

Y el último elemento de esta figura de desvinculación unilateral es la racionalización, que apunta a un ahorro en gasto corriente de la nómina en la institución que le permite el ahorro de recursos económicos de la empresa a efectos de tener un mejor balance en la utilización de recursos públicos y de esta forma orientar los recursos a inversión, para generar más obras, bienes y servicios.

Cuando se demandó la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 813 de 2011, la Corte Constitucional determinó que la temática relacionada con conflictos derivados entre normas de naturaleza infraconstitucional (decreto-ley), no es de competencia de la justicia constitucional, y por cuanto el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la existencia de mecanismos jurisdiccionales pertinentes, así como la existencia de autoridades competentes para tal efecto, decidió, en virtud de la competencia establecida en el artículo 62 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así mismo, en atención a la problemática surgida a partir de la presentación de garantías jurisdiccionales respecto de la aplicación de la figura de cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización contenida en el Decreto Ejecutivo N.º 813, señala con efectos *inter pares e inter comunis* que el juez que conoce de garantías jurisdiccionales de los derechos debe adecuar sus actuaciones a las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto, los filtros regulatorios para determinar su competencia se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infraconstitucionales, como es el caso de la supuesta antinomia entre la Ley Orgánica del Servicio Público y el Decreto Ejecutivo N.º 813.¹⁰¹

¹⁰¹ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador 2008. “Sentencia” N.ºO016-13-SEP-CC, caso N.º 1000-12-EP. 2016. 6 de junio 2013, 15.

Para el Estado, la implementación de la compra de renuncia obligatoria, es una figura jurídica que puede ser utilizada por razones de reestructuración, optimización y racionalización, para muchos constitucionalistas esta figura jurídica de terminación unilateral de la relación laboral, es eminentemente inconstitucional, por cuanto se trata de una regresión de derechos de los servidores públicos, al tratarse de una figura jurídica creada para separar de manera unilateral a un servidor, transgrediendo de forma directa el artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador que señala lo siguiente: *El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*¹⁰²

La incorporación de normas debe estar orientada al mejoramiento de los derechos laborales de los servidores, incorporando mecanismos más eficientes de estabilidad laboral, y no involucrar normas que vayan en detrimento de estos derechos, en ese sentido, las normas que deben emitirse deberán contribuir de manera notable al desarrollo de una estabilidad laboral y no a un retroceso que implique una evidente desmejora en el desarrollo progresivo de los derechos.

3.7. La estabilidad laboral reforzada en Colombia y Ecuador para los casos de enfermedades catastróficas

La estabilidad laboral reforzada fue implementada en Colombia a través de la Sentencia T-320/16, de fecha 21 de junio de 2016, con argumentos fundamentales y elementales generando puntos importantes a discutir, para esto la Corte Constitucional de Colombia señala lo siguiente en su parte pertinente;

Cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato a término definido, motivo por el cual, el vencimiento de su término de duración no es razón suficiente para darlo por terminado cuando el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta. En este sentido, si el trabajador es un sujeto de

¹⁰² Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 11 núm. 8

*especial protección constitucional, en los contratos a término fijo también es imperativo que el empleador acuda ante la oficina del Trabajo con el fin de obtener la autorización correspondiente para dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pactado.*¹⁰³

Se puede verificar dos elementos importantes, primero que se deja la salvedad a la causa justa, es decir que la desvinculación podría generarse por el proceso disciplinario en caso que se cometa una falta grave, o en su defecto por las causas legales para dar por terminada las relaciones laborales, haciendo referencia a nuestra normas, podría interpretarse como causa justa todas las causales señaladas en el art 169 del Código de Trabajo, así como también las causas de terminación de la relación laboral, preceptuadas en el art 47 de la LOSEP en el caso de los servidores.

Otro elemento señalado es el plazo, el mismo puede ser a tiempo fijo o indefinido, y en el eventual caso que el trabajador con enfermedad catastrófica sea sujeto una desvinculación de sus labores, el empleador no puede alegar el cumplimiento del plazo para su desvinculación unilateral, debido a que lo invocado por la Corte Constitucional, condiciona a que él empleador recurra ante las oficinas de trabajo, para que analice el procedimiento de terminación de las labores del trabajador, cuando el mismo esté sujeto a un contrato a plazo fijo.

En nuestro país existía el contrato a plazo fijo que fue debidamente eliminado con la Ley Orgánica de Justicia Laboral, ya que este tipo de contrato podría dar por terminada la relación laboral a través del desahucio, sin tomar en consideración los factores relacionados con grupos de atención prioritaria. La Inspectoría de Trabajo tenía como competencia notificar al trabajador con 30 días antes del vencimiento del contrato, para señalar que sus labores culminarían con el vencimiento del plazo, siendo un procedimiento aplicable solo para los contratos a plazo fijo, excluyendo a los demás contratos señalados en el Código de Trabajo, tales como: contrato eventual, contrato obra cierta, contrato a tarea y otros.

La sentencia la Corte Constitucional de Colombia hace referencia a lo siguiente:

“La acción de tutela frente al derecho al reintegro laboral únicamente procede cuando se trata de personas con una condición de debilidad manifiesta probada. Es el caso de la mujer en estado de embarazo y lactancia y el trabajador discapacitado calificado con más del 50% de

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia de 10 de mayo de 2018” SU040/18, 2018(Estabilidad Laboral Reforzada de Persona en Condición de Discapacidad o Disminución Física en Contrato de Prestación de Servicios)” Acción de Tutela instaurada por María Eugenia Leyton Cortés contra la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, párr. 90. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU040-18.htm>.

*pérdida...El trabajador no cumple con el supuesto factico consagrado en el artículo 7 porque no tiene una pérdida de capacidad debidamente calificada*¹⁰⁴

La Corte Constitucional tutela el derecho para las personas de grupo de atención prioritaria, donde se involucra a las personas con discapacidad que tengan el 50% de discapacidad, a diferencia de nuestro país que no establece la figura de estabilidad reforzada para las personas con discapacidad, sino más bien el señalamiento de parámetros indispensables que permiten deducir una protección a las personas con discapacidad cuando laboran en las instituciones públicas y privadas, no obstante lo señalado, la protección no abarca en su totalidad que se pueda impedir los despidos para las personas con discapacidad en el Ecuador, por cuanto el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades todavía mantiene el esquema del despido intempestivo con indemnizaciones, no siendo eliminada por la Corte Constitucional del Ecuador, aun cuando la misma mediante Sentencia 172-18-SEP-CC (R.O. E.E. 61, 11-IX-2018) se declaró la constitucionalidad condicionada del citado artículo.

Es eminente que en la actualidad ante un despido intempestivo de una persona con discapacidad en el ejercicio de sus labores podría presentar una acción de protección y el juez garantista tutelando el derecho pertinente proceda a establecer como reparación integral la reinserción laboral a su puesto de trabajo, pero esto podría mermarse si la Corte Constitucional de forma definitiva procede aplicar una modificación integral al art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidad.

En el Ecuador es inexistente una normativa que señale la figura jurídica de la estabilidad laboral reforzada, pero como referencia se instauró la figura jurídica del despido ineficaz que se encuentra vigente a raíz de la publicación de la Ley Orgánica de Justicia Laboral, que abarca a las mujeres embarazadas y dirigentes sindicales, esto en gran medida permitió un avance significativo a los derechos laborales respecto a la consolidación de la estabilidad laboral, no obstante lo señalado la Corte Constitucional en la sentencia N.º 375-17-SEP-CC CASO N.º 0526-13-EP, de fecha 22 de noviembre del 2017, determina dos conclusiones importantes:

“Las personas portadoras de enfermedades catastróficas/profesionales que fueren separadas de sus labores, se presume prima facie como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador funde en una causa objetiva -razones válidas y suficientes que justifiquen de manera argumentada y probatoria ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso; y, iii. Bajo ningún motivo el empleador podrá justificar la terminación de relaciones laborales fundado en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del empleado portador

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 17

de enfermedades profesionales, pues, el deterioro físico y psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales es propio de una enfermedad de esta naturaleza. Por ello, los trabajadores que padecen enfermedades profesionales deberán tener acceso a la reubicación laboral en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades se vea mermado por su condición de salud.”¹⁰⁵

Como se puede observar la estabilidad laboral orientada para las personas con enfermedades catastróficas, está condicionada a ciertos criterios elementales, entre estos que el despido no sea por causas directas o indirectas relacionadas con la enfermedad, pues esto sería discriminatorio, y por otra parte que el despido unilateral no se base a un deterioro físico y psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales, que es propio de una enfermedad de esta naturaleza.

Así mismo, la Corte Constitucional permite la desvinculación de un servidor que tenga una enfermedad catastrófica siempre y cuando funde una causa objetiva y genere razones válidas y suficientes que justifiquen de manera argumentada y probatoria ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso, es por esta razón, el empleador no tiene otra opción que proceder a desvincular a un servidor que padece de una enfermedad catastrófica a través de un plan de desvinculación para su empresa por razones técnicas, económicas, y de optimización y con ese factor esencial ya no se recae en problemas de discriminación que transgreda la estabilidad reforzada.

Según la sentencia **SU040/18** de la Corte Constitucional de Colombia se da un trato global de la estabilidad reforzada a diferentes actores sociales que tiene por titulares a: mujeres embarazadas; personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; para sindicalistas, madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, *“es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral.”*

Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, la estabilidad laboral

¹⁰⁵ Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador. “Sentencia” N ° 375-17-SEP-CC CASO N.º 0526-13-EP, 2017. 22 de noviembre de 2017.

reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.¹⁰⁶

Podemos verificar que en Colombia el despido arbitrario es protegido por la llamada estabilidad reforzada, donde involucran de manera interesante a los actores sociales que están sujetos a criterios de vulnerabilidad en cambio en Ecuador este criterio se encuentra sujeto a dos criterios, que es el despido ineficaz para las mujeres embarazadas y dirigentes sindicales, y la posibilidad de no desvincular en el sector público a los servidores con discapacidad y enfermedades catastróficas con ciertas condicionantes.

El criterio que tiene la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-320/16 señala lo siguiente

“Cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato a término definido, motivo por el cual, el vencimiento de su término de duración no es razón suficiente para darlo por terminado cuando el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta. En este sentido, si el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional, en los contratos a término fijo también es imperativo que el empleador acuda ante la oficina del Trabajo con el fin de obtener la autorización correspondiente para dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pactado.”¹⁰⁷

Ante los eminentes avances de las sentencias señaladas por la Corte Constitucional de Colombia, nuestra Corte Constitucional, ha emitido importantes sentencias relacionadas con los trabajadores y servidores que padecen de una enfermedad catastrófica

En la Sentencia 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, de fecha 09/10/2016, señala que las personas portadoras de VIH y las personas enfermas de SIDA (...) no gozan de un simple estatus de estabilidad laboral aplicable a todas las relaciones laborales, sino que gozan de un principio de estabilidad laboral reforzada, merecedoras de una especial protección dada la fuerte carga discriminatoria que socialmente han tenido que soportar

¹⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia de 10 de mayo de 2018” SU040/18, 2018(Estabilidad Laboral Reforzada de Persona en Condición de Discapacidad o Disminución Física en Contrato de Prestación de Servicios)” Acción de Tutela instaurada por María Eugenia Leyton Cortés contra la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, párr. 90. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU040-18.htm>.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 20

en sus relaciones de trabajo.” En la sentencia señalada, se establecieron las reglas de efectos inter pares e inter comunis aplicables a las relaciones laborales con personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA¹⁰⁸

Bajo ningún motivo el empleador podrá justificar la terminación de relaciones laborales fundado en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del empleado portador de VIH o enfermo de SIDA, pues el deterioro físico y psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales es propio de una enfermedad de esta naturaleza, so pena de incurrir en un trato discriminatorio.¹⁰⁹

Por ello, los trabajadores portadores de VIH o enfermos de SIDA deberán ser reubicados en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades esté afectado por su condición de salud.” (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP, 13/01/16, Objetivo “El objetivo de la estabilidad laboral reforzada es asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad manifiesta como es portar VIH o encontrarse enfermo de SIDA, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva prevista en la Constitución de la República, y que en materia laboral se traduce en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación, cuando ello sea del caso.”¹¹⁰ “Esta estabilidad laboral reforzada tiende a asegurar que las personas que sufren una condición de debilidad como portar VIH o estar enfermos de SIDA tienen la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección frente a actos de discriminación. De este modo se busca que estas personas gocen del derecho a la igualdad efectiva.”¹¹¹

La estabilidad laboral reforzada tiende a asegurar la estabilidad laboral a las personas con enfermedad catastrófica, por la discriminación a la que podrían estar sujetos estos actores sociales y que nuestra Constitución le brinda un trato de grupo de atención prioritaria. Como se señaló en el primer capítulo de esta investigación, podemos auscultar que la Corte asegura de forma efectiva la estabilidad laboral de salida de las personas trabajadoras y que contribuye con políticas de acción afirmativa para su acceso.

En el Ecuador es inexistente una normativa que señale la figura jurídica de la estabilidad laboral reforzada, pero como referencia se instauró la figura jurídica del

¹⁰⁸ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. 2008. “Sentencia”. *080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, 2016*. 09 de octubre de 2013. 12

¹⁰⁹ *Ibid.*, 14.

¹¹¹ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” *016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP, 2016*. 15 de noviembre de 2016. 22.

despido ineficaz que se encuentra vigente a raíz de la publicación de la Ley Orgánica de Justicia Laboral, que abarca a las mujeres embarazadas y dirigentes sindicales, esto en gran medida permitió un avance significativo a los derechos laborales respecto a la consolidación de la estabilidad laboral, no obstante lo señalado la Corte Constitucional en la sentencia N.º 375-17-SEP-CC CASO N.º 0526-13-EP, de fecha 22 de noviembre del 2017, determina dos conclusiones importantes:

“Las personas portadoras de enfermedades catastróficas/profesionales que fueren separadas de sus labores, se presume prima facie como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador funde en una causa objetiva -razones válidas y suficientes que justifiquen de manera argumentada y probatoria ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso; y, iii. Bajo ningún motivo el empleador podrá justificar la terminación de relaciones laborales fundado en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del empleado portador de enfermedades profesionales, pues, el deterioro físico y psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales es propio de una enfermedad de esta naturaleza. Por ello, los trabajadores que padecen enfermedades profesionales deberán tener acceso a la reubicación laboral en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades se vea mermado por su condición de salud.”¹¹²

Como se puede observar la estabilidad laboral orientada para las personas con enfermedades catastróficas, está condicionada a ciertos criterios elementales, entre estos que el despido no sea por causas directas o indirectas relacionadas con la enfermedad, pues esto sería discriminatorio, y por otra parte que el despido unilateral no se base a un deterioro físico y psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales, que es propio de una enfermedad de esta naturaleza.

Por lo expuesto, si el empleador genera un plan de desvinculación para su empresa por razones técnicas, económicas, con razones objetivas y dentro de ese plan constan personas con enfermedades catastróficas, podría resultar la separación unilateral dentro de los parámetros de legalidad, sin embargo detrás de esos aspectos lo que finalmente debería importar en gran medida que la protección a este actor social que pertenece a los grupos de atención prioritaria es precisamente brindar una estabilidad por su condición, para que este haga efectiva plenamente de los demás derechos que tendría que satisfacer como el derecho a la vivienda, salud, alimentación derechos básicos y elementales que se ha sostenido para generar una vida digna.

Según la sentencia **SU040/18** de la Corte Constitucional de Colombia se da un trato global de la estabilidad reforzada a diferentes actores sociales que tiene por titulares

¹¹² Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador. “Sentencia” N.º 375-17-SEP-CC Caso N.º 0526-13-EP, 2017.

a: mujeres embarazadas; personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; para sindicalistas, madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, *“es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral.”*¹¹³

Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.¹¹⁴

Podemos verificar que en Colombia el despido arbitrario es protegido por la llamada estabilidad reforzada, donde involucran de manera interesante a los actores sociales que están sujetos a criterios de vulnerabilidad en cambio en Ecuador este criterio se encuentra sujeto a dos criterios, que es el despido ineficaz para las mujeres embarazadas y dirigentes sindicales, y la posibilidad de no desvincular en el sector público a los servidores con discapacidad y enfermedades catastróficas con ciertas condicionantes.

El criterio que tiene la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-320/16 señala lo siguiente

“Cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato a término definido, motivo por el cual, el vencimiento de su término de duración no es razón suficiente para darlo por terminado cuando el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta. En este sentido, si el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional, en los contratos a término fijo también es imperativo que el empleador acuda ante la oficina del Trabajo con el fin de obtener la autorización correspondiente para dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pactado.”¹¹⁵

¹¹³ Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia de 10 de mayo de 2018” SU040/18, 2018(Estabilidad Laboral Reforzada de Persona en Condición de Discapacidad o Disminución Física.)

¹¹⁴ *Ibid.*, 16.

¹¹⁵ *Ibid.*, 17.

4. Inversión de la carga de la prueba

Probar significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso.¹¹⁶ El autor Devis Echandía en su explicación sobre los varios sentidos jurídicos que el término “prueba” puede contener, señala tres aspectos importantes al momento de definir dicho término “prueba” puede contener, señala tres aspectos importantes al momento de definir dicho término: “1) como manifestación formal; esto quiere decir los medios, los vehículos a través de los cuales se intenta dar a conocer la realidad de los hechos al juez (testimonios, confesiones, documentos, etc.); 2) el contenido sustancial o esencial, se refiere a los motivos o razones que se deducen de aquellos medios utilizados y que ayudan esclarecer los hechos; y 3) el resultado subjetivo, es el convencimiento que se pretende producir en el juez como resultado de la prueba de determinados hechos.¹¹⁷

La carga de la prueba depende mucho del principio dispositivo en el procedimiento, siendo el principal factor lo que las partes puedan expresar de manera libre y voluntaria en el proceso judicial. En otras palabras, las partes que intervienen en el juicio tienen amplias facultades para disponer del procedimiento siempre y cuando afecte solamente a su interés personal, tampoco puede ir en contra de las facultades y jurisdicción de la autoridad judicial, es decir, que no puede conceder más allá de lo que se le ha pedido.¹¹⁸

El Principio Tutelar o Protectorio, eje fundamental del derecho laboral, debe proyectarse en el proceso laboral a través del cual se busque en definitiva la igualdad como fin y no como posición de las partes en el proceso, con lo cual del mismo modo como en el derecho laboral sustantivo se pretende proteger hasta cierto punto a la parte más débil de la relación (trabajador), también se debe extender dicha “protección” al procedimiento donde las desigualdades también persisten, en especial al momento de aportar prueba.¹¹⁹

¹¹⁶ Giuseppe Chiovenda. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. (México: Jurídica Universitaria, 2001) 501

¹¹⁷ Hernando Devis, Echandía, *Teoría General de la Prueba judicial*, (Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1968) 24

¹¹⁸ Ugarte Cataldo, José Luis “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 35 Valparaíso dic. 2010, 10

¹¹⁹ Neves Mujica, Javier. *Las reglas constitucionales para la aplicación de la normativa laboral*. (Lima: Programa Laboral, 1990) 9.

El Tribunal Constitucional español sostiene que los órganos judiciales han exigido a la parte una indebida carga de la prueba, ya que por “objetivas dificultades probatorias al estar las fuentes de prueba en poder de la parte contraria; lo que puede suponer, y de hecho supone, la vulneración del "principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba", al situar en situación "hegemónica", de "supremacía" o de "privilegio" a una de las partes.” En este sentido, la dificultad que tiene el trabajador de obtener prueba de sus dichos se resume en tres criterios.

El primero es sobre la apreciación amplia que haga el juez sobre si el trabajador ha cumplido o no con su carga probatoria, pues el juzgador con su criterio, debe tomar en cuenta lo difícil que le resulta al trabajador producir pruebas. Como segundo criterio, se tiene que tomar en cuenta que la inversión de la carga de la prueba no puede aplicarse sino con una norma expresa; y tercero, que refiere a la facultad inquisitiva que el juez tiene en materia probatoria pues en función de la búsqueda de la verdad real, el trabajador tiene mayor dificultad para cumplir con su carga probatoria.¹²⁰

Como respuesta a éstas desventajas con las que se enfrenta el trabajador, principal actor en los juicios laborales, se ha adoptado una diferente manera de distribuir el onus probandi para éste tipo de litigios, pues a partir del “principio de disponibilidad de la prueba”, como lo han denominado por ejemplo en el derecho procesal uruguayo, se ha logrado esta redistribución probatoria, ya que según dicho principio “la parte que dispone de los documentos en los que consta la prueba de los hechos controvertidos, debe suministrarlos al proceso y, si no lo hace, se considera que los documentos le dan razón a la tesis de la contraparte”.¹²¹

A raíz de ello, se ha venido promulgando entre los autores y doctrinarios lo que se ha denominado “la inversión de la carga de la prueba”, que de acuerdo a una idea primaria vendría a ser una ruptura del concepto que quien afirma algo está obligado a probarlo, propio del derecho procesal civil, que trasladado al campo procesal laboral, la carga de la prueba estaría en manos del empleador, principal demandado en este tipo de causas, el cual según lo hemos dicho, tendría mayor disponibilidad de aportar pruebas al proceso.¹²²

El empleador se encuentra en mejores condiciones que el trabajador para producir su propia prueba, pues en su empresa se encontraría la prueba documental, instrumental y

¹²⁰ Perrote Escartin, Ignacio García. *Prueba y Proceso Laboral*. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_004_163.pdf. 22/09/2010

¹²¹ Humberto Bello Tabares, *Las pruebas en el proceso laboral*. (Caracas - Venezuela. Ed. Paredes. Segunda edición. Revisada y ampliada. 2008). 241

¹²² *Ibíd.*, 23.

hasta testimonial que en principio favorecería al trabajador, el cual por obvias razones no tendría libre acceso; dicho esto el fenómeno de la inversión de la carga prueba en realidad es una redistribución de la carga probatoria como bien lo mencionan algunos autores consultados, pues a través de presunciones y nuevas reglas de distribución materializadas en la ley es que el empleador tendría que aportar prueba que el proceso requiera.¹²³

El trabajador debería soportar la carga de la prueba solo respecto a la determinar la existencia de la relación laboral, la cual puede generarse por diversos aspectos, tales como: afiliación al IESS, rol de pago, testimonios, entre otros elementos sustanciales, para aliviar las dificultades probatorias a la que están sujetos, debido a que lo expresado en líneas anteriores, permite verificar que la relación laboral siempre va a tener un desequilibrio eminente a favor del empleador, quien es el encargado de efectuar las ordenes que sean necesarias para que las funciones se puedan realizar en legal y debida forma y porque el empleador sería el encargado de probar el eminente cumplimiento de obligaciones laborales.

Luis Cueva Carrión, Diana Acosta León y Sabino Hernández, creen que ello no es del todo aplicable a este campo, pues consideran que al trabajador le corresponde probar solamente la existencia de la relación laboral, pues al empleador le corresponderá por su parte probar que ha cumplido con todas las obligaciones laborales para con el trabajador; de esta manera, éste último “no tendría la obligación de comprobar que no le han solucionado las remuneraciones y prestaciones a que tiene derecho.”¹²⁴

Michele Taruffo dice que: “[...] a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte “débil” (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba.

En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la

¹²³ Ignacio Javier Miranda Saldívar. *Las cargas probatorias dinámicas*. (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. 2009) 43

¹²⁴ Diana Acosta de Loor, *Principios y peculiaridades fundamentales del derecho procesal del trabajo*. (Guayaquil, Editorial Edino, 2008) 55

corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la “verdad” sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante”¹²⁵

La carga de la prueba que tiene el COGEP es carga civil. Al respecto hay que decir que existe abundante jurisprudencia nacional que mantiene el principio de la carga de la prueba del derecho procesal civil en el sentido de que el despido debe probarlo quien lo alega.¹²⁶

John Alarcón Pozo, sostiene además que “la prueba del despido es difícil, pues por lo regular no ocurren decisiones de esta naturaleza en presencia del trabajador”. Es por ello que el autor citado analiza que, al momento de contestar al despido, el demandado puede hacerlo de dos maneras: 1) que el empleador niegue simplemente el hecho del despido; o, 2) que el empleador objete que la relación laboral se terminó por otra forma.¹²⁷

Si el empleador, niega el despido, es evidente que debería justificar porque terminó la relación laboral ante el Juez competente, teniendo las opciones que se encuentran señaladas en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, si terminó la relación por proceso disciplinario conforme lo señala el art 172 del Código de Trabajo, o en su defecto se dio por causas de terminación de la relación laboral conforme lo señala el art 169 del Código de Trabajo, por lo tanto, en materia laboral es pertinente pruebe de forma eminente que el trabajador no fue objeto de despido, sin embargo, en la primera opción en nuestro ordenamiento jurídico y en razón a las sentencias en materia laboral que expiden los jueces, cuando el empleador niega el despido, simplemente le corren el traslado de la carga de la prueba al trabajador de manera irrazonable, cuando la mayor carga de información la tiene el empleador conforme lo señala el “*art 42. 7. (Sustituido por el núm. 1 del Art. 9 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015). - Llevar un registro de trabajadores en el que conste el nombre, edad, procedencia, estado civil, clase de trabajo, remuneraciones, fecha de ingreso y de salida, dirección domiciliaria, correo electrónico y cualquier otra información adicional que facilite su ubicación. Este registro se lo actualizará con los cambios que se produzcan.*”¹²⁸

¹²⁵ Taruffo, Michele. *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*. Revista de derecho Valdivia. 2003. vol.15.210.

¹²⁶ Ecuador Corte Suprema de Justicia, Extracto de la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Quito, 10 de abril de 2003. Despido Intempestivo. 3990

¹²⁷ Alarcón Pozo, John. *La carga de la prueba en el derecho procesal ecuatoriano*. (Tesis maestría Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2002), 23.

¹²⁸ Ecuador. 2005. *Código de Trabajo* Registro Oficial Suplemento 167, 16-dic-2005, art 42 numeral 7.

La segunda opción que tiene el empleador, es la de objetar la forma en la que terminó la relación laboral, si eso sucede en la actualidad, el patrono deberá justificar que efectivamente la relación laboral terminó por régimen disciplinario (art 172) o las causas legalmente previstas en el contrato (art169), y que para mi criterio deberá ser el mecanismo que deba utilizar el empleador para justificar, cuando también niegue el despido como se explicó de forma inicial y que en la actualidad no sucede.

Una línea de lo expresado, respecto a la carga de la prueba la podemos encontrar en el Código de trabajo, art 188 inciso 9 y 10 del Código de Trabajo, que expresamente señala lo siguiente: *“Cuando el empleador deje constancia escrita de su voluntad de dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo, esto es, sin justa causa, la autoridad del trabajo que conozca del despido, dispondrá que el empleador comparezca, y de ratificarse éste en el hecho, en las siguientes cuarenta y ocho horas deberá depositar el valor total que le corresponda percibir al trabajador despedido por concepto de indemnizaciones. Si el empleador en la indicada comparecencia no se ratifica en el despido constante en el escrito pertinente, alegando para el efecto que el escrito donde consta el despido no es de su autoría o de representantes de la empresa con capacidad para dar por terminadas las relaciones laborales, se dispondrá el reintegro inmediato del trabajador a sus labores”*.¹²⁹

Es claro y evidente, que el empleador no tiene opciones al momento de comparecer a una autoridad de trabajo, cuando el trabajador ha sido objeto de un despido intempestivo por escrito, debido a que, si se ratifica de forma verbal ante la autoridad de trabajo que el escrito fue de su autoría, se procede de manera inmediata a ordenar el pago inmediato de la indemnización por despido intempestivo, así mismo si el empleador lo niega, de forma evidente procede el reintegro a las labores, por lo tanto, es una forma de proteger la estabilidad laboral y no pasar por un proceso donde al negar el despido de parte del empleador, el trabajador que es la parte más débil deba probar el eminente despido.

Ahora bien, en este caso podemos verificar varias condicionantes, la primera que el despido debe ser por escrito, siendo una práctica menos común del empleador, que, en la mayoría de los casos, prefiere optar por el despido de manera verbal aprovechándose de las circunstancias del actual sistema, donde le corresponde al trabajador probar el despido, la segunda condicionante que expresa la norma es que el ex trabajador proceda

¹²⁹ Ecuador. 2005. *Código de Trabajo* Registro Oficial Suplemento 167, 16-dic-2005, art 188 inc. 9 -10.

a exteriorizar el reclamo ante una autoridad de trabajo, es decir, un Inspector de Trabajo, para que este le ordene su comparecencia en 48 horas y pueda constatar el acto unilateral de despido intempestivo, a efectos de que se resuelva el problema de manera inmediata.

Podemos verificar, que si la norma le permite a una autoridad de trabajo la posibilidad de poder cerciorarse que el empleador ha procedido efectivamente con el despido para ordenar el pago de manera inmediata en caso que el mismo se ratifique y que a su vez en caso de negativa pueda generar el reintegro inmediato a sus labores, ¿porque esta aplicación no podría generarse cuando el despido intempestivo se realiza de manera verbal ? es decir, el empleador puede negar el despido, pero en ese momento , le podría corresponder a la autoridad de trabajo aplicar el principio protectorio y tutelar del derecho al trabajo y que el empleador pruebe de manera pertinente la terminación de la relación laboral.

En el caso de las personas con discapacidad, si se alega el despido intempestivo, conforme a nuestro actual sistema, le correspondería al servidor o trabajador con discapacidad probar que ha sido despedido, con el objeto de que le reconozcan el pago de las 18 remuneraciones, por lo tanto, el monto de indemnización podría constituirse en una utopía, por lo tanto sería más locuaz que el empleador le corresponda probar el motivo por el cual terminó la relación laboral, una vez reconocida la relación laboral, si la causa se dio por visto bueno, deberá tener la resolución del Inspector de Trabajo, previo procedimiento, si las causas terminaron por lo señalado en el art 169 del Código de Trabajo, deberá establecer la prueba relevante por la cual culminó la relación laboral, siendo la misma 1. Por las causas legalmente previstas en el contrato; 2. Por acuerdo de las partes; 3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato; 4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio; 5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo; 6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar; 7. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código; 8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; y, 9. (Sustituido por el Art. 26 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015).- Por desahucio presentado por el trabajador.

Si el empleador no le presenta la documentación que acredite la causa de terminación de la relación laboral, deberá entenderse que se produjo un despido

intempestivo, y por ende mandar a pagar la indemnización. Adicionalmente por el razonamiento que expone la Corte Constitucional en la sentencia **172-18-SEP-CC, CASO Nro. 2149-13-EP**, la finalidad fundamental es que las personas con discapacidad al momento de revertir la carga de la prueba al empleador se les permita la posibilidad de reintegrarse a su puesto de trabajo y que en el caso que estos decidan ya no reintegrarse, se procedería con el pago de la indemnización señalada en la Ley Orgánica de Discapacidades, sin perjuicio de las demás indemnizaciones que hubiere a lugar.

El art 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela señala: *“Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal.”*¹³⁰

Se puede verificar que la Ley Procesal de Trabajo de Venezuela es clara y pertinente al afirmar la carga de la prueba en caso de despido o pago de obligaciones corresponde al empleador, paso trascendental y fundamental que en la actualidad no se aplica en nuestro procedimiento normativo actual, debido a la fuerte orientación civilista sin prever excepciones por una determinada materia.

En el proceso laboral el demandado siempre asume la carga de la prueba, pues al obligarlo la ley a contestar en forma específica debiendo aportar el hecho exceptivo de descargo - pues no puede contestar genéricamente limitándose a negar y rechazar los hechos - siempre asumirá la carga de demostrar el hecho exceptivo por ser presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que le beneficia y que solicita”¹³¹

El art 169 del Código Orgánico General por Procesos señala expresamente lo siguiente: Carga de la prueba. (Reformado por el Art. 28 y por el Art. 29 de la Ley s/n, R.O. 517-S, 26-VI-2019). - Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha

¹³⁰ Venezuela, *Ley Orgánica Procesal de Venezuela*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No 37.504, de fecha 13 de agosto de 2002, art 72.

¹³¹Humberto Bello Tabares, *Las pruebas en el proceso laboral*. (Caracas Ed. Paredes Segunda edición, Revisada y ampliada, 2008). 241.

propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Los medios de prueba anunciados y aquellos que fueron solicitados con auxilio judicial, deberán estar incorporados al proceso antes de la audiencia preliminar o única. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio antes de la audiencia única. En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima.

En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.

También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.

En los procesos contencioso tributario y contencioso administrativo, cuando el administrado entregue copias simples, como prueba a su favor, la administración cumplirá con remitir las actuaciones en la forma prevista en el Art. 309 de este Código, para que la o el juzgador valore la prueba documental en su conjunto.¹³²

¹³² Ecuador, *Código Orgánico General Por Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may 2015. Art 169.

Capítulo Tercero

Análisis de Sentencias de Corte Constitucional, respecto al Derecho a la Estabilidad Laboral en el Ecuador para las Personas con Discapacidad y enfermedades catastróficas.

En este capítulo se pretende realizar un análisis exhaustivo de las distintas sentencias que expide la Corte Constitucional, con la finalidad de verificar de manera integral los criterios y posturas, frente a las personas servidoras con la condición de discapacidad. Las sentencias iniciales comienzan a favorecer progresivamente los derechos de los servidores con discapacidad regidos por la LOSEP, iniciando por la figura contractual de contrato ocasional cuya condición intrínseca permitía dar por terminada la relación laboral en cualquier momento, pero que permitía hacerlo cuando culminaba el plazo, pero luego de aquello, en la siguiente sentencia se señala que no se puede realizar la terminación por el plazo, sino más bien emitir un nombramiento provisional, hasta que se realice un concurso de méritos y oposición y finalmente en la siguiente sentencia se señaló el impedimento de dar por terminada la relación laboral por compra de renuncia obligatoria.

Al tener esta evolución de sentencias, trajo consigo importantes avances en la protección de derechos para las personas con discapacidad, más que todo para los servidores públicos regidos para la LOSEP, excluyendo de esta lógica al personal regido al Código de Trabajo, sin hacer un análisis exhaustivo a los términos jurídicos, en razón que se menciona las palabras despido intempestivo que son usadas única y exclusivamente para los trabajadores regidos al Código de Trabajo, y que de manera errónea la Corte Constitucional, la utiliza para motivar las sentencias en favor de los servidores regidos para la LOSEP, pero muy aparte de aquello no se menciona bajo ningún aspecto que se elimine la palabra de despido intempestivo en el art 51 de la Ley Orgánica con discapacidad, para que esta protección sea igualitaria para el personal regido al Código de Trabajo.

Estos aspectos esenciales, dejan a merced a que los trabajadores con discapacidad regidos al código de trabajo sean despedidos de manera intempestiva y que tengan que recurrir a la justicia ordinaria hacer valer sus derechos para aplicar el proceso de indemnización de 18 remuneraciones que se encuentra sujeto en la Ley Orgánica de Discapacidades, o en su defecto recurrir a una acción de protección para discutir el

derecho que le asigna el empleador según el artículo 51 de la Ley Orgánica de discapacidad que se fundamenta en la seguridad jurídica señalada en el art 82 de la Constitución de la República del Ecuador y el derecho al trabajo conjuntamente con los derechos de grupo de atención prioritaria que puede ser utilizado por el trabajador con discapacidad.

1. Derecho a la estabilidad laboral a servidores públicos y trabajadores con discapacidad y enfermedad catastrófica, en los regímenes laborales Código de Trabajo, LOSEP. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional Nro. 258-15-SEP-CC, CASO 2184-11-EP

El presente caso se trata de una señora que responde a los nombres de Iliana Leticia Vera Montalván, por sus propios derechos, el 15 de noviembre de 2011 la misma que presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 14 de septiembre de 2011, dentro de la acción de protección N.0 045-2011; 1 04-2011.

Esta sentencia se discute sobre la naturaleza del contrato ocasional cuya finalidad no genera una estabilidad laboral, que si bien es cierto está sujeto a un tiempo determinado, la misma se puede darse por terminada en cualquier momento, o por las demás causales que señala el art 146 del Reglamento de la LOSEP.

En primera instancia el Tribunal Primero de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas el 02 de agosto de 2011, se aceptó la acción de protección propuesta por la accionante, declarando vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso, trabajo, derecho de las personas discapacitadas, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, estableciendo en consecuencia las medidas para la reparación de los daños.

En segunda Instancia la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 14 de septiembre de 2011, dentro de la acción de protección N.0 045-2011; 1 04-2011, que en lo principal estableció lo siguiente:

El Art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público, publicado en el Registro Oficial No 294 de 6 de octubre de 2010, que reemplazó a la anterior Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación, al referirse a la suscripción de contratos de servicios ocasionales, en el apartado último del inciso segundo expresa "Por su naturaleza este tipo de contratos no generan estabilidad..." y en el inciso sexto sostiene: " ... Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representan estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por

terminado en cualquier momento, para lo cual podrá constar del texto de los respectivos contratos.¹³³

La Sala en segunda instancia realiza un análisis de legalidad, donde señala que efectivamente debe cumplirse la norma de manera estricta asegurando la naturaleza del contrato ocasional y en ese sentido señala que sin condicionamiento alguno deberá darse por terminada las relaciones laborales entre empleador y servidor sin que pueda alegarse la generación de una estabilidad permanente, más aun sino no se ha desarrollado un concurso de méritos y oposición, figura jurídica correcta para que un servidor público pueda acceder a un puesto permanente en el sector público.

La sala especializada en segunda instancia al no verificar si la ex servidora no representaba a un grupo de atención prioritaria, permitió generar el fundamento necesario por parte de la accionante para acudir a la Corte Constitucional y presentar vía acción extraordinaria la violación de los derechos constitucionales derecho al trabajo, debido proceso, derecho a la motivación y su vez el derecho como grupo de atención prioritaria por encontrarse en estado de gestación y ser una persona con discapacidad.

Termina su motivación de la acción de la siguiente manera:

Con esta Resolución se me está quitando mi fuente de ingresos, es decir, el sustento de mi familia, porque se está permitiendo que la prepotencia y la violación de la Ley y de mis derechos Constitucionales sigan vigentes y surtiendo pleno efecto por la falta de una protección oportuna de los organismos del Estado, en este caso, por la irresponsabilidad de los señores Jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo. No Se le me (SIC) reconoce el principio (SIC) constitucional laboral de la estabilidad, pues al estar prestando mis servicios durante nueve años mediante contratos de servicios ocasionales, se precarizó mi situación laboral, siendo inconstitucional que no reconozca una estabilidad de hecho y además desnaturalizando la ocasionalidad de los contratos prestados a la institución pública respectiva.¹³⁴

La Corte Constitucional procede a verificar si se ha vulnerado la seguridad jurídica según lo preceptuado en el art 82 de la Constitución de la República del Ecuador, señalando como fundamentos la vulneración de normas internacionales de las personas con discapacidad tales como: La Convención de los Derechos de las personas con discapacidad art 27, La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convenio 159 de la

¹³³ Ecuador 2010, *Ley Orgánica de Servicio Público*, Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010, art 58.

¹³⁴ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” Nro. 258-15-SEP-CC, CASO 2184-11-EP. 12 de agosto de 2015. 5.

Organización Internacional del Trabajo, sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de las Personas Inválidas, art 1 numeral 2.

Refuerza sus fundamentos señalando expresamente lo siguiente:

En tal razón, era preciso examinar su situación desde el momento mismo de la contratación, los instrumentos utilizados para ello, la función para la que fue contratada, cómo la decisión de dar por terminado su contrato podía afectarla, en definitiva, revisar si la entidad garantizó o no sus derechos y su dignidad; además, debió considerar integralmente el conjunto de instrumentos que regulaban la materia y que han sido promulgados justamente para proveer a este grupo de ciudadanos una atención prioritaria y una protección especial, a fin de garantizarles una verdadera igualdad en el trabajo.¹³⁵

La otra vulneración del derecho que se alega en esta sentencia es si existe vulneración a la igualdad de la accionante, verificando el análisis de la igualdad formal y material. La sentencia N. 0027- 12-SIN-CC de la Corte Constitucional que se menciona en la sentencia analizada señala:

La igualdad formal, parte en el nivel de conciencia jurídica actual de la igual dignidad de toda persona humana, con independencia de otras consideraciones. (...) Igualdad material, cuya finalidad no es equiparar a todos, sino distinguirlos, a fin de no ocasionar tratos injustos. Para Laura Clérico y Martín Aldao, todas las fórmulas de igualdad encierran algún tipo de comparación que surge del reclamo de trato igualitario, en dos sentidos: 1) Alguien que es tratado en forma diferente que otro, quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o 2) alguien que es tratado como otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.

En definitiva, esta Corte establece que, para garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, las entidades públicas están facultadas para dar por terminada la relación laboral de manera unilateral, cuando existan razones previamente establecidas en la ley y el reglamento pertinente, que así lo justifiquen; por lo tanto, deberán, en todos los casos, respetar el plazo de duración establecido en los contratos.

Además, de haberse cumplido el plazo máximo de vigencia para este tipo de contratos - dos años- y la necesidad o actividad institucional subsista, en atención a las razones jurídicas antes expuestas, puede renovársele el contrato a la persona con discapacidad hasta que la entidad lleve a cabo el correspondiente concurso de méritos y oposición, sin que esto le faculte a la persona contratada, exigir el otorgamiento de un nombramiento, en tanto, los artículos 228 de la Constitución, 65 y 86 de la Ley Orgánica de Servicio Público y conforme lo ha señalado esta propia Corte, como máximo organismo de interpretación constitucional, el ingreso al servicio público únicamente puede darse en función de resultar ganador en un concurso de méritos y oposición.¹³⁶

Frente a lo alegado por la Corte Constitucional, se tienen que revisar ciertos elementos esenciales, en la misma determina situaciones como el tiempo, necesidad

¹³⁵ Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de las Personas Inválidas.

¹³⁶ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia" Nro. 0027- 12-SIN-CC. Caso Nro 0002-12-IN. 21 de junio de 2012. 30.

institucional y la importancia que reviste las personas trabajadoras con discapacidad, para lo cual plantea los siguientes argumentos.

En relación al tiempo contractual del contrato ocasional, que señala que efectivamente no se podría dar por terminada la relación laboral de manera unilateral tal como lo señala el art 146 literal f del reglamento de la LOSEP, sino hasta la culminación del plazo según lo preceptuado en el literal a) del art 146 de la norma señalada, así mismo señala como condicionante la necesidad institucional de la entidad una vez culminado el plazo máximo del contrato ocasional que en aquel entonces era por el lapso de dos años, obligando a la entidad a realizar una renovación hasta que se realice el concurso de méritos y oposición, generando la planificación de talento humano contemplando el puesto para la realización de concurso de méritos y oposición, esto sin perjuicio de las demás causales para dar por terminadas las relaciones laborales que contempla dicha norma.

En la parte final de la sentencia incorpora tres elementos importantes el primero relacionado con la protección de la estabilidad laboral, y el segundo estableciendo una excepción para efectos de interrumpir la estabilidad laboral o más bien un argumento para garantizar una salida viable al empleador en caso de que el servidor con discapacidad no cumpla con las actividades ni la misión y el objetivo del puesto asignado para el efecto, en virtud de esto, para el primer elemento relacionado con la estabilidad laboral se establece como alternativa la reubicación equivalente al mismo rango y función siempre atendiendo la condición especial de la persona con discapacidad, siendo incorporada a un puesto donde sus limitaciones físicas no se vean afectadas bajo ninguna circunstancias, por ejemplo estaría mal que una persona con discapacidad se la obligue acudir al quinto piso de un edificio sin ascensor, cuando la discapacidad del servidor es precisamente la invalidez de las extremidades inferiores.

En el caso del segundo elemento es loable y entendible, que no se puede generar una estabilidad laboral sin una excepción como es el proceso disciplinario y las demás causas legales establecidos en todo ordenamiento jurídico para dar por terminada las relaciones laborales.

En el tercer y último elemento establece la viabilidad de la compra de renuncia obligatoria, o la supresión de puestos, señalando lo siguiente: *“así como tampoco están exentas de que, por razones técnicas, económicas u organizacionales, debidamente justificadas por la entidad pública, dichas personas puedan ser desvinculadas de la institución”*

Es evidente, que las razones técnicas, económicas y organizacionales son amplias, en razón a los planteamientos o figuras jurídicas que se quieran aplicar, atendiendo las necesidades institucionales de cada entidad o institución, que puede ser por una reestructuración, racionalización o una optimización de personal. Generalmente estos elementos señalados se encuentran contenidos en la compra de renuncia obligatoria, sin embargo, es necesario señalar que la entidad puede generar una reestructuración sin que se pueda recurrir a la desvinculación del personal, generalmente sucede cuando una entidad realiza una nueva planificación estratégica que permite generar una estructura orgánica donde existirán Direcciones, Coordinaciones, Jefaturas entre otras denominaciones que podrían ser eliminadas y podría resultar causal suficiente para que la entidad pueda recurrir a una supresión de partida o en su defecto compra de renuncia obligatoria.

Podemos ver en esta sentencia una evidente evolución de los derechos laborales de los servidores con discapacidad, en razón que generó una perspectiva diferente a la naturaleza del contrato ocasional para este grupo de actores sociales, observando diversos parámetros que deben cumplir las entidades públicas para que pueda darse por terminada las relaciones laborales para servidores con discapacidad cuando tienen un contrato ocasional.

La sentencia no abarca de manera general la solución a la estabilidad laboral, para personas con discapacidad, por cuanto deja muchos esquemas relevantes sin sustento, fortaleciendo más el ingreso a las labores que la salida de las mismas, siendo los mismos los siguientes: los trabajadores regidos al Código de Trabajo con discapacidad están sujetos todavía al despido intempestivo señalado en el art 188 del Código de Trabajo, en razón que no se modifica el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades que señala las 18 remuneraciones de la que mejor remuneración que percibe el trabajador, y que el termino despido intempestivo sigue estando anclado al régimen laboral del código de Trabajo.

Así mismo, la sentencia deja abierta la posibilidad de que el servidor público regido a la LOSEP pueda ser sujeto a la compra de renuncia obligatoria en cualquier momento que este decida por los esquemas de racionalización, optimización y reestructuración de las instituciones, y adicionalmente que la condición de dar por terminada la relación laboral respecto a los contratos ocasionales, se realizará siempre y cuando culmine el plazo y que el puesto no siga siendo necesario para la entidad o institución, es decir que si solo la denominación o puesto resulta necesario se deberá optar

por renovar el contrato ocasional o en su defecto reubicar en otro puesto con la misma jerarquía y remuneración hasta que se realice el concurso de méritos y oposición.

En el último caso respecto a la renovación del contrato ocasional, la Corte Constitucional debió señalar que en el caso que se continuaba con la relación laboral, se debía emitir un nombramiento provisional, hasta que se realice el concurso de méritos y oposición. En este contexto se puede destacar los siguientes aciertos: 1. Que los contratos ocasionales no puedan darse por terminado fácilmente, cumpliendo con ciertos parámetros para que estos puedan realizarse y ejecutarse cuando se requiera. 2. Obligación de generar un concurso de méritos y oposición, cuando las necesidades de la entidad persistan en relación a la denominación.

1.1. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional. Nro. 004-018-SEP-CC, CASO 664-14-EP

Se presentó acción extraordinaria de protección de fecha 9 de abril de 2014, de la sentencia del 14 de abril de 2014, alegando reintegro a sus funciones por pertenecer al grupo de atención prioritaria, al ser una persona con discapacidad con el porcentaje de 50%, y vulneración de los siguientes derechos constitucionales derecho al trabajo, debido proceso, igualdad formal, igualdad material y no discriminación, motivación.

La Corte Constitucional en cumplimiento del artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador recalca que no es posible reparar el derecho vulnerado de la legitimada activa con la orden de emisión de un nombramiento permanente sin que medie antes el respectivo concurso de méritos y oposición, por lo que esta Corte estima como medida de reparación del daño causado que la accionante deba ser restituida a su puesto de trabajo, bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales, hasta que la institución pública realice, en el menor tiempo posible, el respectivo concurso de méritos y oposición que permita a la legitimada activa participar en este y tener la oportunidad de ingresar al servicio público, lo cual deberá ser informado a esta Corte.¹³⁷

Es evidente que esta sentencia tiene similitud con la sentencia analizada en la presente investigación en el numeral 3.1 que establece, que no se puede dar por terminada las relaciones laborales de un servidor con discapacidad, sino más bien generar un procedimiento de concurso de méritos y oposición para que esta persona con

¹³⁷ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia" Nro. 004-018-SEP-CC, CASO 664-14-EP. 03 de enero de 2018. 22

discapacidad, se le permita generar la opción de continuar laborando de manera permanente siempre y cuando logre ganar el concurso de méritos y oposición.

Es evidente que en esta sentencia ya no se discute si la terminación del contrato unilateral para personas con discapacidad se encuentra en el cometido, sino que se verifica porque aun cumpliendo el plazo del contrato ocasional, tampoco se puede dar por terminada la relación laboral, lo que desnaturaliza un elemento de la sentencia 258-15-SEP-CC, CASO 2184-11-EP, que se encuentra alineada a no dar por terminada las relaciones laborales de manera unilateral, pero si por el cumplimiento del plazo, siempre y cuando exista la necesidad institucional de parte de la entidad para que el servidor continúe en funciones, hasta la realización del concurso de méritos y oposición. La Corte Constitucional procedió a realizar un análisis integral de cada uno de los derechos que fueron vulnerados.

Respecto al derecho al trabajo la Corte manifiesta lo siguiente:

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 31 de agosto de 2017, establece un estándar mínimo de protección contra terminaciones de la relación laboral que resulten injustificadas o improcedentes. Conforme lo reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Ley Orgánica de Discapacidades en particular en su artículo 51, las personas con discapacidad gozan de un régimen de protección especial al derecho al trabajo, así como a las garantías de estabilidad laboral.¹³⁸

En este argumento podemos auscultar que para la protección de los derechos laborales, referente a la estabilidad laboral, la Corte menciona al art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, siendo un artículo que no protege de manera integral la estabilidad laboral, por cuanto el impedimento del mismo está supeditado al pago de indemnizaciones adicionales a las señaladas en el Código de Trabajo, y como ya se dejó sentado en líneas anteriores de la presente investigación la palabra despido intempestivo solo deben ser usadas para el personal del Código de Trabajo, debido a que el personal regido a la LOSEP no se incorpora en sus normas las palabras despido, sino más bien compra de renuncia obligatoria, supresión de puesto, cuando se refiere a la separación unilateral.

¹³⁸ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia" Nro. 004-018-SEP-CC, CASO 664-14-EP. 03 de enero de 2018. 22

Así mismo, la Corte Constitucional al traer a colación el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, no ha realizado un examen integral al no eliminar las 18 remuneraciones de la que mejor percibe el empleador para evitar en cierta medida eliminar el despido intempestivo de forma integral, por lo tanto, no se puede poner un artículo que no proteja del todo la estabilidad laboral para argumentar de manera acérrima una protección de una estabilidad laboral.

La Corte Constitucional hace referencia a la sentencia N.º 048-17-SEP-CC dentro del caso N.º 0238-13-EP, el cual consideró lo siguiente:

La suscripción de contratos ocasionales sucesivos e ininterrumpidos más allá de lo dispuesto en la normativa legal pertinente, equivale a la desnaturalización del contrato de trabajo de modalidad ocasional en el servicio público, cuyo objeto es cubrir una emergente necesidad institucional, precautelando de esta manera el servicio de la administración pública que debe ejecutarse con eficacia y eficiencia.

Así, la dilación de la necesidad institucional por sobre el tiempo que establece la ley para la duración de los contratos ocasionales y para su renovación evidencia la necesidad estable del trabajo realizado y la consecuente responsabilidad de la institución pública de convocar a un concurso de méritos y oposición para seleccionar a la persona que cubra el cargo que se requiere.

139

Un punto esencial, que se destaca en lo señalado por la Corte Constitucional, es precisamente establecer que se ha desnaturalizado el contrato ocasional, por establecer varias renovaciones por varios períodos fiscales, hecho que conllevó que varias instituciones a nivel nacional hayan utilizado este tipo de contratos ocasionales para realizarlos por varios años a pesar de que la norma impone un límite, y han existido casos donde los servidores han laborado por 5 o 6 años incluso hasta 8 años mediante la modalidad de contratos ocasionales, sin que se haya emitido al menos un nombramiento provisional para convocar a un concurso de méritos y oposición.

La reflexión que hace la Corte Constitucional es correcta debido a que no es conveniente tener a un servidor mucho tiempo sin que se genere las condiciones necesarias para que dicho puesto pueda ser ocupado de manera permanente, es decir si se potencia el derecho de trabajo desde el punto de vista de ingreso, resulta que la misma debe ser enfática desde el punto de vista normativo, y precisamente estos preceptos normativos ya existen en la actualidad en la LOSEP y su reglamento, sin embargo las

¹³⁹ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” Nro. 048-17-SEP-CC dentro del caso N.º 0238-13-EP. 22 de febrero de 2017. 22

UATHs a nivel nacional no cumplían con la naturaleza o finalidad de este contrato ocasional que por disposición de la máxima autoridad se realizaban por muchos años.

Para las entidades, instituciones públicas les resultaba más fácil mantener a varios servidores mediante la modalidad de contrato ocasional, y no convocar a concurso de méritos y oposición para no generar un gasto administrativo permanente, y en razón que no existía una coercibilidad en la norma que le obligue hacer los concursos de méritos y oposición so pena de destitución, permitió aún más ahondar que miles de servidores se encuentren sumergidos a renovaciones constantes y permanentes.

Esta relación contractual se asimila al régimen laboral del Código de Trabajo cuando la norma mantenía como modalidad contractual el contrato a plazo fijo y que era utilizado por las empresas privadas en un 80 por ciento, lo que permite deducir que era una forma de evitar la estabilidad laboral permanente, y por otro lado generaba un aumento de trámites en el Ministerio de Trabajo mediante la figura jurídica del desahucio, siendo el mismo el mecanismo jurídico para dar por terminada las relaciones laborales.

Con la expedición de la Ley Orgánica de Justicia Laboral expedida en el año 2015, se eliminó el contrato a plazo fijo y se instauró el contrato a tiempo indefinido, y por ende de esta forma se eliminó el desahucio que puede ser realizado por empleador hacia el trabajador. El objetivo de la norma es que los trabajadores gocen de una estabilidad permanente, y en ese sentido una vez culminado los 90 días de período de prueba pasen a gozar de una estabilidad indefinida, es evidente que en la actualidad el empleador puede utilizar las demás modalidades contractuales señaladas en el Código de Trabajo, tales como contrato eventual, tarea, a destajo, obra cierta, entre otras modalidades que evitan el plazo indefinido.

En la actualidad tenemos personal regido al Código de Trabajo que después de los 90 días pasan a modalidad de contrato indefinido, sin necesidad de pasar a un concurso de méritos y oposición y personal regido por la LOSEP o normas relacionadas con el sector público que se debe cumplir con el procedimiento señalado por el concurso de méritos y oposición tal como lo señala la Constitución de la República del Ecuador, es decir, el personal regido al código de trabajo tiene normas objetivas y no complejas que permiten el acceso a la permanencia de estabilidad indefinida y en cambio el personal de la LOSEP tiene normas más estructuradas y complejas para el acceso a la estabilidad indefinida.

En el caso de las personas regidas al Código de Trabajo, no existe excepción alguna si el trabajador pertenece o no a un grupo de atención prioritaria, porque la norma

es general, es decir que posterior a los 90 días de prueba de manera inmediata se genera la estabilidad indefinida, en cambio al personal regido a la LOSEP que se refiere al contrato ocasional, solo hace referencia que se debería utilizar un mecanismo para continuar la relación laboral siempre y cuando se trate de servidores que pertenezcan a un grupo de atención prioritaria, tal como se demuestra en la presente sentencia, que el servidor es una persona con discapacidad y que se deben generar condiciones necesarias para que este grupo vulnerable continúe laborando hasta que la entidad pueda generar el procedimiento necesario para generar la estabilidad permanente que este grupo puede generar.

En relación a la motivación de la sentencia la Corte Constitucional señaló un análisis según el contenido que la integran, siendo la misma; razonabilidad, lógica comprensibilidad lo siguiente: En relación a la razonabilidad la Corte Constitucional señala lo siguiente:

“La Corte Constitucional advierte que los juzgadores, a lo largo de su sentencia, omitieron citar las normas constitucionales relativas a derechos constitucionales sobre cuya presunta vulneración debían discurrir. Tampoco los juzgadores en la sentencia objeto de análisis realizaron referencia alguna a los derechos consagrados en la Constitución de las personas discapacitadas, y los deberes que tiene el Estado para con este grupo de personas vulnerables, a pesar de haber sido una de las alegaciones presentadas por la parte accionante y presente en la parte expositiva de la decisión.¹⁴⁰

Con esto, se determina que efectivamente en la sentencia sujeta a la acción extraordinaria de protección no se ha invocado de manera correcta, las normas, relacionadas de las personas con discapacidad y más aún enfocadas al derecho al trabajo a la estabilidad laboral respecto a este grupo de atención prioritaria, la omisión de este enfoque permitió señalar que la sentencia carecía efectivamente de la razonabilidad, siendo un elemento esencial de la motivación.

En cuanto a la lógica la coherencia que debe tener toda resolución judicial en el parámetro de lógica, esta Corte aprecia que la accionante interpuso una acción de protección porque considera haber sufrido varios actos discriminatorios en su contra, lo cual habría vulnerado sus derechos constitucionales. Sin embargo, los juzgadores no tomaron en cuenta lo argumentado por la accionante, ya que centraron su análisis únicamente en la terminación de la relación laboral.

En relación a los posibles hechos, la autoridad jurisdiccional se limitó a indicar que la accionante no presentó prueba documentada de la vulneración sufrida. Tal situación conlleva a una falta de coherencia entre las premisas y la parte resolutive de la sentencia, ya que tal accionar tuvo como resultado la omisión de analizar y resolver sobre la real existencia, o no, de la vulneración de los derechos constitucionales de la accionada.¹⁴¹

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 22

¹⁴¹ *Ibíd.*, 23.

Es evidente que la Corte Constitucional enfoca la transgresión de la lógica, como elemento de la motivación señalando que los juzgadores efectuaron una evidente omisión a la existencia o no de la vulneración en los derechos constitucionales de la servidora con discapacidad quedándose en un análisis técnico general sobre la culminación del plazo de un contrato ocasional, generando criterios positivistas, sin que se logre comprender la verdadera posición de parte de los jueces cuando avocan conocimiento de una acción de protección

El simple hecho de referirse, solo a la parte contractual y finalidad del contrato ocasional y no efectuar una interpretación sistemática si existía vulneración de derechos de los servidores con discapacidad es una falla eminente a la motivación por lo que es evidente que la Corte Constitucional señaló que no hicieron ninguna consideración frente a posibles actos de discriminación. y que solo atendieron a señalar un análisis únicamente sobre la terminación de la relación laboral.

Respecto al último elemento contenido en la motivación como es la comprensibilidad, al respecto la Corte Constitucional señala:

“En el caso sub judice, la decisión judicial impugnada es la sentencia en el recurso de apelación dentro de la acción de protección de 14 de marzo de 2014 a las 15:06, dictada por los jueces integrantes de la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Pastaza dentro del expediente N.º 0061-201, la cual tiene algunos errores de redacción y sintaxis, que no limitan su comprensión por lo que la sentencia se encuentra elaborado con un lenguaje sencillo, claro, de fácil entendimiento. Sin embargo, la referida sentencia al obviar la identificación de las fuentes de derecho constitucional necesarias para que las autoridades jurisdiccionales puedan alcanzar una adecuada resolución y al carecer de un análisis coherente que permita resolver sobre los derechos constitucionales denunciados como vulnerados, se incumple el requisito de comprensibilidad que forma parte de la motivación de todo fallo judicial.”¹⁴²

La Corte Constitucional señala que no solo es realizar una sentencia que pueda ser fácil en su lectura, sino que también resulta necesario enfatizar, una verdadera “*identificación de las fuentes de derecho constitucional necesarias para que las autoridades jurisdiccionales puedan alcanzar una adecuada resolución*”¹⁴³ Todos estos elementos recogidos en la sentencia señalan la vulneración del derecho constitucional a la motivación.

La Corte Constitucional como medidas de reparación dejar sin efecto la sentencia dictada el 14 de marzo de 2014 por los jueces integrantes de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza dentro del expediente de apelación N.º 0061-2014; así

¹⁴² Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” 004-018-SEP-CC, CASO 664-14-EP. 03 de enero de 2020. 29

¹⁴³ *Ibíd.*, 30.

como, la sentencia del 4 de febrero de 2014 a las 12:23, dictada por el juez segundo de la familia, mujer, niñez y adolescencia de Pastaza dentro del expediente de acción de protección N.º 0041-2014. Como garantía de no repetición de las vulneraciones a los derechos por las judicaturas de primera y segunda instancia, dispuso al Consejo de la Judicatura, que efectúe una amplia difusión del contenido de la sentencia entre las juezas y jueces que tienen competencia para conocer garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, así como la difusión por medio de banner y sitios oficiales web de la entidad.

Se ordenó como proceso de investigación, la determinación de responsabilidades y sanción, a través del Consejo de la Judicatura, a través de su representante legal, que ordene al órgano correspondiente la investigación y establecimiento de responsabilidades según corresponda conforme a la ley, por las vulneraciones al debido proceso en la garantía de la motivación.

Se dispuso la restitución de los derechos vulnerados por la autoridad administrativa, para lo cual se ordenó la Agencia Nacional de Regulación y Control de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, a través de su autoridad nominadora o del jefe o jefa del Departamento de Recursos Humanos, reincorpore a través de un contrato de servicios ocasionales a la señora Zurkaya Elizabeth Robalino Flores, en un puesto de trabajo con las mismas o similares condiciones y con la remuneración que corresponde al cargo de servidor público de apoyo 4, y como reparación económica del daño ocasionado, disponer que la Agencia Nacional de Regulación y Control de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, cancele a la señora Zurkaya Elizabeth Robalino Flores el valor correspondiente a las remuneraciones no percibidas y más beneficios de ley, desde el 27 de diciembre de 2013, hasta la reincorporación a su nuevo puesto de trabajo, más los intereses de ley.

Como medida de garantía de no repetición de las violaciones a los derechos por parte de la autoridad administrativa, ordenar que la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial a través de su unidad administrativa de talento humano, con la asistencia técnica de la Defensoría del Pueblo y del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, diseñe e implemente una jornada de capacitación a escala nacional a sus servidoras y servidores en materia de derechos y garantías constitucionales, con especial énfasis en los derechos de las personas con discapacidad.

1.2. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional Nro. 172-18-SEP-CC, CASO Nro. 2149-13-EP.

Se interpone acción extraordinaria de protección sobre la decisión impugnada en la sentencia dictada el 24 de octubre de 2013, a las 16h50, por los jueces integrantes de la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena, dentro del recurso de apelación de la acción de protección Nro. 277-12 en primera instancia y Nro. 253-2012, en segunda instancia.

El caso que a continuación se analiza es de gran relevancia, en circunstancias que la servidora señala que tiene un hijo con discapacidad de 84%, siendo el mismo una persona con discapacidad severa, aquella que según resolución de CONADIS surge a partir del 75% de discapacidad, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que ve restringida permanentemente su capacidad biológica, sicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria.

La Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena refiere su argumentación a que todo servidor está sujeto a la compra de renuncia obligatoria por circunstancias de optimización, racionalización, y restructuración a que podrían estar sujetos en una institución, que se encuentra señalada en el reglamento de la LOSEP sin diferencia de ninguna naturaleza, en razón a que el servidor es una persona con discapacidad, o perteneciente a un grupo de atención prioritaria.

Dentro de los derechos vulnerados se encuentra el de motivación con los elementos que la componen como son: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Se transgrede la lógica por los siguientes argumentos: Son varios los elementos que la Sala de Apelación deja inconclusos o parte de un presupuesto erróneo.

Así, por un lado, la Sala consideró que la accionante no probó la condición de persona con discapacidad que la califique dentro del grupo de personas vulnerables, siendo que la accionante tenía tal condición; y por otro lado no existió tal argumentación de la Sala en cuanto a protección de los derechos del hijo del accionante que por sufrir una condición de 84 % de discapacidad a juicio de la accionante habría sido vulnerado sus derechos constitucionales en virtud de la pérdida del trabajo de quien es su sustento, concluyendo la Corte que las fallas de la coherencia de los elementos del razonamiento judicial y la ausencia de argumentación sobre la alegada vulneración de derechos constitucionales devienen en la falta de la lógica de fallo impugnado, lo cual deriva en la vulneración del debido proceso en la garantía de la motivación.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” 172-18-SEP-CC, CASO Nro. 2149-13-EP. 16 de mayo de 2018. 24.

Actualmente el servidor que tiene bajo su cargo una persona con discapacidad severa, puede cumplir con el rol de trabajador o servidor sustituto tomándolo en cuenta para el porcentaje del 4 por ciento de cada 25 trabajadores que tiene la entidad con estabilidad indefinida. Tal como lo señaló en líneas anteriores El Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS emitió la resolución Nro. 2013-0052¹⁴⁵ señalando

el porcentaje de discapacidad muy grave o severa en un 75%, en cumplimiento de lo señalado en el Acuerdo Ministerial MDT-2018-180 de fecha 21 de agosto de 2018¹⁴⁶ que permite identificar a las personas que tienen limitaciones más complejas para el ejercicio de sus labores debido a que tienen imposibilidad para la realización de actividades de autor cuidado, es decir para vestirse, alimentarse, evitar riesgos, aseo e higiene personal entre otros, los cuales pueden ser objetos de reemplazo por parte de un familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, lo que permite de alguna u otra forma que estas personas con discapacidad tengan relevancia sobre un proceso de inclusión, desde la perspectiva de la existencia de una relación laboral, por cuanto permite formar parte del porcentaje del 4% exigido a las instituciones públicas y privadas.

En esta sentencia se puede verificar que no es necesario que el servidor o trabajador no haya declarado de forma expresa que tiene bajo su cargo una persona con discapacidad severa, ante el Ministerio de Trabajo para que formalmente tenga la calidad de trabajador o servidor sustituto, para alegar una vulneración de derechos vía acción de protección, lo cual marca un escenario integral importante, donde se puede deducir que no es necesario que se tenga el documento legal que lo constituya como trabajador o servidor sustituto para que se alegar la vulneración de los derechos constitucionales.

Así mismo, esta última sentencia dejó abierto el debate, de la justificación de dejar por parte de la Corte Constitucional el despido intempestivo para los trabajadores regidos para el Código de Trabajo por los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad, donde se le permitía al empleador poder despedir a los trabajadores con discapacidad, pero estableciendo una excepción en el sector público donde se impedía esto, por la aplicación del principio de proscripción de arbitrariedad, obviando que el razonamiento integral era precisamente no dar un trato distinto a una persona con

¹⁴⁵ Ecuador CONADIS, *Resolución CONADIS Nro. 2013-0052*, Registro Oficial 781, Suplemento, 08 de mayo de 2013. Art 1.

¹⁴⁶ Ecuador, Ministerio de Trabajo, *Acuerdo Ministerial MDT-2018-180*, Registro Oficial 225, Suplemento, 05 de abril de 2018. Art 3 lit. d

discapacidad, haciendo diferencias entre el sector público y privado (LOSEP y Código de Trabajo) pero sobre todas las cosas que la misma distinción ocurra en la misma institución pública porque laboran los dos regímenes laborales. Esta premisa permitió que la sentencia no corrija la violación a la igualdad formal ante la ley, para personas con discapacidad.

Conclusiones

Los trabajadores y servidores se encuentran regidos por dos normas jurídicas distintas y excluyentes en su aplicación, en el caso de los trabajadores u obreros se rigen al Código de Trabajo y los servidores se rigen a la Ley Orgánica de Servicio Público, siendo el efecto jurídico distinto para iniciar y terminar las relaciones laborales.

Los trabajadores regidos al Código de Trabajo, generan una estabilidad indefinida cuando el contrato supera los 90 días de labores, cuando no se ha utilizado otra modalidad contractual establecida en la norma; en cambio los servidores de regulados por la Ley Orgánica de Servicio Público, deben generar un concurso de méritos y oposición, para acceder a una estabilidad permanente.

Los servidores con discapacidad regidos por la Ley Orgánica de Servicio Público, no pueden ser desvinculados cuando se encuentran bajo la modalidad de contratos ocasionales, siempre y cuando el puesto o denominación sea de interés institucional para la entidad, en ese orden de ideas, se mantiene la denominación o puesto y procede la renovación del contrato. Cuando estén sujetos a la modalidad de nombramiento provisional no puede darse terminado hasta que se realice el concurso de méritos y oposición, y por último no están sujetos a la compra de renuncia obligatoria, cuando los servidores tienen nombramientos definitivos.

Los trabajadores con discapacidad regidos al Código de Trabajo, en el caso que sean sujetos a despido intempestivo se les indemnizará con dieciocho remuneraciones de la mejor remuneración que perciba el trabajador a más de las otras indemnizaciones señaladas en el Código de Trabajo y contrato colectivo en caso que lo tuvieran, según lo preceptuado en el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, en cambio los servidores regidos por la LOSEP, de acuerdo a la sentencias planteadas no están sujetos a indemnizaciones, sino al contrario se encuentra sujeto a reintegro de sus puestos de trabajo.

No existe prohibición expresa en la Ley Orgánica de Servicio Público, Reglamento, acuerdos ministeriales y sentencias constitucionales de no desvincular al personal con discapacidad que se encuentre ocupando un puesto de libre remoción. Tampoco existen las mismas consideraciones para el personal que se encuentra regido al Código de Trabajo, y denominados trabajadores de confianza de conformidad a lo señalado en el art 58 del Código de Trabajo.

El art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, todavía tiene incorporada la figura jurídica de despido intempestivo, no siendo efectivas las sentencias, aditivas y modulatorias de la Corte Constitucional, que haya permitido eliminar de manera concreta el acto arbitrario, ilegal e ilegítimo como es el despido intempestivo.

Es necesario establecer el despido ineficaz para las personas con discapacidad en el Código de Trabajo a efectos de que cuenten con las mismas garantías de las trabajadoras embarazadas o dentro del período de lactancia, y dirigentes sindicales, a efectos que se genere el derecho a la estabilidad laboral absoluta para estos actores pertenecientes a un grupo de atención prioritaria.

Es conveniente en lo venidero considerar a todas las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria, excepto a los privados de la libertad, que gocen de una estabilidad indefinida con los efectos jurídicos del despido ineficaz, exceptuándolo del régimen disciplinario y de las modalidades contractuales que no generen estabilidad indefinida.

En el caso de las personas privadas de la libertad no puede exigirse una estabilidad indefinida, por cuanto las actividades que realizan son inherentes a las penas privativas de libertad que puede ser un día como varios años, en virtud de aquello, no es conveniente generar una estabilidad indefinida cuando la naturaleza de las responsabilidades tienen otra finalidad en atención al tiempo, con esto no se estaría transgrediendo ningún derecho laboral, porque no estamos excluyendo otros derechos que obligatoriamente deben constar como, el derecho al trabajo, remuneración, jornadas entre otros.

El proceso disciplinario para el personal del Código de Trabajo es más complejo, cuando tiene vigente un contrato colectivo, en circunstancias que en su mayoría plantean un procedimiento de comité obrero patronal que debe llevarse a cabo previo a la realización del visto bueno, este procedimiento tiene términos y plazos que deben cumplirse, con informes y resoluciones que conllevan en muchos casos que los procesos prescriban, en cambio para el personal regido a la Ley Orgánica de Servicio Público el procedimiento es directo y se realiza mediante sumario administrativo, en ciertos ámbitos avoca conocimiento el Ministerio de Trabajo y en otros ámbitos se maneja de manera interna.

Finalmente, es necesario deducir que las normas laborales en nuestro país transgreden la igualdad formal ante la ley, debido a la existencia de normas con diferentes derechos y obligaciones, que regulan el acceso, régimen disciplinario y la salida al trabajo de los servidores y trabajadores, situación que es reflejada en las personas con

discapacidad como actores de grupo de atención prioritaria y la Corte Constitucional no se ha pronunciado de manera integral para solucionar de forma efectiva este problema sustancial que desmedra derechos de manera constante.

Bibliografía

- Ángel Eduardo Gatti, “Derecho del Trabajo, Manual de las relaciones individuales”
Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2015.
- Acuerdo Ministerial MDT-0054-2015, Techos de Negociación de Contratos Colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito. 2015.
- Asdrúbal Homero Granizo, Haro. 2016, “Los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Ecuador: estudio de caso - sentencias de acción de protección”. (Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.)
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5313/1/T2056-MDE-Granizo-Los%20derechos.pdf>
- Alana Micaelle Cavalcante Carvalho, *Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad*, España: Instituto Bartolomé de las Casas, 2015.
- Álvaro Javier, Méndez Álvarez. “Importancia de implementar un proceso administrativo único para la administración pública”. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.
- Alarcón Pozo, John. “La carga de la prueba en el derecho procesal ecuatoriano”. Tesis maestría Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2002.
- Beatrice H, Hahn, “Public support for rehabilitation programs: the analysis of US Disability Policy”, *Disability, Handicap & Society*, 1986.
- Cobo Aragoneses, José Luis, “límites a la autonomía de la voluntad en los contratos”
 Valencia: Editorial- Lars, 2005.
- Carlos Amaya. “Estabilidad en las personas con discapacidad”,
<https://www.derechoecuador.com/estabilidad-laboral-de-las-personas-con-discapacidad>.
- CADH. Conferencia, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, en vigencia desde el 18 de julio de 1978.
- Colombia, *Corte Constitucional de Colombia*. “Sentencia” **SU040/18**, 2018.

- Diana Acosta de Loor, Principios y peculiaridades fundamentales del derecho procesal del trabajo, Guayaquil: Editorial Edino, 2008.
- Defensoría del Pueblo de Colombia, “Contenido y alcance del derecho individual del trabajo Marco para la Evaluación de la Política Pública del Derecho al Trabajo desde una Perspectiva de Derechos Humanos”.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26115.pdf>
- Defensoría de Pueblo, “El derecho a la igualdad y no discriminación de las personas en movilidad humana”, <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2345/1/AD-DPE-006-2019.pdf>
- Ecuador 2009, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Suplemento del Registro Oficial 48, 16-X-2009.
- Ecuador. 2005. *Código de Trabajo* Registro Oficial Suplemento 167, 16-dic-2005
- Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. 2008. “Sentencia”. 172-18-SEP-C, caso 172-18-SEP-CC. 2018.
- Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. 2012. *Ley Orgánica de Discapacidades*, *Suplemento -- Registro Oficial N° 796 -- martes 25 de septiembre del 2012*.
- Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. 2008 “Sentencia” N.º 017-17-SIN-CC CASO N.º 0071-15.
- Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia” N.º 017-17-SIN-CC CASO N.º 0071-15. 2017
- Ecuador. *Reglamento de la Ley de Discapacidad*, Decreto Ejecutivo 194 Registro Oficial Suplemento 109 de 27-oct.-2017.
- Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, Registro Oficial Decreto Legislativo 001, Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.
- Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador. “Sentencia” N.º 375-17-SEP-CC CASO N.º 0526-13-EP, 2017.
- Ecuador Corte Constitucional Nro. 258-15-SEP-CC, CASO 2184-11-EP.
- Ecuador Corte Constitucional, sentencia 048-17-SEP-CC caso N.º 0238-13-
- Ecuador, *Código Orgánico General Por Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may 2015.
- Ecuador, Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en juicio n^o 1853-2014, <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/laboral/2015/00393-2015-J1853-2014.pdf>.

- Ecuador Corte Suprema de Justicia, Extracto de la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Quito, 10 de abril de 2003. Despido Intempestivo.
- Ecuador Ministerio de Trabajo, No. MDT-2019-007 *Norma Técnica para la Sustanciación de Sumarios Administrativos*, Suplemento del Registro Oficial No. 412, 23 de enero 2019.
- Fernández, Agustín, Educación inclusiva: enseñar y aprender entre la diversidad, Revista Digital Umbral, N° 13, 2003.
<http://www.inclusioneducativa.org/content/documents/Generalidades.pdf>
- Graciela Monesterolo, régimen jurídico laboral del sector privado, Quito: Ediciones Centro de Publicaciones Pontificia de la Universidad Católica del Ecuador.
- Giussepe Chiovenda. Instituciones de Derecho Procesal Civil, México: Jurídica Universitaria, 2001.
- Hernando Devis, Echandía, Teoría General de la Prueba judicial, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1968.
- Humberto Bello Tabares, Las pruebas en el proceso laboral, Caracas - Venezuela. Ed. Paredes. Segunda edición. Revisada y ampliada, 2008.
- Hernández Elsa, Desarrollo histórico de la discapacidad.,
<https://lnx.derechoycambiosocial.com/ojs-3.1.1-4/index.php/derechoycambio>.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censo, Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo, Indicadores Laborales, marzo 2018,
https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/EMPLEO/2018/Marzo-2018/032018_Presentacion_M_Laboral.pdf.
- Ignacio Javier Miranda Saldívar. Las cargas probatorias dinámicas. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. 2009.
- José María Piquel, libertad contractual y condiciones generales de los contratos,
<https://almacenederecho.org/lecciones-libertad-contractual-condiciones>.
- Javier Badía, *Persona con discapacidad, no minusválido* 13-14
<https://lenguajeadministrativo.com/2012/12/04/persona-con-discapacidad-no-minusvalido>.
- Javier Neves Mujica. Derecho del Trabajo, Cuestiones Controversiales, Lima: Ara Editores, 2010.
- Jorge Vásquez López, El nuevo derecho laboral, Quito: Ediciones Librería Cevallos, 2017.

- Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Contrato y Libertad Contractual*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1998.
- Ley Orgánica de Justicia Laboral, Ecuador. 2015. Tercer Suplemento del Registro Oficial No.483, 20 de abril 2015.
- Larrabeiti, Gorka; *La izquierda británica se une, organiza y lucha*, España, Ediciones jurídicas, 2013.
- Milagros Otero Parga, *la arbitrariedad Anuario de Filosofía del. Derecho XII Barcelona: Editorial Reus, S.A, 1995.*
- Moliner, María; *Diccionario de Uso del español, tomo I*, Madrid: Gredos, 1997.
- Néstor de Buen L “Derecho del trabajo”, México: Editorial Porrúa S.A, 2015.
- OIT, *Recomendación RO99, Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos*, 1955.
- OIT, *Convenio 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de las Personas Inválidas*. 1983.
- Perrote Escartin, Ignacio García. *Prueba y Proceso Laboral*.
http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_004_163.pdf.
22/09/2010.
- Pantano, Liliana; “Personas con discapacidad: hablemos sin eufemismos”, Córdoba: La Fuente, Año X, 2007.
- Rose, Nikolas; *Governing the soul. The shaping of the self*, London and New York, Routledge, 1990.
- Reglamento de la LOSEP, *reforma Decreto Ejecutivo 813 Registro Oficial Suplemento 109 de 27-oct.-2017*.
- Snell, Scott y George Bohlander. *Administración de Recursos Humanos*, México: Cengage Learning, 2013.
- Sebastián Bernardo Vázquez Rodas, 2020, “Igualdad Una crítica desde la diversidad” Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador,
<http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7242/1/T3132-MDE-Vazquez-Igualdad.pdf>.
- Taruffo, Michele. *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*. Revista de derecho Valdivia. 2003.

Ugarte Cataldo, José Luis “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Valparaíso dic. 2010.

Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta oficial extraordinaria, Nro. 36860, 30 de diciembre de 1999.

Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia con Sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito Provincia de Pichincha.
<https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpecomunicacion/caso-yadira-pacheco.pdf>

Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta oficial extraordinaria, Nro. 36860, 30 de diciembre de 1999.

Colombia, *Corte Constitucional de Colombia*. “Sentencia”C-458/15, 2015

Palacios Agustina, Javier Romañach, “El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional” España: Ediciones Diversitas- AIES, 2006.