



**U N I V E R S I D A D
DE LOS HEMISFERIOS**

DILE AL MUNDO DE DÓNDE VIENES

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS.

**TÍTULO: “LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA
DECLARATORIA DEL DESPIDO INEFICAZ”**

**TRABAJO DE TITULACIÓN ESPECIAL PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR.**

AUTOR: CRISTHIAN JOSÉ DÍAZ ZAMBRANO.

TUTORA: AB. DIANA EMILIA HEREDIA PINCAY.

QUITO, 2018.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS.

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

Firma del Estudiante

INDICE GENERAL

RESUMÉN	i
ABSTRACT	ii
INTRODUCCIÓN.....	iii
CAPÍTULO I.....	1
DESPIDO INEFICAZ	1
1.1. Antecedentes históricos.	1
1.2. Conceptualizaciones del Despido Ineficaz	6
1.3. El Despido Ineficaz en Ecuador	7
1.4. El Despido Ineficaz en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar	8
1.5. Principios Atribuidos al Despido Ineficaz	10
1.5.1. Buena Fe	11
1.5.2. Estabilidad	11
1.5.3. Inamovilidad.....	12
1.5.4. Irrenunciabilidad.....	13
1.5.5. Progresividad.....	13
1.5.6. In dubio pro operario	14
1.5.7. Primacía de la Realidad.....	15
CAPÍTULO II.....	16
TIPOS DE DISCAPACIDAD	16
2.1. Discapacidad Auditiva.....	16
2.2. Discapacidad Intelectual	16
2.3. Discapacidad Mental.....	17
2.4. Discapacidad Motriz	17
2.4.1. Clasificaciones de las alteraciones motoras.....	18
2.5. Discapacidad Visual	18

CAPÍTULO III	19
NORMATIVA VIGENTE	19
3.1. Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	19
3.2. Políticas Públicas para las Personas con Discapacidad.	22
3.3. Ley Orgánica de Discapacidades.....	24
3.4. ¿Por qué deben ser incluidos en la declaratoria de despido ineficaz?	26
CONCLUSIONES:.....	29
RECOMENDACIONES:	30
BIBLIOGRAFÍA.....	31

RESUMEN

El presente estudio, al cual se lo tituló: “La Inclusión de las Personas con Discapacidad en la Declaratoria del Despido Ineficaz”, analizaremos como este grupo prioritario ha quedado excluido de las últimas reformas en materia laboral, a través de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar aprobada y publicada en el tercer Suplemento del Registro Oficial N° 483, 20 de abril de 2015, y del Código de Trabajo respectivamente.

Es así, que en nuestra legislación implementó una novedosa figura denominada despido ineficaz, la cual brinda mayor protección a las trabajadoras en estado de gestación y al dirigente sindical, mientras que las personas con discapacidad no tienen el mismo privilegio de los anteriormente descritos, a pesar de que nuestra Constitución señala: todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos. Por lo que cabría preguntarse ¿Dónde quedo el Estado garantista de Derechos?

Palabras claves: Discapacidad, Despido Ineficaz, Trabajo.

ABSTRACT

The present study, entitled "The Inclusion of Persons with Disabilities in the Declaration of Ineffective Dismissal", will analyze how this priority group has been excluded from the latest labor reforms, through the Organic Law for Justice Labor and Home Work Recognition approved and published in the third Supplement of the Official Register No. 483, April 20, 2015, and the Labor Code respectively.

Thus, in our legislation implemented a novel figure called ineffective dismissal, which provides greater protection to workers in pregnancy and the union leader, while people with disabilities do not have the same privilege of those described above, despite that our Constitution states: all people are equal and enjoy the same rights. For what one might ask, where was the guaranteeing State of Rights?

Keywords: Disability, Ineffective Dismissal, Work.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio, al cual se lo tituló: “La Inclusión de las Personas con Discapacidad en la Declaratoria del Despido Ineficaz”, tiene como objetivo analizar las políticas públicas que se están aplicando en favor de este grupo vulnerable, tanto a nivel nacional como internacional, ya que se ha tornado en una lucha constante en la búsqueda de precautelar sus derechos, las cuáles empezaron a tomar consistencia a través de la promulgación de diversos Convenios Internacionales.

Está conformado de tres capítulos claros y concisos que parten con el recuento de los antecedentes históricos del derecho laboral, que empezaron a surgir desde las civilizaciones antiguas. Éstas forjaron, crecieron y conquistaron otros dominios; es así, como la esclavitud llegó a ser preponderante en esas épocas, debido a la notable desigualdad a los derechos humanos, y la carencia de aplicación de derechos inalienables, como el trabajo remunerado. A raíz del avance de las civilizaciones y la desaparición del Imperio surgen otros sistemas laborales que fueron incluidos desde la Edad Media hasta la implementación del Tratado de Versalles, siendo éste el eje principal para el desarrollo de diversos convenios e instrumentos internacionales, la Organización Internacional del Trabajo, la misma que abarca una hegemonía en nuestro marco Legal, que nos sirvió como guía en el desarrollo de nuestros propios códigos sustantivos y demás Leyes Orgánicas en beneficio de los trabajadores.

En el primer capítulo, a más de los antecedentes históricos se empezará conceptualizando el despido ineficaz por parte del tratadista De La Cueva, y el Código Laboral ecuatoriano, así como también la implementación de dicho despido, en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, al igual que los principios que son atribuidos en esta nueva figura jurídica.

El segundo capítulo, se ahondan las cinco discapacidades que están suscritas en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, siendo éstas auditiva, intelectual, mental, motriz y visual, a cada una de ellas se las definió con claridad para brindar una mejor comprensión y diferenciación de las patologías que limita al individuo en la ejecución de su trabajo.

En el tercer y último capítulo, se realizará un breve análisis del Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y si el Estado ecuatoriano intentó dar cumplimiento con los acuerdos adheridos y ratificados en dicho acto constitutivo, a través de sus políticas públicas y la inserción de la Ley Orgánica de Discapacidades.

Finalmente, se emitirán las conclusiones y recomendaciones del estudio.

CAPÍTULO I

DESPIDO INEFICAZ

1.1. Antecedentes históricos.

La lucha por los derechos humanos acarrió una serie de enfrentamientos en las épocas de transición, hasta llegar a formar parte de la positivación de los derechos naturales, los cuales llegarían a ser vitales en la construcción de nuestro ordenamiento jurídico. Es así que, las civilizaciones antiguas han forjado una etapa de formación, crecimiento, dominio hasta llegar a la destrucción, debido al surgimiento de otras, que en ciertos casos llegaron a rivalizar y posteriormente a ser conquistados.

La definición de trabajo se confundía con la de esclavitud, de ello, surgió todo tipo de desigualdades hacia el ser humano, de este modo, la opresión y dominación injusta y abusiva. En este escenario, que duró décadas, los derechos más inherentes a todo ser humano nunca llegaron a ser reconocidos; peor aún, los derechos laborales, como un salario digno, jornada de máximo ocho horas diarias, bonificaciones, condiciones de trabajo dignas, entre otras. Nadie podía manifestarse en contra de los sistemas de trabajo, tales como jornadas excesivas, etc., ya que eran sometidos a castigos frecuentes por parte de sus propios amos. En Egipto, Grecia, Roma y demás pueblos europeos la esclavitud llegó a ser una actividad onerosa, debido a que existía la compra y venta de cada uno de ellos. Pues, aquellos esclavos no eran considerados seres humanos. “La esclavitud existió desde los más remotos tiempos de la antigüedad: 3000 a.C en el Sur de la Mesopotamia. En el Continente Europeo apareció en los siglos VIII – VII, del 800 al 501 en Grecia y en los siglos V - IV del año 500 al 301 en la antigua Roma” (Gallo. 2013:23)

“Con la decadencia del Imperio, en la Edad Media los colonos se transformaron en los siervos del feudalismo, se permitió formar libremente sus familias, pero por disposición de una Ley de Valenciano, no podían ser vendidos sin el mueble o predio del cual formaban parte, tratamiento que les permitió ser dueños de su trabajo, mas no de la tierra la misma que era propiedad del señor feudal. Los siervos podían labrar y producir siempre en el mismo terreno, pero a cambio estaban obligados a cubrir un canon o tributo a su dueño” (Vásquez. 2009:23).

A mediados del siglo XIV, se introdujo una transformación ideológica denominada el Renacimiento que empezó en Italia y posteriormente sus dominios empezaron a extenderse por toda Europa; con ella, se dio inicio a nuevos sistemas de trabajo. Por ende, los talleres que eran ocupados por los artesanos pasaron a ser pequeñas fábricas, y de a poco empezó a introducirse máquinas a vapor. Los obreros empezaron a incursionar una nueva modalidad de trabajo, siendo esta libre y remunerada, debido a que esta implementación ideológica forjó nuevos indicios hacia los patronos, los cuales tomaron mayor concientización en la aplicación de los derechos laborales y humanos.

La Revolución Francesa ocurrida en 1789 proclamada como la mayor gesta en defensa de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, acabó la denominada tradición francesa, donde predominaron las monarquías hasta su caída junto al feudalismo. Como consecuencia de la revolución, surgió la Declaración de los Derechos del Hombre en ella se “reconoció derechos y proclamó la libertad de trabajo, ello estimuló la producción industrial, la iniciativa y creatividad humana que llevó a nuevos descubrimientos científicos, por tanto un evidente progreso” (Vásquez. 2017:16).

Pero estos nuevos alcances, también trajeron efectos negativos. Se presentaron nuevas clases sociales como la burguesía y el proletariado. Por lo que, los trabajadores empezaron a recordar lo suscitado en el pasado, pero con un mayor índice de opresión ante la falta de reglas que leyes que la regulen.

Es así que, el Capitalismo en búsqueda de riqueza estableció ciertas características las cuales se basaban en la eliminación del sistema corporativo, generando carencias en los sistemas de salubridad y de servicios básicos. Los filósofos de la época Carlos Marx, Federico Engels, entre otros, dieron su punto de vista y crearon diversas teorías en favor de los derechos de los obreros dando origen al socialismo. De este modo, en el Siglo XIX Europa empieza a experimentar nuevos cambios sociales a través de la introducción de pensamientos socialistas. Mientras que, al otro lado del continente, Estados Unidos de América inducido en el capitalismo y ante este panorama generó un notable descuido a la gestión social, los trabajadores deciden protestar por las tóxicas condiciones de trabajo.

En los albores del siglo XX, los países adoptaron normas para establecer las condiciones en las cuales se desarrollaría el trabajo, de manera que una vez terminara la Primera Guerra Mundial, en el Tratado de Paz de Versalles de 28 de Junio de 1919, se establecieron los principios de protección para las clases obreras

y se fundó la Sociedad de Naciones, creando dentro de ella la Organización Internacional del Trabajo, OIT, de la cual el Ecuador fue uno de los países firmantes del acta constitutiva. (Vásquez. 2017:17)

Los grandes avances en materia social se produjeron en los diversos aportes de carácter internacional, efectuadas por grandes precursores de la época siendo “Robert Owen, Blainqui, y Daniel Legrand” (Cfr. Humeres, 1973), los cuales dieron ciertos parámetros que en el transcurso del tiempo sirvieron como base para la creación a lo que hoy en día se conoce como el Tratado de Versalles, la Organización Internacional del Trabajo en siglas OIT, cuya legislación es acatada en gran parte del mundo, y también Ecuador.

Es necesario señalar lo que manifiesta Gallart Folch sobre el derecho del trabajo: “es un derecho de clase en un sentido moral de justicia, por cuanto, velando por la protección de los débiles, intenta compensar con una superioridad jurídica su inferioridad económica” (Humeres, 1973:48). Dicha esta connotación, el Estado en referencia a su estructura política y social le permitirá establecer normas justas y equitativas necesarias para la protección de los obreros frente a los capitalistas, que por décadas ha sido quebrantada, y así obtener una mejor convivencia humana.

De otro lado, la Iglesia considera que la mayor parte de los males sociales son producto de la desigualdad generada en la distribución de la riqueza. Por tanto, el Estado debe reducir o eliminar la molestia resultante, mediante su intervención directa, que se dará mediante la ejecución de la Ley, entidades administrativas o técnicas (Humeres, 1973:47).

Es procedente señalar que en nuestro ordenamiento jurídico el despido ineficaz es una figura jurídica que nace con la “Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo No Remunerado del Hogar”, cuyo fin era el de garantizar estabilidad laboral en sí a los trabajadores, en especial a los grupos vulnerables. Entre ellas, trabajadoras en embarazo y dirigentes sindicales. Por ello, desde su publicación en el Registro Oficial 483, tercer suplemento, del 20 de abril del 2015, se establecieron nuevas disposiciones tanto para trabajadores públicos como privados, en vista de que “estos trabajadores se encuentran entre los 3,2 millones de personas que, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), tienen empleo adecuado en el país”¹.

¹ Ver <http://www.elcomercio.com/actualidad/reglas-trabajadores-iess-ecuador-leydejusticialaboral.html>

Del análisis del derecho comparado de las leyes que regulan la figura del despido ineficaz se desprende que algunos países poseen otra denominación, incluso con una cobertura más amplia que la de nuestra legislación. Todo esto se debe a los constantes debates que ha existido sobre el tema, sin excluir a sus actores directos, siendo el Estado, empleadores y trabajadores que a raíz de un acto constitutivo han llegado a superar parte de esas diferencias en la normativa laboral.

En el caso de la legislación española, se habla de *despido nulo*, entendido como el que comprende alguna de las causas de discriminación, proscritas por el artículo 14 de la Constitución Española: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (Código de Derecho Constitucional Española), las mismas que se encuentran amparadas en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores: “No discriminación en las relaciones laborales (...) se entenderá nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios [situaciones que generen discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad]” (Estatuto de los Trabajadores de España), y el artículo 12 de Ley Orgánica Sindical: “serán nulos (...) [la potestad de la decisión unilateral por parte del empleador que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en las condiciones del trabajo a ejercer]” (Revista de Derecho FORO, 2015:11).

En el caso ecuatoriano, como lo señala la actual Carta Magna en su artículo 11 numeral 2 posee elementos similares a los promulgados en la Código de Derecho Constitucional Español, y demás leyes, mismos que precautelan los derechos y libertades de cada uno de sus conciudadanos. Por esta razón, la Constitución señala los posibles casos de discriminación, los cuales pueden llegar a tener un grado de vulnerabilidad en el desarrollo de sus actividades, y a su vez despido sin acatar el cumplimiento de estas condiciones que promulga en el artículo anteriormente citado.

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de (...) discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La Ley sancionará toda forma de discriminación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ahora bien, observemos los requisitos específicos de los cuales se encuentran adherentes frente a un despido ineficaz, como reza el artículo 195.1 del Código de Trabajo, para ello es necesario que se vean vulnerados los derechos laborales de:

- i. Trabajadoras en situación de maternidad.
- ii. Dirigentes de sindicato.

Los demás casos que no cumplan con dichos requisitos serán tratados como despido discriminatorio. En vía judicial, las indemnizaciones favorables que corresponde al trabajador en caso de comprobarse que el empleador aplicó el despido ineficaz, corresponde a la indemnización adicional de un año del sueldo percibido, más la indemnización que corresponda por despido intempestivo (Código del Trabajo Ecuatoriano). Ahora bien, realizando un breve análisis observamos que este artículo guarda una estrecha relación en la aplicación de los principios laborales *pro operario* y *pro debilis* en relación a la indemnización a percibir, siendo 12 y 18 meses, respectivamente.

El artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, Registro Oficial N° 796 del 25 de septiembre del 2012 señala que las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante, o que sea responsable por dichas personas, tiene además una excepción a la aplicación de la indemnización, otorgándoles un equivalente a 18 meses de la mejor remuneración y adicional a ello la indemnización habitual. Esto con el fin de precautelar los derechos que la Ley protege.

En la introducción de este apartado brevemente señalaré cuales son las ventajas del proceso introducido en las reformas del COGEP y del Código de Trabajo. El primero, se deriva con el procedimiento correspondiente a la acción de despido ineficaz; mientras que el segundo, es exclusivamente la reproducción de la prueba, según lo establecido en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, y el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en la cual señala “la obligación de la parte actora de probar los hechos refutados en su demanda” acompañado de los alegatos de la defensa técnica. Por lo que, los otros despidos en calidad de discriminatorios seguirán el trámite normal por despido, y en el caso de llegar a comprobarse dicha aseveración, la indemnización se incrementará conforme a lo establecido en el Código de Trabajo. En el caso de llegar a buenos términos, se lo realizará a través de la conciliación conforme lo establece el artículo 190 de la Constitución:

“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.

Finalmente, es necesario que exista un equilibrio entre sujetos que intervienen en la relación laboral, trabajadores y empleadores, ya que la introducción de esta nueva figura jurídica llegará a ser desalentadora a la hora de contratar a las mujeres, ya que no va a tener suficiente potestad legal para realizar despido alguno. Sí bien es cierto, de un lado, el despido ineficaz mejora la situación de las mujeres en estado de gestación o en período de lactancia, ya que permitirá su permanencia en sus lugares de trabajo; del otro lado, al empleador se le representa una carga económica importante, en la cual está deducido el período de suspensión laboral con goce de haberes durante doce semanas antes y después del parto, por licencia de maternidad y el subsecuente permiso de lactancia. (Revista de Derecho FORO, 2013:54).

1.2. Conceptualizaciones del Despido Ineficaz

En el presente capítulo, se recogieron las diversas acepciones del despido ineficaz en las diversas legislaciones; un análisis claro y conciso por parte del tratadista mexicano De La Cueva; así como también, el desarrollo de la conceptualización en el ámbito nacional, las consecuencias para el empleador que atente contra sus derechos y las garantías que obtendrían los trabajadores ante el sometimiento a un despido ineficaz.

La innovación de esta nueva figura jurídica denominada despido ineficaz tiene el propósito de consolidar el principio de estabilidad laboral en favor de las madres en período de gestación y dirigente sindical. Es por ello que, se debe recurrir al derecho comparado para tener una mayor comprensión; ya que, cada país, además de tener una cultura distinta, presenta una naturaleza jurídica con características propias en relación al tiempo de trabajo.

El despido ineficaz viene acompañado de los siguientes elementos: personales y materiales (De La Cueva, 1970:8). El primero, corresponde a la acción de despido del trabajador por parte del empleador sin justa causa. Mientras que el segundo, es la indemnización económica que percibe el trabajador en compensación del daño causado y/o a su vez la readmisión que se basa en la reintegración a su lugar de trabajo.

El Código de Trabajo Ecuatoriano define al despido ineficaz en los siguientes términos:

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

Todo despido que tenga como consecuencia actos discriminatorios prohibidos en la Legislación Ecuatoriana que atente contra sus derechos fundamentales, los cuales están promulgados en los diversos instrumentos internacionales, y a su vez ratificados por el Estado ecuatoriano, los mismos que prevalecerán sobre cualquier otra Ley.

Para los trabajadores, el despido ineficaz representa una garantía y estabilidad laboral, ya que esto les permitirá asegurar la permanencia en su lugar de trabajo, aún después de ser despedidos de forma intempestiva. Para ello deberán cumplir las condiciones reflejadas en el artículo 195.1 del Código de Trabajo, para que la Autoridad Competente determine su ineficacia y surta efecto jurídico alguno.

1.3. El Despido Ineficaz en Ecuador

Esta novedosa figura jurídica se publica en el tercer suplemento del Registro Oficial número 483 del 20 de abril del 2015 bajo la denominación Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, bajo esta circunstancia se reforma el Código del Trabajo y la Ley de Seguridad Social, su finalidad es tutelar la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas en condición de gestación o maternidad al igual que al dirigente sindical bajo el principio de inamovilidad laboral.

Por lo tanto, el despido ineficaz tiene como antecedente al despido injustificado, el mismo fue acogido por nuestra legislación gracias al Protocolo de San Salvador, que es un anexo a la Convención Americana de Derechos Humanos el cual fue suscrito y adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, con la obligación de que los Estados miembros garanticen el derecho al trabajo en condiciones justas y satisfactorias a todos los conciudadanos, como lo reza el literal d del Artículo 7 del Protocolo en mención.

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

Cuando entró en rigor la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar se suprimió la readmisión, misma que no era obligatoria para el empleador, debido a que éste se amparaba al principio de libre contratación, lo cual le permitía adquirir compromisos en forma voluntaria, y así mantener a un trabajador bajo su criterio jurídico. Bajo la tutela de esta Ley Orgánica, la legislación ecuatoriana ha optado por la indemnización y readmisión al trabajador.

1.4.El Despido Ineficaz en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar

En primer lugar, se deben tomar en cuenta las interpretaciones extensivas que la Asamblea Nacional Constituyente hizo del concepto de *plenos poderes*, expidiendo disposiciones de carácter general, inapelable y no impugnables, superiores incluso a la Constitución. El último de tales actos políticos es el Mandato N° 8, vigente desde el 1 de mayo de 2008, publicado en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre del mismo año (Vásquez. 2017:118), cuyo objeto fue regular y suprimir la intermediación, tercerización y otras cuestiones laborales, debiendo efectuar algunas consideraciones sobre su contenido y efectos.

En el mandato N°8 existe una contradicción marcada, por el simple hecho de eliminar y prohibir lo que antes el Estado había admitido y utilizado extensa e indiscriminadamente. Los artículos 1 y 2 del referido Mandato suprimen y prohíben la intermediación y tercerización, siendo evidente que el régimen laboral propio de tales sistemas fue propiciado e impulsado por el mismo Estado, a través de la legislación expedida. Las empresas públicas y privadas usaron métodos generados por el poder público.

Los mandatos constituyentes son: “al decir de Fabián Corral, atribuciones que la Asamblea Constituyente se auto-asignó. Son decisiones y normas que, expedidas en ejercicio de sus plenos poderes, son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y

de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídica y demás poderes públicos sin excepción alguna” (Monesterolo. 2011:66).

El Reglamento del Mandato N°8 elimina la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y el contrato por horas. La relación laboral opera exclusivamente entre la compañía mercantil u organizaciones y el personal contratado. Por ello, los empleadores podrán contratar directamente a los trabajadores con quienes tendrá una relación laboral directa y bilateral.

Además, el Mandato referido reconoce una clase más de empleador: prestador de actividades complementarias. El prestador de actividades complementarias es cualquier compañía mercantil, persona natural u organización de la economía popular y solidaria cuyo propósito principal es realizar, con su propio personal, actividades complementarias, diferentes a las labores específicas del proceso productivo de la empresa, como la vigilancia, monitoreo, seguridad, servicios de alimentación, mensajería y aseo. Este tipo de compañías deben contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, esta autorización tendrá el carácter de indefinida.

Ahora, introduzcámonos a lo que manifiesta la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar y el Código de Trabajo los cuales experimentó un cambio sustancial, siendo la eliminación de uno de los incisos correspondientes al artículo 154 ibídem que consistía en “una indemnización igual al valor de un año de sueldo a la trabajadora, sin perjuicio de los demás derechos que corresponda, debido a la creación del despido ineficaz.

El artículo 154 ibídem manifestaba que “la mujer embarazada no podrá recibir el despido intempestivo ni desahucio, desde el momento en que se inicie el embarazo”, caso contrario, el empleador se someterá al pago de las indemnizaciones equivalentes al valor de un año de remuneración a la trabajadora.

En relación a las diversas organizaciones a las que están sujetos los dirigentes sindicales, podemos manifestar que, por mandato legal y constitucional poseen garantías para el ejercicio normal de sus actividades, siendo la misma Ley la encargada de protegerlos a través de un fuero sindical, para evitar despidos del empleador y posterior desintegración de la organización. Este denominado fuero sindical tiene los efectos de una garantía de

inamovilidad hacia los dirigentes de los trabajadores desde el nombramiento a su cargo sindical. Es por ello, que el artículo 186 del Código de Trabajo lo señala:

“El empleador no puede despedir intempestivamente ni desahuciar al trabajador miembro de la directiva, de la organización de trabajadores. Si lo hiciera, le indemnizará con una cantidad equivalente a la remuneración de un año, sin perjuicio de que siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período para el cual fue elegido”

Desde la promulgación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral, se establecieron privilegios hacia los dirigentes sindicales en función del despido ineficaz, cuya acción tiene los mismos efectos de aplicación que en el caso de las mujeres en estado de gestación, cuyo requisito es presentarlo ante la Unidad Judicial correspondiente en un plazo no mayor a los treinta días de producido el hecho. Ahora, en el caso de que se haya producido un despido hacia un dirigente sindical, éste seguirá ejerciendo sus funciones en la directiva hasta el término de su elección.

Si el empleador no acata lo expuesto en sentencia podrá ser sancionado con una indemnización equivalente a un año de sueldo. “Esta indemnización por disposición de la Ley, será entregada en partes iguales, al dirigente y a la asociación sindical para lo cual deberá hacerlo en un plazo máximo de treinta días, caso contrario será condenado a pagar este monto con un recargo del cincuenta por cien, en beneficio del trabajador exclusivamente” (Vásquez. 2017:319).

La Ley Orgánica de Justicia Laboral eliminó ciertas atribuciones que se venían ejecutando con normalidad en las Inspectorías de Trabajo, siendo estas, la emisión de las boletas, desarrollo de audiencias administrativas. Mientras que, las Direcciones Regionales de Trabajo, poseen la facultad de convocar a las partes a reuniones, a sancionar y a la ejecución de inspecciones. Por ende, las reclamaciones en vía administrativas será un sistema práctico para alcanzar acuerdos entre las partes.

1.5.Principios Atribuidos al Despido Ineficaz

Es este punto señalaremos cada uno de los principios que se encuentran inherentes a la acción de despido ineficaz; de igual forma, cómo nuestra legislación los ha incluido en la

promulgación de sus códigos y demás normas con el afán de amparar y favorecer los derechos laborales. Además, son “criterios formales aplicables, en general, en cualquier circunstancia de lugar y tiempo, no aluden a ningún beneficio en concreto, por lo que tiene una significación muy general y amplia, extensiva a toda la disciplina” (Plá. 1978:17)

1.5.1. Buena Fe

Es uno de los principios que abarcan patrones de conducta conformados por los valores inherentes del ser humano, a los que están sujetos el empleador y el trabajador durante la existencia de la relación laboral y social. Es así que, en el desarrollo de los procesos judiciales se exige que las partes observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2015).

1.5.2. Estabilidad

Este derecho laboral garantiza a los trabajadores el contar con un puesto de trabajo seguro, en presente y futuro. Su objetivo es favorecer al empleador y trabajador, así como a toda la sociedad. Del análisis de estos elementos, deducimos la importancia del cumplimiento de la seguridad económica hacia la empresa y por otro la armonía humana basada en la continuidad del trabajador, ya que solo así se disminuiría los elevados índices de desempleo² y subempleo³.

En relación a las diversas denominaciones que ha recibido este principio Plá expone que “la *estabilidad* designa un instituto concreto que tiene relación con uno de los aspectos del principio, mientras que la *permanencia* da una idea de perennidad que no parece ser equivalente a la noción que encierra el principio. En cambio, la *continuidad* alude a lo que dura” (Monesterolo. 2011: 46). Sin importar las acepciones de este principio, queda claro que está dirigida a las expectativas del trabajador en conservar su trabajo hasta la

² La tasa de empleo adecuado de la población económicamente activa se situó en 38,9% en junio pasado.

³ la tasa de subempleo, que suele representar mejor el mercado laboral ecuatoriano, se ubicó en 19,4%

jubilación patronal o proporcional, o en el peor de los casos debido a una modificación de su capacidad laboral.

1.5.3. Inamovilidad

Este principio es la razón de ser en la figura de declaratoria y despido ineficaz dentro del Código Laboral el Tratadista De la Cueva afirma que “la inamovilidad laboral ocurre cuando se le niega al patrono, de manera total o absoluta, su facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad, y únicamente se permite la disolución por causa justificada” (De la Cueva. 1978:42).

Este principio guarda estrecha relación con el de estabilidad analizada anteriormente, considera que los trabajadores bajo ningún concepto se vean afectados por cualquier circunstancia surgida por la empresa o el patrono, en referencia a desplazamientos, despidos, entre otros. Es por ello que, el empleador está impedido de finiquitar unilateralmente la relación laboral sin contar con una causa justa para su proceder.

Debemos tener bien claro que, este principio de inamovilidad solo ampara a mujeres embarazadas y a dirigentes sindicales. Sin embargo, se observa la exclusión de las personas con discapacidad de este beneficio, sin razón alguna. No se pretende generar supra derechos sino seguir los lineamientos de los Convenios Internacionales ratificados en el Ecuador.

Finalmente, resaltaremos parte de las apreciaciones del Profesor Stephen W Hawking, en el Informe Mundial sobre la Discapacidad del 2011 al manifestar que la discapacidad no debería ser una barrera para alcanzar el éxito profesional. Cabe recalcar que en dicho informe mencionó: “Yo mismo he sufrido una neuropatía motora durante la práctica totalidad de mi vida adulta, y no por ello he dejado de desarrollar una destacada carrera profesional como astrofísico y de tener una feliz vida familiar”. Además, la mayoría de las personas con discapacidad tienen dificultades significativas para sobrevivir. La situación es más compleja cuando se trata de encontrar un empleo productivo o para la realización personal.

1.5.4. Irrenunciabilidad

Este principio tiene el propósito de alcanzar un equilibrio de los derechos laborales, el objetivo es que el trabajador no quede impedido de seguir alguna acción legal conforme lo establece la Ley, ya que es de acceso voluntario y gratuito. Por esto, desde el inicio de la relación laboral, el trabajador ya tiene garantizado la ejecución de sus derechos ante cualquier vía sea ésta judicial o administrativa.

La Constitución de la República y el Código de Trabajo tienen descrito los lineamientos a seguir en materia laboral como reza en los artículos 326 numerales 2 y 11, y los artículos 37 y 56 respectivamente. Por ello, los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, resultando nulo todo acuerdo en contrario. Incluso la transacción o acuerdo entre partes será válido siempre que no se produzca la renuncia de derechos y sea celebrado ante autoridad administrativa o juez competente. En el caso de que el trabajador renuncie a sus derechos, sería considerado nulo, “y la acción para demandarlo prescribe en años contados desde la terminación de la relación laboral, pero la declaración surge efectos retroactivos” (Monesterolo. 2011: 43).

1.5.5. Progresividad.

El principio de progresividad manifiesta que los derechos deben ser incorporados de manera paulatina en todo su ordenamiento jurídico sin que se quebrante alguno de ellos, ya que la finalidad es que exista una mejora continua de estos derechos más no una regresión de los mismos. Es así que, el ejercicio de los derechos se regirá conforme lo establecido en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución:

“El contenido de los derechos se aplicará de manera progresiva mediante las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”

1.5.6. In dubio pro operario

Para analizar el principio *in dubio pro operario*, señalaremos cuales han sido los puntos de vista de los tratadistas Julio César Trujillo y María Azcel, y como sus aportes han sido introducidos en nuestra legislación con el afán de garantizar los derechos laborales.

Este principio puede prevalecer una norma inferior sobre una superior, sin alteración normativa alguna, ya que tiene el reconocimiento de otra norma. Es por ello que, el Derecho Laboral surgió con el afán de proteger a la clase trabajadora ante la desigualdad a los que fueron sometidos por los empleadores, para ello se adoptaron dos caminos: “la expedición de normas proteccionistas al trabajador y la promoción de la autodefensa de los interesados” (Julio César Trujillo cit. por Monesterolo, 2011: 41).

El artículo 326 numeral 3 de la Constitución establece que, en caso de duda en cuanto al alcance de cualquier disposición legal, reglamentaria o contractual, las mismas serán aplicadas en el sentido más favorable al trabajador. En consecuencia, este principio tiene como esencia especial la de generar mayor protección a los más débiles de la relación laboral.

En relación a la duda que se puede generar respecto a la norma aplicable la doctrina distingue tres teorías imperativas:

- i. Teoría de la acumulación: plantea que, si a una institución se aplican dos o más normativas, se toma lo mejor de cada una, creando una nueva que contenga la solución más favorable desde el desplazamiento de las normas en conflicto y de la construcción de una nueva norma, con lo mejor de cada una de las desplazadas.
- ii. Teoría de conglobamiento: exige la aplicación de la fuente de Derecho más favorable a los trabajadores en conjunto, por ello se manifiesta que “por costumbre, contrato individual u otra forma cualquiera de crear derechos en el campo laboral, gozan de ciertos beneficios no previstos en la ley o superiores” (Herrera & Jhayya 88).
- iii. Teoría orgánica, implica la elección del conjunto de normas más favorable. (María Azcel. cit. por Monesterolo, 2011: 42). Por ello su aplicación puede derivarse de

dos o más normas en el caso de que exista conflicto entre sí mismas, siendo así, debe ser elegida la de mayor beneficio al trabajador

Nuestra legislación se identifica con la teoría de conglobamiento; pues si revisamos el orden jerárquico de aplicación de las normas, observamos que la Constitución y el Código de Trabajo hacen referencia que en el caso de existir alguna duda el Juez o Inspector de Trabajo aplicarán en el sentido más favorable al trabajador.

1.5.7. Primacía de la Realidad.

El principio de primacía de la realidad es aplicable cuando se verifica algún grado de desajuste entre los hechos y la forma en la que se suscitó el contrato laboral, se pretende que el trabajador al momento de activar la vía judicial o administrativa, ante un presunto reclamo de derechos tenga los documentos necesarios que justifiquen su acción, ya que la gran mayoría los carece dejando a criterio propio de los servidores.

Ante este panorama, el artículo 20 del Código de Trabajo establece la obligatoriedad de la suscripción de contratos por escrito, registrándolos durante los treinta días siguientes a su firma ante el inspector del trabajo, o, en su defecto, el Juez de Trabajo de la misma jurisdicción donde sea suscrito el acuerdo.

En todo caso, “se aplicará siempre el principio de la primacía de la realidad que se refleja en varios enunciados: vale el derecho y no el nomen iuris o verdad formal; los documentos no cuentan frente a los datos de la realidad; y, la verdad vence a la apariencia” (Monesterolo. 2011: 49).

CAPÍTULO II

TIPOS DE DISCAPACIDAD

En el desarrollo del presente capítulo abordaremos los diversos tipos de discapacidad:⁴ auditiva, intelectual, mental, motriz y visual sus definiciones, patologías, y alteraciones las mismas que se encuentran sujetas y reconocidas en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, en siglas, CIF.

2.1.Discapacidad Auditiva.

Es una de las discapacidades con mayor presencia patológica debido a ciertos grados de interacción, ya que le impide la interacción de la audición de sonidos propios emitidos por el medio al que se encuentra sujeto esta deficiencia puede producirse por la exposición al ruido, traumatismos, y demás efectos. Por lo tanto, esta no impedirá demostrar sus potenciales y habilidades. Existen tres causas de pérdida auditiva:

“Pérdida auditiva neurosensorial: se produce como deterioro del oído interno, afección causada por el proceso natural de envejecimiento o una degeneración de los nervios dominantes del oído interno; pérdida auditiva conductiva: asociada con problemas de huesos, tímpano o membranas que llevan los sonidos del oído externo al interno a través del medio; y, la pérdida auditiva mixta: contiene elementos de ambos tipos de pérdida: neurosensorial y conductiva”. (Ouanono. 2006:15).

2.2.Discapacidad Intelectual

La discapacidad intelectual es una deficiencia que paulatinamente va generando una pérdida irreparable tanto en capacidad y desarrollo hasta lograr niveles de inteligencia promedio o en esporádicos casos superiores. La consecuencia de esta deficiencia es calificada según su gravedad como leve o moderada, se genera cuando existe un bloqueo

⁴ Una discapacidad es toda insuficiencia o restricción de la capacidad de ejecutar una acción en la forma y dentro del margen considerado normal para un ser humano (OMS, 1980).

en su desenvolvimiento de los “tres periodos cruciales del inicio, desarrollo y crecimiento mental” (Wiesner, 2004:24).

Por tal motivo, debe existir una integración de este grupo vulnerable con la sociedad. Esto a futuro consolidará la interacción entre cada uno de ellos, y así se logrará impulsar su atención integral. Como resultado, se evitará cualquier tipo o acto de discriminación, ya que al existir un enfoque multidimensional dificulta relacionarse con otras personas debido a la disminución de su lenguaje, aprendizaje, entre otras.

2.3.Discapacidad Mental

Es una de las discapacidades más complejas debido a que éstas presentan alteraciones en el interior de nuestro cerebro a través de sustancias químicas que afectan el modo de interactuar, sentir, y otros factores relacionados a los patrones de conducta, un ejemplo de ello es la depresión, y los diversos trastornos de carácter obsesivo, compulsivo, entre otros. Ahora bien, al hablar de salud como un componente primordial puede llegar a obtener repercusiones individuales y colectivas, su ausencia genera efectos inter-generacionales.

“La salud mental de las personas requiere significativa atención para enfrentar problemáticas crecientes, como los desórdenes relacionados con la depresión y la ansiedad, que limitan y condicionan las potencialidades de una sociedad para su desarrollo”. (Senplades, 2017: 48). El servicio de salud debe presentar programas de mayor equidad territorial y pertinencia cultural para afrontar los nuevos desafíos sociales que lleguen a producirse dentro de la sociedad.

2.4.Discapacidad Motriz

Se genera cuando el cuerpo presenta una afectación dentro del sistema nervioso, músculos, huesos, articulaciones o médula espinal. Por lo que, produce una limitación del movimiento, partiendo desde uno, dos o a su vez las cuatro extremidades. Las limitaciones en ciertas extremidades adquieren un nombre específico dependiendo su afectación, siendo esta, paraplejia, cuadriplejia, y/o amputaciones. Es por ello que, al existir restricciones en sus movimientos se ven obligados a utilizar medios que le permitan su desplazamiento, a través de andaderas, bastones, muletas, prótesis, órtesis,⁵ entre otras.

⁵ Es un dispositivo externo aplicado al cuerpo para modificar las condiciones funcionales o estructurales del sistema nervioso o esquelético.

2.4.1. Clasificaciones de las alteraciones motoras.

Los autores Antoranz & Villalba (2010:113) en su obra titulada Desarrollo Cognitivo y Motor, lo dividen bajo el siguiente criterio:

Afecciones motoras derivadas de una lesión:

- Parálisis cerebral (PC): daño ubicado en el encéfalo.
- Espina Bilida (EB): daño ubicado en la médula espinal.

Afecciones motoras derivadas de enfermedades:

- Poliomiélitis⁶.
- Miopatías⁷.
- Distonías⁸.

2.5. Discapacidad Visual

Este tipo de discapacidad de carácter patológico de origen ocular va en función de la alteración o pérdida parcial o total de su función. A su vez, la estructura visual de un individuo guarda relación con el conjunto de los diversos órganos que permiten la visión. Estos procesan la información a través de vías nerviosas y así se obtiene conexión de ambos elementos.

La capacidad visual se valora bajo los siguientes parámetros:

La agudeza visual es la capacidad del sistema visual para discriminar entre distintos estímulos que se perciben a una cierta distancia. El campo visual es el ángulo formado por los límites tope de la visión de un ojo, en los ejes arriba/abajo y derecha/izquierda, o sea, todo el espacio visual que el ojo percibe simultáneamente sin moverse (Cantón, 2010:58).

⁶ Es una enfermedad infecciosa provocada por un virus que afecta la médula espinal, provocando atrofia muscular y parálisis.

⁷ Es una patología basada en una deficiencia o anomalía en los grupos musculares.

⁸ Son contracciones musculares involuntarias que ocasionan movimientos repetitivos o de torsión.

CAPÍTULO III

NORMATIVA VIGENTE

3.1. Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Esta convención abarca en su conjunto todos los derechos civiles, culturales, políticos, sociales y económicos a los que por su naturaleza son innatos de las personas con discapacidad, la lucha fue constante para que estos derechos sean reconocidos a nivel internacional. Como resultado de lo anterior, dicha convención entró en vigencia el 3 de mayo del 2008, en la cual se encuentran suscritos 160 países.⁹

La Organización Mundial de la Salud (OMS) celebró este convenio como hito histórico de protección a los derechos humanos ante la vulnerabilidad de las personas con discapacidad que fueron subyugadas en los diferentes países, constituyendo una referencia moral. Por ende, los Estados miembros suscritos a la Convención pactaron en promover, proteger y garantizar de forma equitativa los principios, derechos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad, al igual del respeto a una dignidad inherente.

Dentro de las labores de la Organización Mundial de la Salud en el ámbito de la discapacidad se encuentran las siguientes:¹⁰

- i. La OMS participa en el Grupo de Apoyo Interinstitucional de las Naciones Unidas, responsable por la promoción y aplicación de la Convención;
- ii. El 9 de junio de 2011, la OMS publicó el Informe mundial sobre la discapacidad, con datos de investigaciones, resaltando las prioridades que se debe abordar para hacer efectiva la Convención;
- iii. La OMS estableció un grupo de trabajo especializado en temas de discapacidad, asegurando así que la Organización sea accesible a las personas con discapacidad, tomando cuenta los derechos de las personas con discapacidad en sus diferentes programas.

⁹ Ver <http://www.who.int/disabilities/media/news/unconvention/es/>

¹⁰ Ver <http://www.who.int/disabilities/media/news/unconvention/es/>

Los enunciados en la presente Convención son oportunos para la disposición de la Organización Mundial de la Salud y otros departamentos que conforman las tareas en base al bienestar de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Por lo tanto, este organismo recepta los diversos informes de los Estados Miembros sobre las políticas públicas y las diversas medidas preventivas y correctivas a favor de este grupo vulnerable.

Los principios de la Carta de las Naciones Unidas buscan afianzar el reconocimiento de la dignidad y de los derechos de todos los humanos, sin distinción y discriminación de alguna índole. Parafraseando el concepto de la discapacidad, se puede afirmar que es el resultado de la relación entre personas con deficiencias y barreras debidas a la actitud individual y al entorno social que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad.

La importancia que impone este Convenio es la incorporación a la discapacidad como una estrategia pertinente de desarrollo sostenible, y a su vez, vincular una cooperación internacional, con el propósito de garantizar la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, mejorando sus condiciones de vida. Por ello, las personas con discapacidad deben tener una participación plena en los diferentes programas y decisiones de coyuntura política, económica, social.

Este instrumento internacional adherente a la Declaratoria Universal de los Derechos Humanos contribuirá a reducir la gran desventaja social que existe hace varias décadas contra este grupo vulnerable; y, así, promoverá su participación activamente en condiciones de igualdad de oportunidades en los diversos ámbitos que lleguen a sustentar, sean estos, civiles, cultural, político, entre otros.

Toda Convención tiene un propósito, y este en especial, está encaminado en promover y asegurar el goce pleno de sus derechos y obligaciones que a cada uno de los seres humanos compete. Al referirnos a las personas con discapacidad, debemos tomar en cuenta que no son aquellas las que tengan una deficiencia física, sino también las mentales, intelectuales o sensoriales.

Los principios de ésta convención serán: “el respeto de la dignidad propia, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones, la independencia de las personas, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de los individuos con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la

igualdad entre hombre y mujer, y, finalmente el respeto al desarrollo de facultades de niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad” (Compilación de Instrumentos Internacionales, 2007).

Dentro de las obligaciones de cada uno de los Estados Partes ésta el compromiso de respaldar y velar por el pleno ejercicio de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad, sin discriminación. En el mismo sentido, aplicar medidas legislativas, administrativas y otras relacionadas en sí, para efectivizar los derechos reconocidos en el presente instrumento, sin excluir la modificación o derogación de leyes que atenten discriminación alguna contra las personas con discapacidad.

Sin duda, una tarea fundamental es promover la formación de los profesionales en salud y demás colaboradores que trabajen junto a personas con discapacidad, a prestar un mejor apoyo, y a los servicios garantizados para esos derechos. Por ello, la legislación ecuatoriana implementó un importante número de programas de inserción laboral para las personas con discapacidad.

Es necesario que, dentro de la normativa legal no se restrinja ni se derogue ninguno de los enunciados dentro de la Convención de los Derechos Humanos; así como en los diversos reglamentos o costumbre que derivan derechos o libertades. Por ende, los Estados Partes garantizarán a todas y cada una de las personas de este grupo vulnerable protección legal igual y efectiva para erradicar su discriminación, con la finalidad de establecer los ajustes razonables para su aplicación.

Dentro de las medidas inmediatas, los Estados Partes deberán inculcar a la sensibilidad social, inclusive la familiar, fomentando el respeto a los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, estimulando actitudes receptivas, la promoción de percepciones positivas, y el reconocimiento de las diversas capacidades y habilidades que pueda aportar las personas con discapacidad en el mercado laboral.

Como lo señala el artículo 27 del Convenio, los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con los demás, sin vulnerar el libre acceso a la ocupación de una plaza de trabajo, sea en el sector público o privado, de tal forma que el trabajo sea abierto, inclusivo y accesible a este grupo vulnerable. Además, se protegerá sus derechos en igualdad de condiciones con los demás,

con las mismas oportunidades y remuneración por su trabajo, sin obstruir el ejercicio a la defensa de sus derechos laborales y a la protección social que la Ley ampara.

3.2. Políticas Públicas para las Personas con Discapacidad.

En el Ecuador se desarrollaron políticas que acogen a las personas con discapacidad dentro del marco de atención prioritaria. La Carta Magna vigente en su sección sexta señala que “El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Los diferentes tipos de discapacidad requieren atención especial, inclusive recursos económicos y humanos, sin desmerecer el acceso, medios y formas alternativas de comunicación, así como planes y programas públicos y privados que fomenten la participación en la política local, regional y nacional, así como en las diferentes actividades sociales, culturales, educativas y económicas del país. Por ello, la Ley establece sanciones claras contra el abandono de estas personas, así como cualquier forma de abuso.

El acceso al trabajo de las personas con discapacidad está presente en diversas agendas sociales de países desarrollados. Por ello, que se ha experimentado grandes cambios de peso en la última década. En agosto de 2017 el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (Conadis) registró 425 877 personas con discapacidad. De estos, el 19,47% presenta un grado de discapacidad mayor al 75% y el 13,7% se encuentra laboralmente activo (Senplades, 2017: 48).

El número de contratos entre las personas de este grupo vulnerable, logrando un incremento sustancial en lo que respecta años anteriores, pero todo esto se obtuvo a las diversas gestiones gubernamentales que llegaron a trascender, y en la mejora continua del marco legal a través de resoluciones, mandatos de Ley y demás convenios realizados con España y otros países.

Cabría preguntarse ¿Qué factores favorecen su inserción? En relación al medio familiar favorece la autonomía e independencia del trabajador. Mientras que, la formación del trabajador se relaciona con las habilidades sociales que se generan dentro del entorno

laboral. Finalmente, la empresa es la que establece un vínculo mayor debido al entorno y puesto de trabajo frente al trabajador con discapacidad.

Para que este proyecto tenga mayor auge se necesita mayor difusión para comprender que se trata seres humanos con los mismos derechos y obligaciones que los demás, con la única diferencia, además de ser un grupo de atención prioritaria, son las limitaciones en su capacidad física o intelectual. Por ello, para la inserción laboral de una persona con discapacidad se consideran los factores individuales y el tipo de discapacidad, a fin de garantizar el acceso a un lugar de trabajo.

El Organismo Internacional de Trabajo define a la inclusión social como “cualquier intento de vida autónoma que pasa por el desarrollo de un trabajo que proporcione los medios económicos para la subsistencia de uno mismo y de su familia”. Por lo tanto, el trabajo es un derecho primordial que recoge la Constitución, permitiendo la aplicación de los principios universales, sean éstos, equidad de género, igualdad de oportunidades, etc.

Es necesario señalar que durante el transcurso de la vida laboral ha existido un porcentaje significativo de personas que adquirieron una discapacidad; consecuentemente, deben seguir conservando su trabajo, y a su vez se les permita ejercer o reubicarlos de acuerdo a la capacidad que adquiera con su nueva condición. Por ello, las empresas públicas y privadas deben enfrentar nuevos retos en lo referente al acceso, medios y formas alternativas de comunicación, ya que en la actualidad carece de cierta infraestructura como el manejo de Jaws, capacitación y equipamiento con el método Braille, etc.

“Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 85% de las personas con discapacidad en América Latina y el Caribe, con la edad de laborar, no tienen un puesto de trabajo. El Ecuador no es la excepción, con un panorama aun más complicado para las personas con múltiple discapacidad y la población con discapacidad visual, quienes se enfrentan al reto de estudiar para luego no conseguir un trabajo” (Universidad Politécnica Salesiana, 2011:145).

Nuestra Carta Magna señala que “las personas con discapacidad tienen garantizada la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Inclusive, el artículo 333 de dicho cuerpo legal manifiesta que el Estado promoverá un régimen laboral armónico con las necesidades del cuidado humano.

El Ministerio de Relaciones Laborales, como órgano rector, es responsable por velar el cumplimiento de las diversas obligaciones laborales contenidas en el Código del Trabajo, a su vez, se encarga de realizar inspecciones y controles a través de las Inspectorías y otras secciones, con el fin de asegurar los derechos de los trabajadores que forman parte de este grupo prioritario.

El artículo 42 numeral 33 del Código del Trabajo establece que el empleador público o privado, que tenga veinticinco trabajadores o más, está obligado a contratar, al menos, a una persona con discapacidad, considerando sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales. Desde el año 2009, se exige el 4% de personas con discapacidad como mínimo del total de trabajadores en cada empresa. Lo mismo sucede con el sector público, incluyendo las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, entre otras, conforme lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica del Servidor Público (LOSEP).

El Ministerio de Relaciones Laborales a nivel nacional, mediante sus oficinas, facilitan el acceso de personas con discapacidad al registro en la Bolsa de empleo, según su nivel de conocimientos y tipo de discapacidad, precautelando el ejercicio y goce pleno de sus derechos.

3.3. Ley Orgánica de Discapacidades

Entre los principios fundamentales encontramos la igualdad de oportunidades, la responsabilidad social colectiva, la no discriminación y la participación e inclusión. Su objeto es la prevención, habilitación, rehabilitación, así como la difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, las cuales se encuentran establecidos en nuestra Carta Magna e instrumentos jurídicos internacionales.

El objetivo de esta Ley es proteger y velar por los derechos de las personas con discapacidad, sean ecuatorianas o extranjeras, que residan en territorio nacional, inclusive a los ecuatorianos en el exterior a través de los diversos programas de apoyo, sin descuidar a “sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, su cónyuge y/o representante legal y las personas jurídicas públicas, semipúblicas y privadas sin fines de lucro, que brinden atención, protección y cuidado de las personas con discapacidad”. (Registro Oficial N° 796, 25 de septiembre 2012, Quito - Ecuador).

El tercer inciso del artículo 47 manifiesta que, “El trabajo que se asigne a una persona con discapacidad deberá ser acorde a sus capacidades, potencialidades y talentos garantizando su integridad en el desempeño de sus labores; proporcionando los implementos técnicos y tecnológicos para su realización; y adecuado o readecuando su ambiente o área de trabajo en la forma que posibilite el cumplimiento de sus responsabilidades laborales”. (Ley Orgánica de Discapacidades, 25 de septiembre 2012).

Es por ello que, a todas las personas se les debe garantizar una vida digna. Al ser un mandato constitucional, es un imperativo moral. Además, se constituye en uno de los ejes del Plan Nacional de Desarrollo 2017 - 2021 – Toda una Vida, que busca una sociedad más justa y equitativa mediante el principio de igualdad en todos los ámbitos y la erradicación de todo tipo de discriminación y/o exclusión.

Como se dijo en el Programa de Gobierno, “conjugamos el verbo erradicar: desde la corrupción, la desnutrición infantil y la pobreza extrema hasta la violencia basada en género, el maltrato infantil y todas las formas de discriminación por razones políticas, religiosas, sexuales, de identidad u otras que denigren la dignidad del ser humano” (Senplades 2017: 31).

El Estado debe garantizar a los trabajadores el respeto a su dignidad, un pago justo y un trabajo saludable. Esto encaminará en ambos géneros el reconocimiento del hecho que, a igual trabajo, igual remuneración. Sin dejar de lado el goce del derecho a la seguridad social con la visión plena del trabajo como un derecho humano, deber social y fuente de realización individual y colectiva.

Esta Ley promueve la participación de las personas con discapacidad para la toma de decisiones, así como la organización, planificación y demás asuntos públicos y privados de su incumbencia con el propósito de generar una inclusión total y que dé resultados visibles, erradicando las barreras que dificulten el goce y ejercicio de los derechos imperativos de este grupo prioritario.

3.4. ¿Por qué deben ser incluidos en la declaratoria de despido ineficaz?

En la elaboración del presente ensayo he señalado los Tratados Internacionales y las diversas políticas públicas que lleva en marcha el Gobierno Nacional en favor de las personas con discapacidad, ¿Serán suficientes todas las medidas tomadas en favor de este grupo vulnerable? Nos atreveríamos a pensar que no, esos aportes han sido escuetos, escasos al momento de llevarlo a la práctica.

Nuestro anhelo será que algún día podamos decir al mundo vengo de Ecuador, un país donde la discapacidad no es una barrera, sino un gigante silencioso que por medio de este grupo vulnerable aporta al desarrollo de la pequeña, mediana empresa para la mejora continua de sus procedimientos, con la finalidad de estandarizarlos y así promover las acciones preventivas y correctivas de sus productos y servicios.

Recuerda que los productos, servicios o diseños que realice una persona con discapacidad sin importar su tipo, es fruto de esfuerzo y perseverancia ante los demás, su finalidad es demostrar que el mayor temor no es la competencia de un tercero, sino la incompetencia en no poder brindar y demostrar que esta al mismo nivel con sus habilidades y aptitudes que de otros trabajadores.

Ahora, hemos notado diariamente como las personas con discapacidad han sido objeto de maltratos y humillaciones por la misma sociedad, sinceramente como país debería avergonzarnos ese tipo de conductas ante este grupo vulnerable. El Ecuador no solo se debe caracterizar por tener los mejores atractivos turísticos, sino también por cumplir una agenda extensa en política pública que cubra con todos los derechos inherentes de las personas con discapacidad. El éxito de estas políticas nace por la constancia y dedicación que deriven su protección.

¿Por qué esa dicotomía social? Sí, todos somos iguales ante la Ley, el simple hecho que ciertas personas tengan alguna afectación en su cuerpo o intelecto, no quiere decir que sean improductivos, o innecesarios en el entorno productivo. Se han dado casos que personas con discapacidad han desarrollado ciertas habilidades, con la esperanza de mantener un trabajo, que le permita cubrir sus necesidades.

Este tema por su relación tripartita: Estado, empleadores y trabajadores debería alcanzar un acuerdo en conjunto más aun cuando hablamos de Derechos, recordemos que en la redacción de la Constitución de 2008 se tomó esta considerable postura, pero en el

desarrollo de Leyes Orgánicas y otras normas en la que reflejan vacíos y obscuridad, como es el caso del artículo 195.1 del Código de Trabajo, en la que figura la declaratoria del despido ineficaz, que ampara a la mujer trabajadora que se encuentre en estado de gestación o asociado a su condición de gestación o maternidad, bajo el principio de inamovilidad, este artículo garantiza la estabilidad laboral a la mujer embarazada y al dirigente sindical, mientras que para el resto de trabajadores, en las que se incluyen a las personas con discapacidad, deberán seguir las acciones por despido intempestivo, es decir, que con el simple hecho de obtener la indemnización, más no el derecho al reintegro a su trabajo. Mientras que, para las personas que están amparadas por el artículo 195.1 sucede todo lo contrario, y que posee una gama de derechos, desde el reintegro a su lugar de trabajo hasta que dure el trámite, es decir, seguirá percibiendo un salario, que será pagado al final de lo que termine el litigio. En el caso, que el Juez declare la ineficacia del despido se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo. Eso no es todo, el trabajador despedido, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, tiene la potestad a libre albedrío de continuar o no la relación laboral, en el caso de no seguir, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año del último salario percibido, además la aplicación de los valores correspondientes por despido intempestivo. Desde la parte procesal, una vez admitida a trámite la demanda, al empleador se lo citará en un plazo no mayor a las 24 horas, y en la providencia que emita la Unidad Judicial de Trabajo hará conocer a las partes procesales el cumplimiento a la contestación de la demanda, y las pruebas a practicarse en la Audiencia Única, incluso ya señala el día y hora para el desarrollo de la Audiencia a efectuarse en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la citación.

En relación a los discapacitados se los indemnizará conforme el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, esto es, 18 meses de la remuneración, a más de la indemnización legal correspondiente. Nos preguntamos ¿Por qué no el reintegro a su lugar de trabajo? ¿Dónde quedo el principio de estabilidad laboral? o este grupo vulnerable no es igual ante la Ley. Entonces, porque existe esa falta de protección legal, se supone que debe ser en igual medida, esto es, sin discriminación alguna, pensamos que no es suficiente una indemnización a la que se planteó en dicha Ley, el motivo es porque al no tener esa fuente de empleo, se retornará más complicado su inserción a pesar de que por Ley se exige a las empresas públicas y privadas a contar con el 5% de personas con discapacidad en su nómina pero aún no es suficiente. El camino se tornará especial ya que la mayoría de

empresas al contratar una persona con discapacidad analizan el tipo de complejidad que posee, para ubicarlo en el área de trabajo correspondiente. Ilustremos con un ejemplo: Una empresa cuyo objeto es inmobiliaria, necesita promotores en venta, la cual no va a contratar una persona sordomuda, pero sí un minusválido, ya que su nicho de mercado es diferente, su medio es la comunicación de doble vía. Por ende, nuestra sociedad no está acostumbrada a estos cambios sustanciales, además de no poseer con los medios necesarios para su fácil comprensión.

El Ministerio de Relaciones Laborales deberá implementar con mayor eficiencia y efectividad una bolsa de empleos en la que conste la información de la persona con discapacidad al igual el tipo que la aqueja, con el propósito de brindar a los empleadores una mejor selección para su equipo de trabajo y evitar el menosprecio directo que se pueda generar hacia una persona con discapacidad, en su búsqueda individual de empleo, debido a que son susceptibles, ya que en el transcurso del tiempo han llegado a ser víctimas de maltratos careciendo de un respeto hacia su dignidad inherente.

Finalmente, llama la atención que la Corte Constitucional no emita sentencia alguna con respecto a la declaratoria de despido ineficaz en especial al señalamiento del principio de inamovilidad, en especial la exclusión a las personas con discapacidad, el tema es sensible por lo que debería definir una línea jurisprudencial a seguir para evitar desigualdades y desequilibrio, tanto empleadores como trabajadores sin que vulnere derecho alguno.

CONCLUSIONES:

- 1.** El Ecuador al formar parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debe poner mayor hincapié en la incorporación de este grupo vulnerable en la discusión de estrategias de desarrollo sostenible a corto, mediano y largo plazo.
- 2.** El Ministerio de Relaciones Laborales junto al CONADIS y demás filiales deben realizar un mayor control a las instituciones públicas o privadas para cerciorarse si las mismas están cumpliendo con la accesibilidad de las personas con discapacidad a un trabajo digno, y si cuenta con todos los medios necesarios para su ejecución.
- 3.** Realizar una reestructuración legal en el artículo 195.1 del Código de Trabajo, en vista de que afecta y discrimina a las personas con discapacidad al impedirle accionar un despido ineficaz a su favor, evitando ejercer la defensa de sus derechos laborales en igual de condiciones con los demás, dejando entrever un carecimiento de protección social.
- 4.** El despido ineficaz como figura novedosa en nuestro marco jurídico debe ser analizada con mayor profundidad, para reformular las políticas públicas, en vista, de que existe un desequilibrio entre el empleador y trabajador, ya que en el primer caso esta subyugado a no realizar un despido intempestivo o desahucio a menos que indemnice al trabajador con una exorbitante indemnización.

RECOMENDACIONES:

- 1.** Establecer una sociedad más inclusiva con el fin de favorecer el progreso de las personas con discapacidad, cuyo propósito es la eliminación de todo tipo de obstáculo que radique a la participación de decisiones sobre políticas y programas que atenten contra sus derechos.
- 2.** Promover a las empresas públicas y privadas a la adquisición del uso de nuevas tecnologías de apoyo y dispositivos técnicos visuales, auditivos, sensoriales, motriz para las personas con discapacidad, ya sean, máquinas de escritura en braille, manejo de Jaws entre otras, con el fin de garantizar el desempeño de las actividades asignadas en su lugar de trabajo.
- 3.** El Ministerio de Relaciones Laborales continuamente debe realizar un censo y seguimiento de las personas con discapacidad para clasificarlas conforme a sus limitaciones, para incluirlas en la bolsa de empleo, con ello el empleador quedará a libre albedrío realizar su mejor elección a la hora de contratar, basándose a las necesidades de la empresa en relación a su giro de negocio.
- 4.** Incluir en la brevedad posible a las personas con discapacidad en la declaratoria de despido ineficaz en vista de que sus derechos laborales, están siendo discriminados sin razón alguna, y a su vez impide su participación en igualdad de condiciones con los demás, disminuyendo sus aspiraciones a obtener una vida digna y a una remuneración justa.

BIBLIOGRAFÍA.

Antoranz E. & Villalba J. (2010) *“Desarrollo Cognitivo y Motor”*. Editorial Editex. Madrid.

Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República. Quito: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Quito: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2016). Código del Trabajo. Quito: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2012). Ley Orgánica de Discapacidades. Quito: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2015). Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Quito: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2017). Ley Orgánica de Servicio Público. Quito: Asamblea Nacional.

Benavides. J. (2012). *“Los derechos humanos como norma y decisión: una lectura desde la filosofía política”*. CEDEC. Quito

Cantón J. (2010) *“Características y Necesidades de las Personas en Situación de Dependencia”*. Editorial Editex. Madrid.

Compilación de Instrumentos Internacionales. (2007). *“Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional”*. Séptima Edición. Bogotá.

De la Cueva, M. (1970). *“Derecho Mexicano del Trabajo”*. México.

De la Cueva, M. (1978). *“Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo”*. México.

Enríquez, C. (2015, 18-Abril). *Nuevas Reglas se aplican para los Trabajadores*. Recuperado 2018, 18-Abril de Diario El Comercio.com:

<https://www.elcomercio.com/actualidad/reglas-trabajadores-iess-ecuador-leydejusticialaboral.html>

Gallo, R (2013). *“Grecia y Roma algunas cuestiones sobre el Derecho Mercantil y Penal a través de la Historia y la Literatura”*. Editorial Dunken. Buenos Aires.

González, P. (2018, 16-Julio). *El Subempleo en junio se ubicó en 19,4%*. Recuperado 2018, 16-Julio de Diario El Comercio.com: <https://www.elcomercio.com/actualidad/subempleo-junio-cifras-inec.html>

González, P. (2018, 19-Julio). *Los índices de empleo en Ecuador no mejoraron en un año*. Recuperado 2018, 19-Julio de Diario El Comercio.com: <https://www.elcomercio.com/actualidad/indices-ecuador-economia-desempleo-inec.html>

Herrera A. & Jhayya A. *“Diccionario Derecho Laboral”*. Editorial CEP. Quito.

Humeres. H. (1973). *“Apuntes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*. Editorial Jurídica de Chile. Décima Edición. Chile.

Monesterolo, G. (2011). *“Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano”*, Fondo Editorial Jurídico, Loja.

Organización Mundial de la Salud (2011). *“Resumen Informe Mundial sobre la Discapacidad”*. Archivos de la OMS, 3.

Organización Mundial de la Salud (2018). *Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Recuperado 2018, 12-Agosto. Internet: <http://www.who.int/disabilities/media/news/unconvention/es/>

Ouanono, D. (2006). *“Sordera – Los Derechos de la Discapacidad”*, Editorial Dunken, Buenos Aires.

Plá Rodríguez. A. (1978). *“Los Principios del Derecho del Trabajo”*, Editorial Depalma, Buenos Aires.

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – Senplades (2017). *Plan Nacional de Desarrollo 2017 - 2021 Toda una Vida*. Quito.

Universidad Andina Simón Bolívar (2013). “*Derecho Laboral*”. Revista de Derecho FORO, 19(I), 54 – 56.

Universidad Andina Simón Bolívar (2015). “*Reformas en lo Laboral y Seguridad Social*”. Revista de Derecho FORO, 24(II), 11 – 13.

Universidad Politécnica Salesiana (2011). “*Alteridad*”. Revista de Educación, 6(II), 145 – 147.

Vásquez, J. (2007). “*Derecho Laboral Práctico y el Juicio Oral*”, Editora Jurídica Cevallos, Quito.

Vásquez, J. (2017). “*Nuevo Derecho Laboral Ecuatoriano*”, Editora Jurídica Cevallos, Quito.

Wiesner, J. (2004). “*Discapacidad y Capacidad Intelectual*”. Primera Edición, Academia Nacional de Medicina. Bogotá.