

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

No. 2

Mayo-Agosto
2020

**EL DERECHO AL TRABAJO EN EL ECUADOR: DEL DESPIDO
LIBRE A UN DESPIDO REGULADO**

**THE RIGHT TO WORK IN ECUADOR: FROM A FREE
DISMISSAL TO REGULATED DISMISSAL**

Javier ORDÓÑEZ ROMÁN

Abogado, Universidad de Guayaquil (Ecuador). Psicólogo clínico, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Maestrante en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de La Habana. Estudio jurídico LEXOR Abogados (Ecuador)

javierordonezroman@gmail.com

Fecha de envío: 18/05/2020

Fecha de aceptación: 15/06/2020

EL DERECHO AL TRABAJO EN EL ECUADOR: DEL DESPIDO LIBRE A UN DESPIDO REGULADO

Javier ORDÓÑEZ ROMÁN

Estudio jurídico LEXOR Abogados (Ecuador)

Resumen: En el Ecuador se hace necesario reconsiderar el núcleo esencial del derecho al trabajo que permita lograr una efectiva estabilidad laboral a fin de reivindicar la dignidad del ciudadano en su condición de trabajador en el que realmente se posicione al ser humano por sobre el capital. El objetivo principal del trabajo es proponer un “repensar” del derecho al trabajo para superar el despido libre en el Ecuador. Se realizó una aproximación al derecho al trabajo destacando la importancia que tiene a nivel global y el compromiso que debe tener todo Estado para proteger al trabajador dada su condición de subordinación que se da en la relación laboral. Se hizo un recorrido sucinto del derecho al trabajo, principalmente en su vinculación con la estabilidad laboral en el devenir constitucional del Ecuador y la consideración que le ha prestado el Estado ecuatoriano a partir de la vigencia de la actual Constitución. Se procedió a fundamentar a través de criterios supranacionales, dado el reconocimiento de las figuras de bloque de constitucionalidad y convencionalidad que se reconocen en el Ecuador, que un despido regulado favorece a reivindicar un derecho al trabajo decente. A partir de ello se concluye que, en el Ecuador bajo el sistema constitucional actual, podría instaurarse un régimen de despido regulado, que signifique una verdadera garantía de la estabilidad laboral a la que el Estado debería propender.

Palabras clave: Derecho al trabajo - Estabilidad laboral - Despido

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho al trabajo y la estabilidad laboral en el Ecuador. 3. Fundamento para una reformulación del despido libre en el Ecuador. 4. Conclusiones.

Abstract: In Ecuador, it is necessary to reconsider the essential core of the right to work that allows effective job stability to be achieved in order to claim the dignity of the citizen as a worker, in which human beings are actually placed above capital. The main objective of the work is to propose a "rethink" of the right to work to overcome free dismissal in Ecuador. An approximation was made to the right to work highlighting the importance it has at the global level and the commitment that every State must have to protect the worker, given his status as subordination in the employment relationship. A succinct course was made of the right to work, mainly in its connection with the stability of labor in the constitutional becoming of Ecuador and the consideration given to it by the Ecuadorian State from the validity of the current Constitution. It was based on supranational criteria, given the recognition of the figures of block of constitutionality and conventionality that exists in Ecuador, that a regulated dismissal favors claiming a right to decent work. It is concluded that Ecuador, under the current constitutional regime, a regulated redundancy regime could be introduced, which means a genuine guarantee of the employment stability to which the State should advocate.

Key words: Right to work - Job stability - Dismissal

Summary: 1. Introduction. 2. The right to work and job stability in Ecuador. 3. Foundation for a reformulation of free dismissal in Ecuador. 4. Conclusions.

1. Introducción

El trabajo es un derecho que por largo tiempo estuvo relegado de dicho atributo¹, en la actualidad prácticamente es indiscutible que constituye un verdadero derecho que se ha extendido por distintos cuerpos normativos constitucionales a nivel global², así como en instrumentos internacionales de derecho³, siendo hoy la base sobre la que se cimienta gran parte de la efectividad de la regulación en el ámbito laboral. Sanguinetti ha referido: “la garantía de este derecho guarda una estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía”⁴. El trabajo implica la subordinación personal del sujeto trabajador, que se coloca en el dominio y poder de dirección del empleador, a cambio de un salario; entonces, este desequilibrio jurídico, trata de ser compensado a través de la constitución de derechos que limiten la potestad del empleador frente al trabajador.

En tal sentido, el derecho al trabajo posee dos facetas a fin de enfrentar el referido desequilibrio jurídico en la relación empleador-trabajador, una de contenido público y otra de contenido privado.

La de contenido público implica obligaciones para los Estados en relación a implementar políticas públicas que permitan el acceso a un empleo de sus ciudadanos. En virtud de ello, América Latina y el Caribe deben rescatar los pronunciamientos de la Organización de Naciones Unidas

¹ Tiene su aparición el trabajo como derecho en: Constitución Soviética de 1917, Constitución de Querétaro de 1917, Constitución de Weimar de 1919.

² Entre las normas constitucionales que refieren al derecho al trabajo se encuentran: Argentina (art. 14), Bolivia (art. 46 y 48), Brasil (art. 6), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Chile (art. 19), Cuba (art. 31), Ecuador (art. 33), El Salvador (art. 37 y 38), Guatemala (art. 101), Haití (art. 35), Honduras (arts. 127 y 129), México (art. 123), Nicaragua (arts. 57 y 80), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), Perú (art. 2), República Dominicana (art. 62), Surinam (art. 4), Uruguay (art. 36), y Venezuela (art. 87).

³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6 y 7), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), Carta Social Europea (art. 1), Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 15).

⁴ Wilfredo Sanguinetti, “El derecho al trabajo y la protección frente al despido en el Derecho Internacional”, *El blog de Wilfredo Sanguinetti*, 2009. Disponible: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2009/10/03/el-derecho-al-trabajo-y-la-proteccion-frente-al-despido-en-el-derecho-internacional-algunos-materiales/> [consultado el 12 de julio de 2019].

(ONU) en septiembre de 2015 donde los 193 estados miembros se comprometieron a promover la Agenda 2030, que como expresa Alicia Bárcena en su prólogo “esta es una agenda civilizatoria que pone la dignidad y la igualdad de las personas en el centro (...) una herramienta para la creación de sociedades inclusivas y justas”⁵. En este contexto se incluye dentro de la referida agenda el octavo Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) que establece la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos⁶.

La faceta de contenido privado implica un enfoque hacia el derecho del trabajador de conservar el empleo, con la excepción de la existencia de una justa causa para la extinción del vínculo laboral⁷. Por lo expuesto, este contenido del derecho al trabajo entra en franca contradicción con el sistema de libre despido en el ámbito laboral, lo que supone a su vez una íntima relación entre el derecho al trabajo y la estabilidad laboral. La estabilidad laboral, entendido este concepto en dos vertientes: de causalidad en la contratación (estabilidad de entrada) y en la extinción del contrato de trabajo (estabilidad de salida)⁸.

2. El derecho al trabajo y la estabilidad laboral en el Ecuador

⁵ Organización de Naciones Unidas, “Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) Una oportunidad para América Latina y el Caribe”, Naciones Unidas, Santiago, 2016, 5. Disponible: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/10/S1700334_es.pdf [consultado el 20 de junio de 2019].

⁶ *Ibidem.*, 23 y 24.

⁷ *Vid.* Alfredo Villavicencio Ríos, “El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado”, *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 71, 2013: 316.

⁸ 1. Estabilidad de entrada: que consiste en la preferencia por los contratos de trabajo indefinidos sobre los temporales; y, 2. Estabilidad de salida: que consiste en la protección de los trabajadores frente a los despidos injustificados. *Cfr.* Alfredo Montoya Melgar, “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33: 62. Disponible: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numero_s/33/estudio3.pdf [consultado el 10 de julio de 2019]. Alfredo Villavicencio Ríos, *op. cit.*, 318 – 320.

En el Ecuador, en la Constitución del año 1929, se establece por primera vez la protección del derecho al trabajo⁹, una protección incipiente, que sin embargo, permitió junto con las luchas obreras¹⁰ la aparición del Código del Trabajo en 1938, vigente hasta la actualidad, con las respectivas reformas que se han ido adhiriendo con el transcurrir del tiempo. Estas normas jurídicas sentaron las bases para establecer la obligación del Estado en la protección de obreros y campesinos, regular el salario mínimo y la jornada máxima de labores, el establecimiento de seguros sociales, o sea, asegurar condiciones básicas de bienestar para el trabajador. En la Constitución de 1945 se hace por primera vez alusión a la prohibición del despido sin justa causa¹¹, utilizando como mecanismo de protección el

⁹ Artículo 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos: (...) 18. La protección del trabajo y su libertad.

A nadie se le puede exigir servicios no impuestos por la Ley. Los artesanos y jornaleros no serán obligados, en ningún caso, a trabajar sino en virtud de contrato.

El Estado protegerá, especialmente, al obrero y al campesino, y legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurado a todos un mínimo de bienestar, compatible con la dignidad humana.

La ley fijará la jornada máxima de trabajo y la formal determinar los salarios mínimos, en relación, especialmente, con el coste de las subsistencias y con las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. También fijará el descanso semanal obligatorio y establecerá seguros sociales.

La Ley reglamentará las condiciones de salubridad y seguridad que deben reunir los establecimientos industriales. Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.

El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento.

La Ley regulará, especialmente, todo lo relativo al trabajo de las mujeres y de los niños. Constitución de la República del Ecuador de 1929. Quito, 26 de marzo de 1929. Disponible: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf [consultado el 03 de julio de 2019].

¹⁰ Una mayor amplitud de las luchas obreras en esta época. Vid. Miguel Guzmán, "Breve historia del sindicalismo ecuatoriano", *Teoría y Acción Socialista*, núm. 6, diciembre 1968. Osvaldo Hurtado y Joachim Herudek, *La organización popular en el Ecuador* (Quito: INEDES, 1984). Isabel Robalino: *El sindicalismo en el Ecuador* (Quito: INEDES-INEFOS, 1976). Elías Muñoz Vicuña y Leonardo Vicuña Izquierdo, *Historia del movimiento obrero del Ecuador* (Guayaquil: Departamento de Publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Guayaquil, 1980). Patricio Ycaza, *Historia del movimiento obrero ecuatoriano*, volumen I y II (Quito: CEDIME, 1983 y 1991).

¹¹ Artículo 148.- El trabajo en sus diferentes formas es un deber social y goza de la especial protección de la ley. Ésta debe asegurar al trabajador las condiciones mínimas de una existencia digna.

El Estado utilizará los recursos que estén a su alcance, para proporcionar ocupación a quienes carezcan de ella.

La legislación del trabajo tendrá carácter orgánico y sistemático.

Las normas fundamentales que reglan el trabajo en el Ecuador son las siguientes: (...) m) Se prohíbe el despido sin justa causa. La violación de este precepto será sancionada con las indemnizaciones fijadas en la ley. La privación del huasipungo se considerará como despido intempestivo. Constitución de la República del Ecuador de 1945. Quito, 06 de marzo de 1945.

reconocimiento de una indemnización pecuniaria fijada por la ley¹². Posteriormente no se abordaría este tema, por el contrario, el Ecuador entraría en una etapa de flexibilización y precarización laboral a principios de los años noventa y se tornó crítica a finales de la referida década e inicios del presente siglo¹³.

En el año 2008 se da un freno a estas políticas de desregularización en el ámbito laboral y de un Estado mínimo con el Mandato Constituyente No. 8¹⁴ junto a la promulgación de una nueva Constitución. Se reconoce la centralidad del trabajo en la economía por sobre el capital, se incluye al trabajo dentro del catálogo de derechos del “Buen Vivir” o “*Sumak kausay*”, además, dentro de los principios del régimen de desarrollo, se establece la generación de trabajo digno y estable. Asimismo, se establece un Estado constitucional de derechos y justicia, que otorga un papel preponderante a

Disponible: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf [consultado el 03 de julio de 2019].

¹² En palabras de Marinoni se puede decir que esto constituye una tutela insatisfactoria que lleva a una simple monetarización o patrimonialización de los derechos. *Vid.* Luiz Marinoni [et al.], “Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, *Revista Ius Et Veritas*, 2009, 321. Disponible: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12185/127500> [consultado el 13 de enero de 2020].

¹³ Las políticas adoptadas tenían sus cimientos en las directrices del Consenso de Washington que aupaba la mercantilización del derecho al trabajo. *Cfr.* Rubí Martínez y Ernesto Soto-Reyes, “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”, *Política y cultura*, núm. 37, 2012, 46-64. Disponible: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422012000100003&script=sci_arttext&lng=en [consultado el 10 de diciembre de 2019]. En este sentido, en el Ecuador se expidieron varias normas jurídicas encaminadas a colocar al ser humano por debajo del capital en beneficio del lucro del empresario. *Vid.* Ley No. 90 o Ley de Régimen de Maquila, de contratación laboral a tiempo parcial y de reformas al Código del Trabajo, en Registro Oficial, Suplemento No. 493, Quito, 3 de agosto de 1990. Ley No. 133 o Ley Reformativa al Código del Trabajo, en Registro Oficial Suplemento No. 817, Quito, 21 de noviembre de 1991. Ley 04 o Ley para la transformación económica del Ecuador (Trole I), en Registro Oficial Suplemento No. 34, Quito, 13 de marzo del 2000. Reglamento para la contratación laboral por horas, en Registro Oficial Suplemento No. 305, Quito, 12 de abril del 2001, Decreto Ley 2000-1 o Ley para la promoción de la inversión y participación ciudadana (Trole II), en Registro Oficial Suplemento No. 144, Quito, 18 de agosto de 2000.

¹⁴ Con este Mandato se desterró las formas de precarización laboral, así como la contratación por horas, la tercerización laboral y la intermediación laboral, figuras que eran la coronación de la flexibilización laboral en el Ecuador. *Vid.* Mandato Constituyente 8, Eliminación y prohibición de tercerización, Registro Oficial Suplemento No. 30, 06 de mayo de 2008. Disponible: https://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/pdfs/lotaip2014/info-legal/Mandato_constituyente Eliminacion_tercerizacion.pdf [consultado el 10 de agosto de 2019].

los derechos, mismos que deben gozar de garantías efectivas para su respeto y protección.

Por lo tanto, el 2008 marcó un hito en el ámbito laboral ecuatoriano en materia de estabilidad laboral de entrada. La protección del Estado se encaminó a instaurar un régimen de estabilidad de entrada reivindicador de los derechos de los trabajadores a través de la implementación del contrato indefinido de trabajo en lo que respecta al trabajador sujeto al Código del Trabajo¹⁵. A su vez, la vigencia de la Constitución de 2008 en el Ecuador trajo consigo la implementación de un plan de trabajo denominado Plan Nacional de Desarrollo¹⁶, hasta la presente fecha han sido promulgados tres planes¹⁷, instrumentos que son fundamentales para entender las políticas de Estado en lo que respecta al tema del derecho al trabajo y la estabilidad laboral.

De manera general se puede señalar que en ninguno de estos planes han existido directrices que tiendan a replantearse el tema de la estabilidad laboral de salida, únicamente en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017 existe un viso encaminado en este sentido, al referir:

la permanencia de los trabajadores debe ser también vista como un activo para las empresas, ya que implica contar con trabajadores con experiencia, integrados al proceso productivo y con un alto compromiso

¹⁵ La realidad del funcionario público es distinta, se promovieron contratos ocasionales, nombramientos provisionales de larga duración, que soslayan la estabilidad que habían tenido años atrás. *Cfr.* Lino Valencia Zumba, “La problemática del derecho a la estabilidad y permanencia de los servidores públicos en el Ecuador” (tesis en opción al grado académico de master en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2015), 53-79. Disponible: <http://hdl.handle.net/10644/4501> [consultado el 10 de julio de 2019].

¹⁶ Es un instrumento que se encuentra definido en el Art. 280 de la Constitución de la República del Ecuador de la siguiente manera: “El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores”. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

¹⁷ Como antecedentes de estos planes se encuentra el “Plan de Gobierno del Movimiento País” de 2006, movimiento político que alcanzó la presidencia de la República del Ecuador el 25 de noviembre de 2006 y posteriormente, el “Plan Nacional de Desarrollo 2007 – 2010. Planificación para la Revolución Ciudadana”. A partir, del año 2009 se emite el “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009 – 2013”, esta vez con aval de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en 2008, consecuentemente se emite el “Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017” y el actual denominado “Plan Nacional de Desarrollo 2017 – 2021. Toda una Vida”.

laboral. Por lo tanto, la estabilidad laboral beneficia no solo al trabajador, sino también a la empresa y a su productividad¹⁸.

Sin embargo, lo constriñe posteriormente al hecho de que los trabajadores deben disponer de contratos permanentes, es decir, la protección se limita únicamente a una estabilidad de entrada como se había referido con anterioridad.

Actualmente para el Estado, las personas que disponen de empleo adecuado son aquellas que se encuentran ocupadas en condiciones dignas, cumplen simultáneamente con: estabilidad laboral, protección social, e ingresos laborales iguales o superiores al salario básico unificado¹⁹. En tal sentido, para el Estado ecuatoriano, la protección a la estabilidad laboral que rige actualmente en el sistema jurídico ecuatoriano sería apropiada, dado que la destaca como atributo del que gozan las personas que disponen de un empleo adecuado.

No obstante, si bien se ha fortalecido la estabilidad de entrada en el empleo del trabajador sujeto al Código de Trabajo, por otra parte, no se ha presentado tal consideración al tema de la estabilidad de salida, salvo los casos de las trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, los dirigentes sindicales en el cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en la Ley²⁰, y más recientemente, los casos de trabajadores con enfermedades catastróficas o de alta complejidad²¹. En todos los demás casos no se ha considerado la exigencia

¹⁸ Consejo Nacional de Planificación, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017* (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, 2013): 341.

¹⁹ *Vid.* Consejo Nacional de Planificación, *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida* (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, 2017): 50.

²⁰ Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- (Agregado por el Art. 35 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015).- 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. *Vid.* Código del Trabajo, Registro Oficial Suplemento 167, de 16 de diciembre de 2005. Última modificación: 06 de abril de 2018.

²¹ La Corte Constitucional del Ecuador reconoce una estabilidad laboral reforzada para este segmento de la población, que implica el derecho a ser reintegrado a su puesto de trabajo por despidos intempestivos relacionados a su condición. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, 080-13-SEP-CC, CASO No. 0445-11-EP, 09 de octubre de 2013; Sentencia, 016-16-

de justa causa para el despido y su posterior control judicial por parte de la justicia, contenidos que deben ser parte del derecho al trabajo dado que constituyen garantías mínimas e inderogables en un sistema democrático²² y sobre todo, en un Estado constitucional de derechos y justicia.

Por ello, el autor considera que se debe garantizar como principio, la justa causa en el despido y su respectivo control judicial por el hecho de devenir del contenido esencial del derecho al trabajo, y no aceptar el curso de la figura del despido libre como ocurre en la generalidad de los casos, situación que data desde el surgimiento del derecho laboral en el Ecuador, que mantiene como “garantía” de la estabilidad laboral de salida una indemnización pecuniaria²³, donde además, recae la carga de la prueba del despido sobre el trabajador.

3. Fundamento para una reformulación del despido libre en el Ecuador

Se hace necesario abordar el tema del trabajo decente, concepto social delineado en la 87 Conferencia Internacional de la OIT²⁴ que aparece en una situación de crisis del constitucionalismo social, propugnando integrar

SEP-CC, CASO No. 2014-12-EP, 13 de enero de 2016; Sentencia, 375-17-SEP-CC, CASO No. 0526-13-EP, 22 de noviembre de 2017.

²² Vid. José Goñi Sein, “El régimen causal de los despidos económicos y del ‘despido exprés’ tras la Ley 35/2010”, de reforma laboral, *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011: 521 y ss.

²³ 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 veinte y cinco meses de remuneración.

La fracción de un año se considerará como año completo.

(...) 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. Vid. Código del Trabajo, *op. cit.*

²⁴ Vid. Organización Internacional del Trabajo, “Trabajo decente” (conferencia 87va. de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra 23 de abril de 1999). Memoria disponible: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> [consultado el 03 de enero de 2020].

aspectos relativos a los derechos, el empleo, la protección y el diálogo en un todo integrado. Es así que el punto de partida para la realización de un trabajo decente se encuentra en la creación de empleos, esto: “subyace en manos de las políticas públicas de empleo de los gobiernos como primer eslabón y en segundo orden, en la garantía de una estabilidad para poder dar cometido al resto de las cuestiones que garantizan la decencia del trabajo contra la precariedad a la que se ven sometidos los trabajadores en el siglo XXI”²⁵.

Siendo fundamental para ello un rol tuitivo del Estado, garantizar que los empleos que se creen sean en respeto a los derechos laborales y además procuren una efectiva garantía de estabilidad. De esta manera, el trabajo decente se alinea con el de dignidad del trabajador que propugna el texto constitucional ecuatoriano para convocar a una concepción del derecho al trabajo reivindicador de la dignidad del trabajador que haga frente a los fenómenos de precarización laboral, flexibilización y demás posturas neoliberales, que pretenden la creación de empleo a cualquier costo²⁶, inclusive en detrimento de los derechos de los trabajadores.

Por consiguiente a más de dotar de empleo adecuado, el trabajo decente implica “seguridad en el trabajo, que forma parte de la calidad en el empleo (...), exige también cierta continuidad o estabilidad de la relación de trabajo”²⁷. Por ello, para hablar de estabilidad en el empleo es necesario que se establezca una justa causa en el despido, situación que como se señaló no acontece en el Ecuador.

²⁵ Reynaldo Lam Peña, “Trabajo decente, género y políticas públicas”, *Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, vol. 1, enero-junio 2019: 84. Disponible: https://issuu.com/quillermocabanellas/docs/ridtss._primer_semestre_de_2019._aidtss [consultado el 05 de enero de 2020].

²⁶ En este sentido Daniel Toscani nos recuerda la existencia de la “nueva clase de trabajadores. ‘The working poor’ trabajadores pobres precarios, que no pueden vivir dignamente, ni pasar el mes con su salario. Que deben buscar otros trabajos, extras para sobrevivir”. *Vid.* Daniel Toscani Giménez (@ToscaniDaniel), “La reforma laboral de 2012 creó trabajo. Sí. Pero a cambio de crear una nueva clase de trabajadores...”. Twitter, 15 de febrero de 2020, 09:18, <https://twitter.com/toscanidaniel/status/1228684942638559234?s=21>

²⁷ Oscar Ermida Uriarte, “Trabajo decente y formación profesional”, *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, núm. 151, 2001: 13. Disponible: https://www.oei.es/historico/etp/trabajo_decente_formacion_profesional_ermida.pdf. [consultado el 12 de enero de 2020].

En el derecho comparado se puede destacar que los países que aplican el despido con justa causa²⁸ corresponden esencialmente a aquellos que han ratificado el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la terminación de la relación de trabajo, destacándose lo establecido en su artículo 4: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

Y específicamente, en el caso de despido injustificado refiere su artículo 10 que se debe anular y consecuentemente “ordenar o proponer la readmisión del trabajador”. En este sentido, se conmina a establecer un régimen jurídico en el que se limite el poder del empleador, para ello se debe contratar en función de la causalidad del trabajo y erradicar el despido arbitrario, de esta manera se garantiza una verdadera protección al trabajador. Este autor considera que se humaniza la relación del trabajo al permitir que se reconozcan contratos en función de la causa por la que es requerido y en la posibilidad de entrar a discutir sobre la situación de su despido ante el Poder Judicial frente a eventuales despidos injustificados, a fin de que no se reduzca la “protección” del trabajador a meras indemnizaciones pecuniarias.

El Ecuador es uno de los Estados que no ha ratificado el Convenio 158 de la OIT, no ha existido tal interés, ni tan siquiera un debate al respecto²⁹, por lo que entonces cabe señalar: el Ecuador en el que la Norma

²⁸ Tenemos a Australia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Portugal, Serbia, Suecia, Turquía, Ucrania, Venezuela, etc. *Vid.* Organización Internacional del Trabajo, *Ratificación del C158 – Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1982. Disponible: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303 [consultado el 05 de julio de 2019].

²⁹ En Uruguay –al menos- ha existido interés por parte de la Cámara de Representantes del Parlamento uruguayo que ha remitido al Poder Ejecutivo una minuta de comunicación, a fin de solicitar que se ratifique el Convenio 158 de la OIT. *Vid.* Cámara de Representantes, “Se pide al Ejecutivo iniciativa para ratificar convenio 158 de la OIT”, Uruguay, 13 de abril de 2016. Disponible: <https://parlamento.gub.uy/noticiasyevenos/noticias/node/83317> [consultado el 03 de julio de 2019]. Para acceder a la referida minuta de comunicación. *Vid.* Cámara de Representantes, “Convenio No. 158 de la Organización Internacional del Trabajo OIT”, Uruguay, Carpeta No. 896 de abril de 2016. Disponible: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/D2016040420-003632985.pdf>. [consultada el 03 de julio de 2019].

Suprema indica ser un Estado constitucional de derechos y justicia, que reconoce el pluralismo jurídico, en el que el centro del quehacer jurídico es el ser humano y se establece al trabajo como derecho fundamental, comprometiéndose el Estado a garantizar un pleno respeto a la dignidad del trabajador, ¿es razonable sostener un régimen de libre despido? al tenor de esta interrogante el autor plantea que es necesario reformular la concepción que existe del derecho al trabajo en el Ecuador, a fin de proponer un régimen de estabilidad de salida en la relación laboral, que sea reivindicador de aquella dignidad del trabajador que establece la propia Constitución del Ecuador, y de esta manera, permita que la terminación de la sindicada relación laboral sea justa, razonable, proporcionada, que respete el debido proceso y la garantía a la tutela efectiva de la justicia, es decir, corresponde imponer verdaderos límites al poder absoluto del libre despido del que hoy dispone el empleador en el Ecuador.

Para defender la tesis de que es posible establecer actualmente un despido regulado en el Ecuador hay que remitirse a las figuras del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad³⁰ que forman parte del quehacer jurídico ecuatoriano. Es necesario hacer énfasis en esta última figura jurídica que tiene como finalidad ajustar el orden interno a los desarrollos del derecho internacional respecto de los derechos humanos, en busca de una mayor protección del ser humano, así como a materializar y preservar su dignidad; es así que los jueces, autoridades y todas las personas tienen que observar estos criterios supranacionales, para que desde un pluralismo jurídico se favorezca a la norma que en mejor y mayor medida proteja al ser humano.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) que ha sido ratificado por el Ecuador, en su artículo 7.d establece la estabilidad en el empleo, por lo que, en caso de

³⁰ Para un estudio tanto del bloque de constitucionalidad y convencionalidad. *Vid.* David Murillo Cruz, "La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Público*, núm. 36, enero – junio 2016. Disponible: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.08> [consultado el 05 de noviembre de 2019].

despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prevista por la legislación nacional. Además, como se había señalado, el Convenio 158 de la OIT -en sus artículos 4 y 10-, que si bien el Ecuador no lo ha ratificado, del mismo también se desprende la recomendación No. 166 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, que a criterio del autor propende al reconocimiento de la dignidad de la persona en su condición de trabajador; por ende, estos instrumentos deben ser objeto de consideración³¹ para una reformulación de la estabilidad de salida como componente del derecho al trabajo en el Ecuador.

Estos instrumentos internacionales deben conllevar a repensar en el Ecuador el contenido esencial del derecho fundamental al trabajo, siendo necesario alcanzar un régimen jurídico que garantice una estabilidad laboral de salida coherente con el respeto a la dignidad de la persona, porque una estabilidad relativa impropia, no es otra cosa que la no-estabilidad o el no-derecho al trabajo³². El Ecuador no debe regirse por garantías mínimas y

³¹ En el Ecuador, ha existido reconocimiento e implementación de instrumentos internacionales que son de mayor favorabilidad de la persona. La Corte Constitucional a través de la sentencia No. 11-18-CN/19, Caso 11-18-CN, de 12 de junio de 2019, ha dado reconocimiento e importancia a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sin ser vinculantes (únicamente para el Estado que ha realizado la consulta), en el aludido caso se reconoce la Opinión Consultiva OC 24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", que da respuesta a Costa Rica. Acogido este instrumento internacional, la Corte Constitucional procede a reconocer el matrimonio de personas del mismo sexo; en contraposición a lo establecido en el ordenamiento jurídico interno; es decir, la Corte en sus argumentos refiere que es su obligación adecuar el sistema jurídico interno de manera coherente con los derechos que más favorece al ser humano. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia, 11-18-CN/19, Caso 11-18-CN, de 12 de junio de 2019. En este sentido, considero que el Convenio 158 de la OIT y su recomendación No. 166, constituyen instrumentos que propende a una mayor protección de la persona, en su legítimo derecho al trabajo y que debería ser articulado para garantizar una verdadera estabilidad laboral en el Ecuador.

³² *Vid.* Hugo Barreto Ghione, "Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento", XXII Jornadas uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Prof. Oscar Ermida Uriarte, FCU, Montevideo, 2011, p. 107. Tomado de Federico Rosembaum Carli, "El derecho al trabajo: análisis del contrato único en España y la aplicación de sus premisas en Uruguay" (tesis en opción al grado de Master Universitario en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, 2017), 28. Disponible: https://www.academia.edu/38311492/EI_DERECHO_AL_TRABAJO_ANALISIS_DEL_CONTRATO_UNICO_EN_ESPAÑA_Y_LA_APLICACIÓN_DE_SUS_PREMISAS_EN_URUGUAY [consultado el 08 de octubre de 2019].

sostener una “protección” del trabajador a través de una indemnización, que perpetúa la figura del despido libre.

Es decir, la estabilidad laboral de salida, que se encuentra en el periodo final de la relación laboral, debería implicar la permanencia del vínculo laboral salvo que exista una causa justa que permita terminarlo, para ello debe existir una regulación adecuada que haga frente al despido arbitrario o injustificado. De esta manera, la potestad del empleador para dar por terminada la relación laboral debería estar limitada, considerándose un poder excepcional, en virtud de salvaguardar, de respetar y de garantizar el derecho al trabajo.

Cuando la única garantía que establece el ordenamiento jurídico se reduce a una indemnización pecuniaria frente al despido arbitrario, injustificado o intempestivo y no permite discutir la causa del despido, en el que exista la posibilidad de una reposición al trabajador injustamente despedido, esto atenta de manera directa contra el derecho al trabajo, porque el ejercicio de este derecho es fuente de realización personal, que permite la satisfacción de las necesidades básicas para la subsistencia del trabajador y su familia. Y además, de conformidad con las referidas normas internacionales, Pacto de San Salvador, como instrumento integrante del bloque de constitucionalidad y el Convenio 158 y recomendación No. 166 de la OIT, que a criterio del autor podría ser objeto de control de convencionalidad³³, se debe exigir una justa causa en el despido del trabajador y una protección encaminada a la reposición del trabajador a su puesto de trabajo de ser el caso.

4. Conclusiones

³³ El contenido convencional que existe respecto de la estabilidad como principio que deviene del derecho al trabajo ofrece un estándar de protección más elevado que la que garantiza la norma interna (indemnización pecuniaria como garantía de estabilidad), por ende, debe prevalecer frente a la misma. *Cfr.* Albert Forcadell y Christian Navarro, “Compatibilidad del Control de Convencionalidad con la superación del Control de Constitucionalidad”, *IUSLaboral Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, núm. 1, 2020: 147-152. Disponible: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/367278> [consultado el 30 de abril de 2020].

En el Ecuador, desde el reconocimiento del trabajo como derecho, no se ha dado realce al principio de estabilidad laboral, abocado a una justa causa en el despido, situación que se mantiene a pesar de la reivindicación de los derechos, que se alcanzó con la promulgación de la Constitución vigente, por lo que pervive la figura jurídica que la doctrina iuslaboralista denomina estabilidad relativa impropia. En este sentido es necesario reconfigurar el contenido esencial del derecho fundamental al trabajo en el que se considere la cláusula de justa causa en el despido, a fin de mejorar el régimen jurídico laboral en su vertiente de la estabilidad laboral de salida.

En esta tarea se considera necesario escudriñar elementos que sustenten el derecho al trabajo en el Ecuador, un elemento importante que debe ser objeto de estudio está en la concepción del trabajo decente. De este concepto podrían desprenderse elementos doctrinarios importantes para devolverle al trabajo sus contenidos de respeto a la dignidad, seguridad y humanidad, esta tarea sería un derrotero pendiente e importante para los investigadores de la ciencia jurídica en el Ecuador.

Para alcanzar una defensa efectiva del derecho al trabajo es indispensable proveer primero de empleo adecuado, para ello es fundamental las políticas públicas encaminadas en este sentido junto a asegurar salarios dignos y protección social adecuada. A su vez, este empleo debe ser de respeto a la causalidad del trabajo, a fin de garantizar una verdadera estabilidad de entrada, situación que ha sido la que más se ha fortalecido en el Ecuador hasta la actualidad. Además, garantizar una estabilidad laboral de salida, que no se reduzca a indemnizaciones pecuniarias, dado que se aparta del verdadero sentido del derecho al trabajo, como se refirió anteriormente el trabajo decente exige la existencia de estabilidad en el empleo.

Estos elementos que se han referido de manera sucinta, bloque de constitucionalidad, y sobre todo control de convencionalidad, a partir de una concepción del derecho al trabajo que reivindique la dignidad de la persona, que se nutra del trabajo decente como principio, constituyen fundamentos para establecer un régimen de estabilidad de salida que conlleve a un

régimen de despido regulado, en contra partida del despido intempestivo – despido libre- establecido en el Código del Trabajo vigente, que únicamente reduce la “protección” del trabajador a una indemnización pecuniaria. La Corte Constitucional del Ecuador ya ha recurrido a los instrumentos de derecho internacional para fundar sus sentencias como se había indicado, aplicándolas en detrimento de las normas internas, esto denota la trascendencia y la importancia de este órgano dentro del Estado ecuatoriano en pos de constituir ese “Estado constitucional de derechos y justicia” que establece la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 1, ¿llegará el tiempo del derecho al trabajo para reformular el régimen de estabilidad de salida en el Ecuador?

Bibliografía

- CONSEJO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN (2013). Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES).
- CONSEJO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN (2017). Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES).
- ERMIDA URIARTE, O. (2001). Trabajo decente y formación profesional. Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional, N° 151.
- GOÑI SEIN, J. (2011). El régimen causal de los despidos económicos y del 'despido exprés' tras la Ley 35/2010, de reforma laboral. Revista crítica de teoría y práctica, N° 2.
- VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 71.

Recursos electrónicos

- CÁMARA DE REPRESENTANTES (2016). "Convenio No. 158 de la Organización Internacional del Trabajo OIT", Uruguay, Carpeta No. 896 de abril de 2016. Disponible: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/D2016040420-003632985.pdf>.
- CÁMARA DE REPRESENTANTES (2019). "Se pide al Ejecutivo iniciativa para ratificar convenio 158 de la OIT", Uruguay, 13 de abril de 2016. Disponible: <https://parlamento.gub.uy/noticiasyeventos/noticias/node/83317>.
- FORCADELL, A. y NAVARRO, C. (2020). Compatibilidad del Control de Convencionalidad con la superación del Control de Constitucionalidad. IUSLaboral Revista d'anàlisi de Dret del Treball, N° 1. Disponible: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/367278>.

- LAM PEÑA, R. (2019). Trabajo decente, género y políticas públicas. Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 1, vol. 1. Disponible: https://issuu.com/guillermocabanellas/docs/ridtss_primer_semestre_de_2019_aidtss.
- MARINONI, L. [et al.]. (2009). Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Revista Ius Et Veritas: 318-329. Disponible: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12185/12750>.
- MARTÍNEZ, R. y SOTO-REYES, E. (2012). El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. Política y cultura, N° 37. Disponible: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422012000100003&script=sci_arttext&lng=en.
- MONTOYA MELGAR, A. (2001). La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 33. Disponible: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/33/estudio3.pdf.
- MURILLO CRUZ, D. (2016). La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Revista de Derecho Público, N° 36. Disponible: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.08>.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2016). “Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) Una oportunidad para América Latina y el Caribe”, Naciones Unidas, Santiago, 5. Disponible: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/10/S1700334_es.pdf.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1999). “Trabajo decente”, Memoria del Director General 87va. reunión de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1982). “Ratificación del C158 – Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo”. Disponible: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303.

SANGUINETI, W. (2009). El derecho al trabajo y la protección frente al despido en el Derecho Internacional. El Blog de Wilfredo Sanguinetti. Disponible: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2009/10/03/el-derecho-al-trabajo-y-la-proteccion-frente-al-despido-en-el-derecho-internacional-algunos-materiales/>.

ROSENBAUM CARLI, F. (2017). El derecho al trabajo: análisis del contrato único en España y la aplicación de sus premisas en Uruguay. Tesis en opción al grado de Master Universitario en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca. Disponible: https://www.academia.edu/38311492/EI_DERECHO_AL_TRABAJO_ANALISIS_DEL_CONTRATO_ÚNICO_EN_ESPAÑA_Y_LA_APLICACIÓN_DE_SUS_PREMISAS_EN_URUGUAY.

VALENCIA ZUMBA, L. (2015). La problemática del derecho a la estabilidad y permanencia de los servidores públicos en el Ecuador. Tesis en opción al grado académico de master en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Disponible: <http://hdl.handle.net/10644/4501>.

www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com

