



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO DE UN
TRABAJADOR QUE TIENE A SU CARGO UNA PERSONA CON
DISCAPACIDAD**

ARTÍCULO CIENTÍFICO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTORA: DORIS JANNETH QUEZADA ERRÁEZ

DIRECTOR: DR. WASHINGTON ANDRÉS SÁNCHEZ URGILES MGS.

CUENCA - ECUADOR

2021

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES CARRERA DE DERECHO

TEMA

**ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO DE UN
TRABAJADOR QUE TIENE A SU CARGO UNA PERSONA CON
DISCAPACIDAD**

ARTÍCULO CIENTÍFICO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTORA: DORIS JANNETH QUEZADA ERRÁEZ

DIRECTOR: DR. WASHINGTON ANDRÉS SÁNCHEZ URGILES MGS.

CUENCA - ECUADOR

2021

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO

Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

Doris Janneth Quezada Erráez portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0106525629**. Declaro ser el autor de la obra: **“Análisis de la vulneración del derecho a la indemnización por despido injustificado de un trabajador que tiene a su cargo una persona con discapacidad”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **06 de octubre de 2021**

DORIS JANNETH
QUEZADA
ERRAEZ

F:

Doris Janneth Quezada Erráez

C.I. 0106525629

Declaratoria de Autoría y Responsabilidad.....	I
Índice.....	II
Título en español y en inglés.....	IV
Resumen.....	1
Palabras Claves.	1
Abstract.....	2
Keywords.....	2
Introducción.....	3
Metodología.....	5
Normativa Jurídica Nacional e Internacional en Relación a los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	6
Modelo de prescindencia.....	7
Modelo rehabilitador o médico.....	8
Modelo social.....	8
Convenios Internacionales sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.....	10
Ordenamiento Jurídico Nacional en Relación a los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	12
Origen de la Indemnización y la Órbita Legal de Protección de las Personas que Tengan a su Cargo una Persona con Discapacidad.....	19
La Constitución de la República del Ecuador del año de 1830.....	21
Constitución de la República del Ecuador del año de 1929.....	21
El Código de Trabajo de 1938.....	22
El Código de Trabajo de 1981.....	22
El Código de Trabajo de 2005.....	23
Acuerdo Ministerial N°180, 2018.....	27
La Calificación y Certificación de Discapacidad como Trabajador Sustituto es Necesaria para ser Beneficiario de la Indemnización del Inciso Segundo del Artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.....	31
Caso Nro. 689-19-EP/20 Corte Constitucional.....	34

Caso Nro. 0137-2017- 00062 de la Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca.....	35
Conclusiones	39
Recomendaciones.....	40
Bibliografía	41
Anexos	44

**ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO DE UN TRABAJADOR
QUE TIENE A SU CARGO UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD**

**ANALYSIS OF THE VIOLATION OF THE RIGHT TO COMPENSATION
FOR WRONGFUL DISMISSAL OF A WORKER RESPONSIBLE FOR A
PERSON WITH DISABILITIES**

Resumen

En la presente investigación se analiza el derecho a la indemnización especial, por despido injustificado del trabajador que tiene a su cargo a una persona con discapacidad, establecido en el artículo 51 de La Ley Orgánica de Discapacidades, bajo este antecedente cabe mencionar que, si se decide ejecutar un despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho meses de la mejor remuneración, más la indemnización legal correspondiente. Para que este precepto se convierta en una realidad la persona despedida de manera injustificada debe cumplir ciertos requisitos, uno indispensable como es el carnet de discapacidad emitido por el MSP y otro irrelevante que es la calificación y certificación de trabajador sustituto, la falta de este segundo requisito no le hace merecedor a la remuneración especial antes mencionada, con el desarrollo de esta investigación se demostrará que este requisito puede ser suplido únicamente por el carnet de discapacidad de la persona que tiene a su cargo el trabajador.

Palabras Claves: Trabajador sustituto, calificación, Ley Orgánica de Discapacidad, indemnización, despido injustificado.

Abstract

This research analyzes the right to special compensation for wrongful dismissal of the worker responsible for a person with disabilities, established in Article 51 of the Organic Law on Disabilities. Under this background, it is worth mentioning that if it is decided to execute a wrongful dismissal of a person with disabilities or the person responsible for the care of the person with disabilities, he/she must be compensated with a value equivalent to eighteen months of their best remuneration, plus the corresponding legal indemnity. So that this precept becomes a reality, the person wrongfully dismissed must comply with certain requirements, one of which is indispensable, such as the disability card issued by the MSP, and another irrelevant one, which is the qualification and certification of substitute worker. The lack of this second requirement does not make him/her worthy of the special remuneration mentioned above, with the development of this research it will be demonstrated that this requirement can be supplied only by the disability card of the person in charge of the worker.

Keywords: Substitute worker, qualification, organic law on disability, compensation, wrongful dismissal

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador reconoce el Derecho al Trabajo como un derecho y un deber social, además establece que es una fuente de realización personal y base de la economía. Y que el Estado es el llamado a garantizar de manera prioritaria a las personas trabajadoras entre ellas las que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria, con el pleno respeto a su dignidad y la garantía de llevar una vida decorosa, además de percibir remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Bajo este preámbulo es menester hacer alusión al reconocimiento de los grupos de atención prioritaria que se encuentran en la carta magna, este apartado debe ser tomado como base fundamental para adoptar medidas que vayan en favor de las personas con discapacidad, que a lo largo de la historia ha sido un grupo sin la protección estatal adecuada.

Entre una de las medidas en favor de las personas con discapacidad, deficiencia o condición incapacitante se encuentra la garantía de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, además de la indemnización legal correspondiente.

Para acceder a los derechos y beneficios que confiere La Ley Orgánica de Discapacidades, es necesario que la persona cumpla con una serie de requisitos impuestos por esta Ley, ya sea como discapacitada en condición incapacitante o como la persona bajo cuya responsabilidad y cuidado esté la persona discapacitada, por la autoridad sanitaria competente del Sistema Nacional de Salud. Acorde a lo que disponen los artículos 9, 10, 11 y 12 de esta Ley; y a su vez sea registrada conforme a la norma para la calificación de sustitutos de personas con discapacidad.

En el caso de los trabajadores que tienen a su cargo una persona con discapacidad para obtener dicha categorización, deben realizar ciertas formalidades innecesarias,

como la calificación y certificación. Esta condición de sustituto se puede probar mediante otros medios idóneos como el carnet de discapacidad, es decir el padre o madre que sustituye a su hijo/a con discapacidad o de la persona que tenga a su cargo la manutención de una persona con discapacidad, siempre que cumplan con el porcentaje de discapacidad requerido para cada caso.

Esta consideración tiene fundamento en la Constitución de República que manifiesta “que no se sacrificara la Justicia por la mera omisión de solemnidades”, esto se conecta con el hecho que, el Juzgador debe hacer un balance pues, al no realizar un trámite innecesario, como la calificación y certificación como trabajador sustituto, conlleva a la vulneración del derecho a la indemnización especial, por esa razón es necesario establecer el medio probatorio para comprobar que una persona es un trabajador sustituto, y no debe recaer únicamente en la calificación y certificación, ya que este hecho puede ser probado como la que se ejemplifico en líneas anteriores.

Metodología

La presente investigación se basa en un enfoque cualitativo, ya que se observarán los aspectos relevantes del problema planteado, sus condiciones y circunstancias que lo convierten en tal, se obtendrá la información necesaria con el análisis profundo de la indemnización especial de la que son beneficiarios los trabajadores sustitutos en caso de despido intempestivo que establece la Ley Orgánica de Discapacidades. Para que este precepto se convierta en una realidad la persona que se encuentre a cargo de una persona con discapacidad, debe ser calificada y certificada por la Ley, que a criterio personal este hecho es una mera formalidad, que en ocasiones sacrifica a la justicia causando un menoscabo a los derechos de los trabajadores que no hay obtenido dicha calificación y certificación.

El enfoque de esta investigación será de alcance descriptivo y exploratorio. Entendiendo al primero como: “La comprensión de información detallada respecto a un fenómeno o problema para describir sus dimensiones (variables) con precisión” (Chiluisa, 2019). Y al estudio exploratorio como: Aquella información general respecto a un fenómeno o problema poco conocido, incluyendo la identificación de posibles variables a estudiar en un futuro. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, et al., 2010).

El alcance exploratorio se realiza en base a la recopilación de información, mediante el análisis documental de la normativa, doctrina, y elementos informativos tipo noticias, que tienen relación con el tema expuesto. Con la información obtenida se utilizará el alcance descriptivo ya que una vez que se haya obtenido la información necesaria, se evidenciara que existe una vulneración a los Derechos Constitucionales, por la aplicación de dicho Acuerdo Ministerial, que afectan principalmente a los trabajadores que tienen a su cargo una persona con discapacidad.

Normativa Jurídica Nacional e Internacional en Relación a los Derechos de las Personas con Discapacidad

La normativa nacional e internacional establece que se prohíbe la discriminación a las personas con discapacidad, es decir se inhibe a cualquier persona a realizar distinciones, restricciones, o exclusiones por motivos de discapacidad. En base a este precedente cabe mencionar que cada Estado asegura su compromiso de protección para el ejercicio pleno de los derechos humanos de estas personas, asegurándose que puedan desarrollarse en ámbitos libres de discriminación.

Los derechos humanos son universales, políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, pertenecen a todos los seres humanos, incluyendo a las personas con distintas discapacidades. Las personas discapacitadas deben gozar de sus derechos humanos u libertades fundamentales en términos iguales con otros en la sociedad, sin discriminación de ningún tipo. (Movimiento de los Pueblos para la Educación de los Derechos Humanos, 2018, p.22)

En este contexto es importante reflexionar sobre la apreciación social que se ha considerado en torno a las personas con discapacidades en el transcurso de la historia, ya que esta reflexión nos llevara a comprender la lucha y el esfuerzo que realiza este grupo de personas para alcanzar el reconocimiento de sus Derechos, a través de Normas que protejan de manera eficaz su integridad. La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el impacto en el Ordenamiento Jurídico Español sobre la consideración en torno a las personas con discapacidad en el transcurso de la historia establece que la historia sobre los Derechos Humanos en el siglo XX puede ser definida como el primer proceso en favor de la no discriminación a las personas con discapacidad.

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con

las demás. (Preámbulo, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, s.f, p. 2)

A raíz de esta convención el 13 de diciembre de 2006 se dio un acontecimiento sumamente importante ya que fue aprobada la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, convirtiéndose esta en un punto de inflexión en lo relacionado al tratamiento de la discapacidad, el punto que destaca en este Instrumento es el establecer el reconocimiento de la discapacidad como un tema fundamental para los Derechos Humanos, bajo este argumento esta Convención acoge tres modelos históricos referentes a la discapacidad como son: el modelo de prescindencia, modelo rehabilitador o médico, y el modelo social.

Modelo de prescindencia

El modelo de prescindencia, establecía que el origen de la discapacidad fue por causas religiosas, en base a esta teoría las personas con discapacidad eran consideradas como una carga para el Estado y la sociedad pues por su discapacidad no podían contribuir en nada a la misma. Se aparejaba el tema de la discapacidad con la religión puesto que se decía que las causas de la misma eran el resultado de un pecado cometido por los progenitores de un niño o niña con discapacidad. En relación de porque se denominó como modelo de prescindencia es que el Estado en ese momento establecía que las personas con discapacidad no eran merecedoras de vivir, ya que eran consideradas como una carga para sus familias y por ello era necesario prescindir de sus vidas.

El modelo de prescindencia considera que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas. Las personas con discapacidad son consideradas innecesarias por diferentes razones: se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que -por lo desgraciadas-, sus vidas no merecen la pena ser vividas. Como consecuencia de estas premisas, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea marginándolas o tratándolas como objeto de caridad. (Toboso, 2019, p. 37)

Modelo rehabilitador o médico

Este segundo modelo denominado como rehabilitador, se fundamenta en que las causas para la existencia de la discapacidad no eran religiosas si no, eran por causas científicas o médicas. En este modelo ya no se hace referencia a la discapacidad por el cometimiento de un pecado, pues están relacionadas con el estado de salud de una persona. En el modelo rehabilitador se alude que la persona con discapacidad es útil a la sociedad en medida que con ayuda médica pueda ser “normalizada”, es decir pueda recibir un tratamiento médico para su recuperación. Bajo esta concepción las personas que padecían una discapacidad se consideraban como un objeto médico.

El segundo modelo es el médico o rehabilitador. Para este modelo, las causas que originan la discapacidad son científicas (la discapacidad es producto de una limitación física, psíquica, mental o sensorial). Las personas con discapacidad dejan de ser consideradas inútiles o innecesarias como en el modelo anterior, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas. Por ello, el fin primordial que se persigue desde este modelo es normalizar a estas personas para integrarlas en la sociedad. La discapacidad es un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, accidente, o condición de su salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. (Toboso, 2019, p. 66)

El tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. De este modo, desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del Derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela. (Toboso, 2019, p. 66)

Modelo social

El modelo social es el tercer y último modelo, que nace por el rechazo de los dos modelos antes mencionados. En este modelo se fundamenta que la discapacidad tiene su origen en la sociedad, más no en cuestiones religiosas, médicas o científicas. El patrón social establece que la principal característica de la discapacidad radica en la limitación por parte de la sociedad para las personas con discapacidad. Puesto que se considera que estas personas pueden contribuir con la sociedad en iguales términos que

las personas que no padecen de discapacidad, teniendo como consideración primordial la premisa de que todas las personas son iguales ante la Ley y merecen llevar una vida digna.

El tercer modelo es el social. Uno de sus presupuestos fundamentales radica en que las causas que originan la discapacidad no son individuales – como se afirma desde el modelo rehabilitador – sino que son preponderantemente sociales. Ello es así desde que, según los defensores de este modelo, no son exclusivamente las limitaciones individuales las raíces del problema, sino – sobre todo – las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Para el modelo social, las soluciones no deben apuntar sólo individualmente a la persona, sino que más bien deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad. (Toboso, 2019, p. 103)

Bajo el argumento de estos tres modelos cabe mencionar que el modelo de prescindencia es la antítesis de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. En cambio el modelo rehabilitador o médico establece que la discapacidad hace referencia a las anomalías que sufren las personas con discapacidad, que pueden ser una anomalía sensorial o psíquica, mental, o física, en este modelo se considera que la presencia de las anomalías antes descritas, en una persona puede provocar una disminución en el disfrute de los derechos de las personas que la adolecen y en tal sentido, es deber del Estado implementar políticas públicas que conlleven a solucionar de manera eficaz esta disminución.

El tercer modelo se caracteriza por la contrariedad que existe con los dos modelos antes descritos, ya que el modelo social está ligado al debido respeto de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Pero establece también que existen ciertas limitaciones sociales que representan un problema para la persona con discapacidad, la disminución en la satisfacción de sus derechos, ya que es inherente establecer políticas públicas universales que conlleven al adecuado disfrute de los derechos de las personas con discapacidad.

Establecido de esta manera la concepción sobre los Derechos Humanos en los tres enfoques antes descritos, es importante analizar la normativa Internacional y Nacional.

Bajo este contexto es necesario establecer que las normas en las que se originan los derechos de las personas con discapacidad son: Los Acuerdos Internacionales seguido de las legislaciones de cada país. En este orden se realizará el análisis de los Acuerdos Internacionales seguido de la normativa Nacional.

Convenios Internacionales sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad

Los primeros Convenios en materia de Derechos Humanos de las personas con discapacidad tienen su origen en la Asamblea de las Naciones Unidas, en donde destacan las siguientes Declaraciones:

- Declaración de los Derechos del retraso Mental

Esta Declaración otorga a la persona con retraso mental, los mismos derechos que a las otras personas, es un compromiso entre los Estados miembros que han asumido la toma y ejecución de acciones o medidas ya sea de manera conjunta o separada para promover la dignidad de las personas que sufren de retraso mental, con este compromiso se reafirma lo consagrado en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Proclama que la persona humana con retraso mental, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos. Asimismo, este instrumento garantiza el derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes. (Asamblea General, 1971)

- Declaración de los Derechos del impedido

Teniendo presente la necesidad de prevenir la incapacidad física y mental y de ayudar a los impedidos a desarrollar sus aptitudes en las más diversas esferas de actividad, así como de fomentar en la medida de lo posible su incorporación a la vida social normal, Consciente de que, dado su actual nivel de desarrollo, algunos países no se hallan en situación de dedicar a estas actividades sino

esfuerzos limitados, Proclama la presente Declaración de los Derechos de los Impedidos y pide que se adopten medidas en los planos nacional e internacional para que la Declaración sirva de base y de referencia comunes para la protección de estos derechos. (Asamblea General, 1975)

Con estas Declaraciones se pretendía crear un marco jurídico para la adecuada protección de las personas con discapacidad, ya que en su articulado más relevante consta que las personas con discapacidad tienen derecho al acceso a la capacitación continua, la rehabilitación, la educación. La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito Internacional acoge ciertos Convenios, entre los que destacan los siguientes:

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.
- El convenio 159 de la organización internacional del trabajo, relativo a la readaptación profesional y el empleo de personas invalidas
- Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (artículo 7 que establece la protección especial contra toda forma de discriminación).

Es menester establecer la importancia de los Convenios Internacionales, dado que recae en la unificación de los esfuerzos de los países que contribuyen para la creación de las normas que regulan la convivencia del ser humano e identificar la protección especial de grupos prioritarios como las personas con discapacidad. Los Organismos Internacionales fijan pautas para que los países en sus legislaciones ejecuten los acuerdos en base a su realidad. Cabe mencionar que los Convenios Internacionales son:

Son acuerdos legales entre las naciones que ayudan a facilitar relaciones de todo tipo entre ellas. Puede ser de muchas clases: de tipo económico, político, social, cultural, militar, etc. Gracias a estos los países se benefician mutuamente creando vínculos que, finalmente, favorecen a los firmantes y, por

extensión, a todos los habitantes de los países. (Tratados Internacionales, 2014, pp. 274-275)

Ordenamiento Jurídico Nacional en Relación a los Derechos de las Personas con Discapacidad

El Ecuador en la reforma de la Constitución de 2008 estableció la posibilidad de la aplicación de forma directa de los Instrumentos Internacionales que tratan sobre Derechos Humanos, es decir, que el Ecuador debe incluir los Acuerdos Internacionales con miras a establecer una estructura normativa eficaz para la protección de Derechos Humanos. Con la aplicación de los Acuerdos Internacionales se reconoce la suprallegalidad sobre nuestra Constitución. Implementando la suprallegalidad en nuestra legislación se estaría instituyendo que los Acuerdos Internacionales se encuentran sobre la Constitución, siempre y cuando estos vayan en pro de los Derechos fundamentales del ser humano. Bajo este contexto se debe entender a la suprallegalidad como:

La suprallegalidad consiste en la subordinación y aplicación del orden jurídico. Es la cualidad que le presta a una norma su procedencia de una fuente de producción, y modificación, jerárquicamente superior a la ley. La suprallegalidad se configura así, como la garantía jurídica de la supremacía. Toda Constitución debe pretender transformar la supremacía en suprallegalidad, la legitimidad o pretensión de legitimidad de la supremacía sólo puede operar a través de la suprallegalidad. Ahora bien, la única forma en que dicha suprallegalidad puede ser garantizada, es mediante el establecimiento de un procedimiento especial de revisión de la Constitución, esto, sin embargo, no quiere decir que la rigidez sea una condición de la suprallegalidad. (Aragon, 1986 pp. 125-126)

En este contexto, tenemos la inclusión de los derechos de las personas con discapacidad en los diferentes cuerpos normativos; donde se establece que:

Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los Instrumentos Internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y

oportunidades, sin discriminación debido a nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole. (Constitución Política de la República de Ecuador, Art. 23, 1998)

Esta igualdad ante la Ley que deben tener las personas con discapacidad cabe mencionar, que el Estado es el encargado de adoptar medidas que contengan acciones afirmativas que promuevan de igualdad y no discriminación en favor de las personas titulares de los derechos. La Organización de las Naciones Unidas en siglas ONU, también hace referencia al principio de igual y no discriminación estableciendo que:

Los principios de igualdad y no discriminación son parte de las bases del estado de derecho. Como señalaron los Estados Miembros en la Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho, «todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2019)

En este caso el Estado debe implementar mecanismos de protección propios de las personas con discapacidad, para que de esta manera se pueda evitar que se vulneren sus derechos. Entendiendo de esta manera que la acción afirmativa contempla:

La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva. (Bossuyt, 1998, p. 4)

Las Cartas Magnas que antecedieron a la Carta Magna de 1998 no hacían referencia al tema de la discapacidad, ya que únicamente instauraban sobre la igualdad ante la Ley, pero sin hacer especificación alguna. La norma *Ibidem* tiene una característica fundamental en relación al reconocimiento de la igualdad en referencia a las personas con discapacidad, marcando de esta manera un precedente en la evolución de la normativa en relación de la creación de condiciones de igualdad.

En este contexto es menester hacer referencia al Ordenamiento Jurídico Nacional que también protegen a las personas con discapacidad, es así en la década de los años 40, se instauró la Ley del ciego, y la Ley de la debida protección al minusválido, con

el ingreso de cuerpos normativos se dio paso para la creación de la DINARIM¹, Institución que no tuvo gran acogida ya que no cumplía con eficacia, la labor encomendada.

En el año 2008, en relación al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad fue muy importante a partir de la Constitución de la República de ese año pues se dio un progreso normativo, ya que consagra parámetros generales sobre la igualdad ante la Ley, pero hace énfasis sobre el trato igualitario a las personas con discapacidad, reconociendo de esta manera que dichas personas son sujetos de derechos y obligaciones, brindándoles la protección especial que necesitan, esto a través de la inclusión como miembros de los grupos de atención prioritaria. Según así se establece en Constitución de la República de Ecuador, Art. 11 (2008):

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, 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. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Este apartado consagra sobre los derechos fundamentales del ser humano, reconociendo que estos deben ser aplicados en igualdad de condiciones, siendo de esta manera deber fundamental del Estado crear los mecanismos suficientes para la implementación de acciones afirmativas que vayan en favor de la inclusión de las personas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria, en el caso específico de la presente investigación las personas con discapacidad.

La regulación de la acción afirmativa se ha institucionalizado con el objetivo de defender los derechos de determinados grupos que, dadas las condiciones

¹ Dirección Nacional de Rehabilitación del Minusválido

de su vulnerabilidad, son víctimas de discriminación y apartados de la sociedad. Las personas con discapacidad son quienes conforman uno de esos grupos que por lo general sufren grandes desventajas respecto al resto de personas. El acceso al trabajo es uno de los limitantes que afronta la población con discapacidad, debido a que gran parte de las empresas públicas y privadas prefieren contratar personas productivas cien por ciento; entonces son las acciones afirmativas las que garantizan el cumplimiento de los derechos, orientadas a cesar o evitar su conculcación. (Madrid, 2018, p. XV)

La Constitución de la República del Ecuador, consagra la igualdad, la equidad y la no discriminación concibiéndolos como preceptos a los cuales debemos regirnos, con el fin de vivir en una sociedad basada en la igualdad de oportunidades, la eliminación de las prácticas de discriminación y sobre todo la participación equitativa, en relación a la personas con discapacidad, la sociedad y el Estado tienen la obligación de sostener un ambiente libre de discriminación, en la que se fomente los potenciales, las capacidades, y habilidades en las que puedan desarrollar actividades las personas con discapacidad. La Revista de la Defensoría del Pueblo manifiesta:

El Ecuador como Estado constitucional de derechos, a través de su marco constitucional y de diversas normativas legales, establece el respeto, protección y garantía de los derechos humanos y consagra la atención prioritaria para aquellas personas pertenecientes a los grupos tradicionalmente excluidos, como son las personas con discapacidad y en tal sentido, es fundamental entender la aplicación del principio de igualdad y no discriminación de manera transversal en cada una de sus políticas y acciones. En aplicación del principio antes mencionado y, dada la histórica situación de discriminación que han experimentado las personas con discapacidad, la Constitución prevé el derecho de las mismas a recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, lo cual se traduce, a su vez, en la obligación estatal de adoptar medidas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, en consideración a los obstáculos específicos que este grupo poblacional enfrenta. (Álvarez & Insuasti, 2014, p. 2)

Cabe mencionar que la Constitución de la República del Ecuador, contempla una sección completa acerca de los derechos de las personas con discapacidad, en esta sección se encuentra el derecho al trabajo que es el tema base de la presente investigación, para ello la norma *ibídem* establece que el Estado debe garantizar de manera conjunta con la sociedad y la familia políticas que conlleven a la equiparación

de oportunidades de personas con discapacidades entre una de ellas el derecho al trabajo en que se fomente sus potenciales y capacidades, tanto en el ámbito público y privado. Este artículo tiene concordancia con el artículo 330 de la Carta Magna de 2008 que manifiesta:

Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición. (Constitución de la República de Ecuador, Art.330, 2008)

Con este apartado se fundamenta la tesis sobre la inserción y accesibilidad de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, estableciendo que estas personas pueden ser autosuficientes para desarrollar una actividad laboral que implique estar bajo el mismo régimen de trabajo de las personas que no adolecen de una discapacidad. Con esta concepción lo que se busca es que los empleadores brinden accesibilidad y estabilidad laboral a las personas con discapacidad.

Esto es concebido en la Norma Suprema y general, pero el legislador ha visto la necesidad de regular de manera directa lo concerniente a las personas con discapacidad, es por ello que se creó La Ley Orgánica de Discapacidad, la misma que tiene por objeto asegurar la protección integral de la persona con discapacidad, y garantizar el pleno respeto a sus derechos fundamentales y constitucionales.

Con La Ley Orgánica de Discapacidad se ratifica los derechos de las personas con discapacidades, reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, que al igual que esta Carta Magna instituye también una sección entera al reconocimiento de los derechos fundamentales como: el trabajo, educación, salud, recreación, seguridad social, vivienda de las personas con discapacidad.

A su vez esta ratificación se extiende al reconocimiento de los principios jurídicos como, la igualdad de oportunidades, la responsabilidad colectiva, eficiencia, participación e inclusión, atención prioritaria, no discriminación, cuyo objetivo claro

es el garantizar la difusión y el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, según así lo manifiesta el:

Art. 1. “La presente Ley tiene por objeto asegurar la prevención, detección oportuna, habilitación y rehabilitación de la discapacidad y garantizar la plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, establecidos en la Constitución de la República, los tratados e instrumentos internacionales; así como, aquellos que se derivaren de leyes conexas, con enfoque de género, generacional e intercultural”. (Asamblea Nacional, 2012)

Con este prólogo sobre la Ley Orgánica de Discapacidades, es necesario hacer alusión al derecho de trabajo que es el tema fundamental de la presente investigación, siendo de esta manera que la norma *ibídem* establece:

“Art. 45. Las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante tienen derecho a acceder a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad y a no ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo, incluyendo los procedimientos para la aplicación, selección, contratación, capacitación e indemnización de personal y demás condiciones establecidas en los sectores público y privado”. (Asamblea Nacional, 2012)

Es necesario hacer referencia al reconocimiento de los trabajadores sustitutos en la norma *ibídem* para el desarrollo de la presente investigación.

Art. 48. “Las y los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa, podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral, de conformidad con el reglamento. Este beneficio no podrá trasladarse a más de una (1) persona por persona con discapacidad. Se considerarán como sustitutos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales. De existir otros casos de solidaridad humana, la autoridad nacional encargada de la inclusión económica y social validará al sustituto, de conformidad al reglamento. Las y los empleadores no podrán contratar más del cincuenta por ciento (50%) de sustitutos del porcentaje legal establecido. En el caso de sustitución en cooperativas de transporte se regulará de conformidad con el reglamento.” (Asamblea Nacional, 2012)

La ley Orgánica de Discapacidades en resumen determina de manera concreta que personas son las beneficiadas de la misma, a su vez fundamenta como se debe manejar

el funcionamiento del sistema de protección de las personas con discapacidad. Es de esta manera como el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, reconoce los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, cabe mencionar que estos cuerpos normativos deberían precisar mecanismos eficaces para garantizar que los derechos de las personas con discapacidad no sean menoscabados, pero como se evidenciara en el desarrollo de la investigación el legislador tiene un arduo trabajo para que este precepto se cumpla.

Origen de la Indemnización y la Órbita Legal de Protección de las Personas que Tengan a su Cargo una Persona con Discapacidad

La indemnización se instituye en el marco del sistema laboral, dentro de la terminación del contrato de trabajo, constituyéndose de esta manera como una arista de esta figura jurídica. Entendiendo así que el contrato de trabajo es una de las principales y relevantes instituciones del derecho al trabajo, siendo también una de las instituciones más polémicas en el ámbito laboral, por la existencia de discrepancia entre los intereses de los trabajadores y de los empleadores. Entendiendo a la indemnización en términos generales como; “La indemnización se refiere a “un daño ocasionado a otra persona que hace que nazca en ésta un derecho a ser resarcido y que debe hacerse por la persona que ha provocado ese daño” (Trujillo, s.f, p. 140).

Entre los intereses de mayor notoriedad en relación a la indemnización del trabajador, se encuentra la estabilidad, ya que en el Ordenamiento jurídico ecuatoriano mediante esta institución puede proteger al trabajador frente a una eventual terminación del contrato que, por supuesto no sea imputable a la voluntad del mismo, es decir un despido injustificado por parte del empleador, que se enmarca en una de las formas de terminación del contrato de trabajo.

Sobre este tema la autora Rojas (2013) manifiesta:

El Derecho del Trabajo, a través de la doctrina jurídica como de las normas internacionales del trabajo, plantea diversos tipos de indemnizaciones por término de contrato, cuya naturaleza jurídica es distinta y, además, atiende a variados objetivos. En primer lugar, está la indemnización fundada en el “salario diferido”, es decir, la indemnización constituiría la suma de remuneraciones acumuladas o, más bien, la parte adicional de los mismos, que, descontados paulatinamente, se reintegran al trabajador en el momento de terminación del contrato. Ciertamente que esta indemnización como salario diferido debería proceder en caso de cualquier causa que diere término al contrato de trabajo, incluidas las que se configuran a partir de una falta del trabajador. Además, en muchos casos la indemnización como salario diferido concurre a financiar un sistema de seguro de desempleo. (Rojas, 2013, pp. 111-112)

En segundo término, está la indemnización por antigüedad, que procede en el supuesto general de terminación del contrato de trabajo, aunque normalmente

se excluye el que proviene de falta imputable al trabajador. Su fundamentación jurídica es la antigüedad del trabajador, es decir, busca “[...] resarcir la pérdida de los derechos del trabajador relacionados con su antigüedad”, asumiendo el empleador la responsabilidad de esa pérdida de antigüedad. En tercer lugar, está la indemnización como sanción al empleador, por haber realizado un despido injustificado, es decir, haber puesto término al contrato sin causa “legítima”, configurándose en un “despido arbitrario”. Como señalan al efecto Thayer y Novoa “se trataría de la pena que se le impone por haber infringido el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, o haber abusado de su poder disciplinario o de mando, al insistir en el despido. (Rojas, 2013, p. 112).

Acogiendo el criterio de la autora en relación a la indemnización por despido injustificado, en varios ordenamientos Jurídicos constituye una sanción que impone el Legislador al empleador por la lesión que causa a los derechos fundamentales del trabajador frente a una terminación del contrato laboral de forma injustificada. Siendo necesario establecer un concepto claro sobre la indemnización laboral:

“Indemnización laboral es una compensación generalmente de carácter económico de la cual es acreedor una persona con motivo de haber recibido un perjuicio en sus derechos laborales. Dicha indemnización comúnmente es emitida a partir de un dictamen judicial, que impone al patrón la obligación de abonar un determinado monto a una persona, con el objetivo de corregir una situación de injusticia. La indemnización laboral tiene lugar cuando el trabajador es despedido sin existir una de las causas de rescisión sin responsabilidad para el patrón. Dentro del margen jurídico, la ley establece que se pague al trabajador un monto de dinero dependiendo de los años de trabajo en la empresa y el sueldo que percibía por sus servicios”. (Conceptos Jurídicos, 2015., definición 1)

Con el concepto de la indemnización laboral, es necesario saber el origen de la misma. La indemnización en el ámbito laboral nace del despido intempestivo que es una figura que se encuentra presente en todas las legislaciones del mundo, con la única variación en la forma de su denominación, cabe mencionar que el tema del despido intempestivo a nivel mundial es una cuestión de preocupación ya que en él se ven envueltos intereses de por medio.

Según Mingo (2019) el despido intempestivo se entiende como “la terminación de la relación laboral, realizada de manera unilateral por parte del empleador, dicho en otras palabras, es el aviso mediante el cual, el empleador le hace conocer al trabajador, que es su voluntad dar por terminada la relación laboral.”

A partir de este enfoque mundial del tema se puede dilucidar la existencia de las terminaciones unilaterales del contrato de trabajo, así como la falta de reconocimiento de las indemnizaciones que este acarrea, esto basado a consecuencia en ciertas ocasiones del inadecuado manejo de la carga probatoria. En la actualidad ciertos países de América Latina de manera paulatina han instituido políticas laborales que han sido diseñadas para la protección de los trabajadores, y que vayan en contra de los despidos injustificados, entre estas políticas las de mayor relevancia son aquellas que van encaminadas a las compensaciones de tipo económico.

La Constitución de la República del Ecuador del año de 1830

La Constitución de la República del Ecuador del año de 1830, que cabe mencionar fue la primera Constitución de la República, en su contenido no hacía referencia al derecho al trabajo, mucho menos normaba los derechos y obligaciones de los trabajadores ni empleadores.

Constitución de la República del Ecuador del año de 1929

Siendo la Constitución de la República del Ecuador del año de 1929, la que acogió el derecho al trabajo, como un tema fundamental, constituyéndose este hecho como el comienzo sobre las regulaciones en materia laboral.

La Constitución de la República de Ecuador, Art. 151 (1929) garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos:

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 todo 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.

Con este antecedente importante, sobre la regulación del derecho al trabajo en la Carta Magna de 1929, se dio paso a la incorporación de nuevos cuerpos normativos en relación a este tema, siendo así que en noviembre del año 1938 en el Ecuador se promulga el primer Código de Trabajo, la segunda codificación en noviembre de 1961, la tercera en el mes de julio de 1971, la cuarta en agosto de 1978, quinta en septiembre de 1997, y la codificación mediante el registro oficial nro. 167 en fecha 16 de diciembre de 2005.

El Código de Trabajo de 1938

El Código de Trabajo de 1938, acogía los principios fundamentales en relación al trabajo, como, por ejemplo; que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, que los empleadores o en ese tiempo denominado como patronos y sus representantes legales solidariamente responsables por el adecuado cumplimiento de la Ley, reconocía también el derecho a la estabilidad laboral.

Como se mencionó, desde la incorporación del Código de Trabajo en Ecuador hasta la última codificación, ha sufrido modificaciones, que han llevado a la producción de una reforma global de su contenido. Pero aún con este hecho en la actualidad subsisten algunas normas anacrónicas, que cabe mencionar desde 1981 hasta 2008 se han realizado seis reformas significativas.

El Código de Trabajo de 1981

En la codificación de 1981, se realizó una innovación a la normativa laboral, ya que se incorporó disposiciones relativas a las modalidades contractuales, como por ejemplo; el contrato ocasional, contrato de temporada, contrato eventual, el contrato indefinido, el contrato a plazo fijo con la limitación de dos años de duración, la ampliación de la licencia por maternidad, la incorporación de la mediación en caso de controversias laborales, la ampliación de la indemnización por despido intempestivo

en relaciones laborales menores a tres años. En esta codificación, se hizo mención a la indemnización de forma muy general.

El Código de Trabajo de 2005

En la codificación del año 2005, se introdujo el procedimiento oral en la sustanciación de conflictos laborales, posteriormente en el año 2005 se dispuso la inserción laboral de personas con discapacidad, y sobre todo se amplió lo concerniente a la indemnización por despido intempestivo estableciendo que:

Art. 188. “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. El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código.

Si el trabajo fuere a destajo, se fijará la remuneración mensual a base del promedio percibido por el trabajador en el año anterior al despido, o durante el tiempo que haya servido si no llegare a un año. En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinticinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código. Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, mas no por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

Cuando el empleador deje constancia escrita de su voluntad de dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo, esto es, sin justa causa, la autoridad del trabajo que conozca del despido, dispondrá que el empleador comparezca, y de ratificarse éste en el hecho, en las siguientes cuarenta y ocho horas deberá depositar el valor total que le corresponda percibir al trabajador despedido por concepto de indemnizaciones. Si el empleador en la indicada comparecencia no se ratifica en el despido constante en el escrito pertinente, alegando para el efecto que el escrito donde consta el despido no es de su autoría o de representantes de la empresa con capacidad

para dar por terminadas las relaciones laborales, se dispondrá el reintegro inmediato del trabajador a sus labores”. (Congreso Nacional, 2005)

Con este antecedente es oportuno establecer que aún con un cuerpo normativo vigente que regula la relación laboral entre empleadores y trabajadores, existe abusos cometidos por parte de los empleadores en contra de los trabajadores, los mismo que son sancionados en el Código de Trabajo, pero más resulta que estas sanciones que pueden traducirse en indemnizaciones previstas en la norma ibídem no cumplen con el objetivo propuesto.

Ya que el hecho de reparar el perjuicio en el ámbito económico causado al trabajador en quedarse sin empleo, son irrisorias gracias a la existencia de formalismos o procedimientos obsoletos o de uso innecesario constituyéndose este hecho en una vulneración de Derechos a los trabajadores, y más aquellos trabajadores que por su condición de discapacidad o por ser miembros de los grupos de atención prioritaria han sido objeto de discriminación.

La Constitución de la República del Ecuador es un mandato supremo de estricto cumplimiento, que se caracteriza por ser proteccionista de los Derechos, en este caso, analizaremos el contenido de la norma ibídem en relación al derecho al trabajo de las personas con discapacidad y de las personas que tengan a su cargo una persona con discapacidad.

“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. 5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.” (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Artículo 47)

“Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición.” (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Artículo 330).

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

Este articulado protege de manera general al trabajador con discapacidad, pero para la adecuada protección, el Legislador se ha visto en la necesidad de crear una Ley especial en relación a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, por eso ha creado La Ley Orgánica de Discapacidades, que alude el antes prenombrado artículo 45 ibidem, la protección de derechos de las personas que tienen a su cargo una persona con discapacidad, o reconocidas en la ley como trabajadores sustitutos.

Se considerarán como sustitutos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales. De existir otros casos de solidaridad humana, la autoridad nacional encargada de la inclusión económica y social validará al sustituto, de conformidad al reglamento. Las y los empleadores no podrán contratar más del cincuenta por ciento (50%) de sustitutos del porcentaje legal establecido. En el caso de sustitución en cooperativas de transporte se regulará de conformidad con el reglamento. (Asamblea Nacional, 2012)

Entre los derechos de mayor relevancia, establecido y reconocido en la norma ibídem se encuentra la estabilidad laboral, y el derecho a la indemnización especial.

Art. 51. “Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobrevenida, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional.” (Asamblea Nacional, 2012)

Figura Legal de Nuestra Legislación en lo que Respecta a Trabajadores Sustitutos y Personas que Tengan a su Cargo una Persona con Discapacidad

La Ley Orgánica de Discapacidades de Ecuador, fue aprobada en el año 2012, en la misma se introdujo la figura jurídica de trabajador sustituto, existen dos tipos de trabajadores sustitutos; sustitutos directos y sustitutos por solidaridad humana, el trabajador sustituto es una persona que reemplaza a otra persona que tenga discapacidad, en relación al desarrollo de una actividad laboral, teniendo los mismos derechos que un trabajador común.

Según Alvarado (2021)

Son sustitutos directos los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales; de igual manera se considerarán como sustitutos directos a los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho legalmente constituida cuando tengan una discapacidad severa igual o mayor al 75%.

Asimismo son sustitutos por solidaridad humana las personas que, sin tener parentesco de consanguinidad o afinidad, mantienen a una persona con discapacidad severa igual o mayor al 75% y que se encuentran en situación de abandono y/o no cuente con un referente familiar; y ha asumido el cuidado de dicha persona, para proveer directamente o por contratación de servicios con terceros actividades relacionadas con las necesidades de la vida diaria de cuidados (higiene, alimentación, vestido, control de salud, acceso a rehabilitación, recreación, entre otros).

Es una persona con discapacidad a la cual se le asigna un porcentaje de 75% o más, y significa, que los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las actividades de la vida diaria, esto es la imposibilidad para la realización de actividades de auto cuidado, es decir para vestirse, comer, evitar riesgos, aseo e higiene personal, etc. Incluye las deficiencias permanentes severas que originan una discapacidad muy grave y supone la dependencia de otras personas para la realización de las actividades más esenciales de la vida diaria; en las que se incluirán personas con: retraso mental grave y profundo; sordo - ceguera total; discapacidad Psicológica grave y muy grave y tetraplejía con afectación total de miembros superiores e inferiores. (Alvarado, 2021, pp. 1-2)

Es coherente citar el concepto de trabajador sustituto por solidaridad humana. Para ello el Acuerdo Ministerial de la Chamara de Comercio de Quito establece que:

Se considera como trabajador sustituto por solidaridad humana a aquellas personas que, sin tener parentesco de consanguinidad o afinidad, pueden ser incluidas laboralmente en sustitución de una persona con discapacidad severa,

que no cuente con referente familiar y que por su condición está impedida de hacerlo. (Cámara de Comercio de Quito, Acuerdo MDT-2017-0108 de 2017)

Teniendo claro el concepto y la clasificación del trabajador sustituto es necesario hacer mención al Acuerdo Ministerio Nro. MRL-2018-0180, emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales, que tiene por objeto normar el procedimiento sobre la calificación y certificación de trabajadores sustitutos, que deberá ser aplicado por el Ministerio del Trabajo.

Acuerdo Ministerial N°180, 2018

Este Acuerdo Ministerial consagra ciertas definiciones relacionadas a los trabajadores sustitutos, entre ellas están: persona con discapacidad, sustitutos directos, sustituto por solidaridad humana, discapacidad severa, calificación y certificación de sustituto directo, calificación y certificación de sustituto por solidaridad humana. Las personas con discapacidad son aquellas que a consecuencia de una deficiencia mental, sensorial, intelectual o física restrinja de manera permanente su capacidad asociativa, psicológica, biológica, que no le permitan ejercer sus actividades diarias esenciales.

A las personas sustitutas directas, se considera a los progenitores de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad cuando cumple con el porcentaje determinado en la Ley, esta consideración se establece en relación a la inclusión laboral de las personas con discapacidad, y para las exenciones tributarias de las que son beneficiarias estas personas siempre que su grado de discapacidad sea mayor o igual a treinta por ciento. En esta consideración como trabajadores sustitutos también se encuentran los familiares que tengan un vínculo de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Se considera como sustitutos directos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales, los mismos que podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral y para efecto de beneficios tributarios, siempre y cuando el niño niña o adolescente tenga discapacidad igual o mayor al 30%; de igual manera se considerarán como sustitutos directos a los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho legalmente constituida, representante legal o las personas que tengan bajo su

responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa igual o mayor al 75% conforme la Resolución Nro. 2013-0052 emitida por el CONADIS. (Ministerio de Trabajo, 2018)

Mientras que, las personas sustitutas por solidaridad humana, son aquellas que no tienen parentesco de afinidad o de consanguineidad con la persona con discapacidad a la que van a sustituir. Para ser consideradas como personas sustitutas por solidaridad humana deben cumplir un requisito fundamental, que la persona a la que van a sustituir posea un carnet de discapacidad, cuyo porcentaje sea igual o mayor a setenta y cinco por ciento de discapacidad, y esta persona con discapacidad no cuente con un familiar que pueda sustituirlo.

La persona a la cual se acredita y certifica como Sustituto por Solidaridad Humana, es responsable del cuidado de una persona con discapacidad muy grave (severa), mayor de edad, sea por sí misma o a través de la contratación de terceras personas que cumplan con el efectivo cuidado de estas. A personas que no tengan parentesco de hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad, o que no tengan parentesco alguno con la persona con discapacidad muy grave, mayor de edad. (Ministerio de Inclusión Económica y Social, 2018)

Discapacidad severa es considerada como tal aquella condición de discapacidad severa o extremadamente grave, cuya incapacidad sea igual o mayor al setenta y cinco por ciento, es decir que a consecuencia de este nivel de padecimiento de la discapacidad la persona que la padece se encuentre imposibilitado de realizar las actividades de la vida diaria, como por ejemplo la incapacidad que tienen para realizar las acciones de auto cuidado como el vestirse, o alimentarse por sí mismos. Dentro de esta discapacidad severa encontramos a su vez el retraso mental profundo y grave, son consideradas para este efecto las personas que padecen de ceguera total, tetraplejia, casos de psicología grave.

La calificación y certificación de la persona sustituto/ta directo, es un documento otorgado por el Ministerio de trabajo en el que se certifica como trabajador/ra sustituto a la persona que tenga a su cargo una persona con discapacidad de la misma manera la persona sustituta/ta por solidaridad humana, este es el documento emitido por el Ministerio de Inclusión Económica y Social en sus siglas MIES, en la que se certifica

a una persona como sustituto en base a la solidaridad humana. Conociendo los conceptos que se manejan en esta resolución es trascendental establecer los requisitos para la certificación y calificación de trabajador sustituto.

Para esto la norma *ibídem* manifiesta:

Art. 5.- Del procedimiento para la emisión de la certificación de sustitutos directos. - La persona natural que requiera certificarse como sustituto directo, deberá acudir a la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público o la Delegación Provincial de su jurisdicción conforme el anexo 1 del presente Acuerdo Ministerial y presentar en una ventanilla única los siguientes documentos: El caso de sustitutos directos de niñas, niños y adolescentes. (Ministerio del trabajo, 2018)

Se deberá presentar los documentos originales del carnet de discapacidad de la persona a quien se va a sustituir, cuya discapacidad debe ser igual o superior a treinta por ciento, y en caso de discapacidad severa la discapacidad debe ser igual o superior a setenta y cinco por ciento, cedula de ciudadanía de la persona con discapacidad, cedula de ciudadanía de la persona sustituta, en caso que la persona sustituta sea padre o madre de la persona con discapacidad y se encuentre divorciado deberá presentar documento legal en el que se determine el otorgamiento de los alimentos, correo electrónico de la persona sustituta.

En resumen, se puede dilucidar que las personas que deseen aplicar para una plaza de trabajo en calidad de trabajador sustituto de una persona con discapacidad, deben justificar dicha discapacidad con el documento respectivo como es el carnet de discapacidad de la persona que está bajo su cuidado y realizar el procedimiento antes descrito, cabe mencionar que los seres humanos dentro de la sociedad marcada de preceptos en relación a trato adecuado de las personas en condición de vulnerabilidad, como las personas con discapacidad, ha conllevado a que Autoridades de cada legislación establezcan una serie de normas y principios que hagan realidad este precepto de trato adecuado.

El Ecuador no se escapa de esta realidad y es por ello que la Función Legislativa tiene una ardua labor de fortificar el Ordenamiento Jurídico para la adecuada

protección de las personas con discapacidad. Ya que existe ciertos preceptos que, en lugar de buscar la protección de derechos, conllevan a que por la omisión de formalidades irrisorias se transgreda los derechos de las personas con discapacidad, y esto en un Estado Constitucional como el caso de nuestro país es inadmisibile por cuanto la Carta Magna es garantista de Derecho, y más aún de aquellos que por razones inaceptables han sido objeto de discriminación a lo largo de la historia.

La Calificación y Certificación de Discapacidad como Trabajador Sustituto es Necesaria para ser Beneficiario de la Indemnización del Inciso Segundo del Artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades

La estructura Jurídica del Estado Ecuatoriano, en correlación a las personas con discapacidad, ha ido logrando de manera paulatina la incorporación laboral de estas personas, no obstante, queda una cuantiosa tarea por efectuar en relación a la incorporación, continuidad y estabilidad de los trabajadores con discapacidad, entendiendo de esta manera la estructura jurídica del estado como:

La estructura de un sistema jurídico se determina por las relaciones entre sus fuentes. Esto supone que el derecho regula su propia creación. Pero también que el significado material de sus normas depende de las formas normativas que las albergan. Así, la determinación del significado jurídico de una norma depende de su posición en la estructura del sistema y de sus relaciones con las demás formas normativas del mismo. De manera que en el pensamiento jurídico el conocimiento formal del sistema antecede a su conocimiento material, pues lo segundo viene determinado por lo primero. (Andaluz, 2009, p. 76)

En relación a la continuidad de los trabajadores con discapacidad y la de las personas que tienen a su cargo una persona con discapacidad, la legislación ecuatoriana, en su ardua labor de proteger y resguardar los derechos de estas personas contra actos de discriminación, establece que estas personas gozarán de estabilidad especial en el trabajo.

Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo, a su vez que si el empleador resuelve dar por terminado el contrato de trabajo de manera intempestiva hacia alguna de las personas antes mencionadas, tendrá la obligación de otorgar una indemnización especial, que consiste en la entrega de 18 remuneraciones, por el valor igual a la mejor remuneración percibida por el trabajador con discapacidad o personas que tienen a su cargo una persona con discapacidad. Entendiendo al término estabilidad como:

La estabilidad es un derecho que tiene el trabajador a conservar su puesto de trabajo, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer en

circunstancias extrañas” En este sentido la estabilidad laboral tiende a otorgar un carácter permanente a la relación de trabajo, donde la disolución del vínculo laboral depende únicamente de la voluntad del trabajador y sólo por excepción de la del empleador o de las causas que hagan imposible su continuación y con esto proteger al trabajador de sus despidos arbitrarios. (Reyes, 2017, como se citó en Arias s.f, p. 24)

Como se puede demostrar, el Estado Ecuatoriano ha tratado de resguardar los derechos de las personas con discapacidad, desde su inclusión hasta la conclusión de su actividad laboral, instruyendo de manera prioritaria a los empleadores sobre el respeto debido a estos derechos. Pero el deber del Estado sobre esta protección no ha sido el adecuado pues existen ciertos temas que deben ser revisados, para que el trabajador bajo ningún concepto quede en estado de indefensión.

En base a lo expuesto en líneas anteriores, se puede visualizar situaciones que sirven de fundamento para la presente investigación, en el precepto contenido en el artículo 51 de La Ley Orgánica de Discapacidades, por cuanto este tiene como objetivo brindar una estabilidad laboral a los trabajadores con discapacidad y a los trabajadores que tienen a su cargo a una persona con discapacidad, pero en el argumento de este, se acoge la opción que tiene el empleador para llevar a cabo un despido intempestivo, pues el trabajador que tiene a su cargo una persona con discapacidad no tiene derecho al pago de una indemnización especial si no posee dicha calificación. Es decir, en un mismo precepto no se puede proteger y vulnerar derechos a la vez.

Dentro de este mismo precepto normativo, se encuentra otro hecho que no causa el efecto deseado por el Legislador, en el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de la persona que tuviere a su cargo a una persona con discapacidad, esta deberá ser indemnizada con una remuneración especial equivalente a 18 meses de la mejor remuneración, adicional de la indemnización legal. Pero para que se cumpla con este mandato es necesario realizarnos estas preguntas ¿Deberá estar calificado y certificado como tal, ante la autoridad competente? ¿Esta calificación y certificación como trabajador sustituto es necesaria para ser beneficiario de la indemnización especial en caso de ser despedido?

Esta pregunta, tiene respuesta en base al derecho a la seguridad Jurídica, establecido en el artículo 82 del Constitución de la República del Ecuador, que manifiesta: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” (Constitución de la República de Ecuador, 2008, Artículo 82)

Pero ¿porque la calificación y certificación como trabajador sustituto afecta al derecho de la seguridad jurídica?, la respuesta es simple, y se fundamenta en el hecho de que la mera omisión de una formalidad como el no obtener la acreditación por parte de la Autoridad competente, en este caso el Ministerio de Inclusión Económica y Social, no puede coartar el derecho de gozar de la indemnización especial, y si dado el caso vulnera este derecho con un despido intempestivo, no podrá gozar del derecho de la remuneración especial adicional. Esto debido a la inobservancia del mandato Constitucional del artículo 169 párrafo último que establece:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (Constitución de la República de Ecuador, Art. 169, 2008)

La referencia que hace la Constitución a “que no se sacrificara la justicia por la mera omisión de solemnidades”, se conecta con el hecho que el Juzgador no toma en consideración que, por no realizar un trámite declarativo, como lo es la calificación y certificación de trabajador sustituto, conlleva a la vulneración del derecho a la indemnización especial, por lo tanto el medio probatorio para comprobar que una persona es un trabajador sustituto, no debe recaer únicamente en la calificación y certificación como tal, ya que este hecho puede ser probado de diferentes maneras como por ejemplo; con la presentación de la cédula de ciudadanía para probar parentesco y el carnet o certificado de discapacidad de la persona con discapacidad a quien se está sustituyendo.

El Juzgador, al momento de resolver la situación jurídica de un trabajador que tiene a su cargo a una persona con discapacidad, debe tener en consideración que; la

condición de discapacidad es un hecho que no se encuentra subordinado al reconocimiento del Estado. Por lo tanto, el hecho que una persona trabajadora que tenga a su cargo una persona con discapacidad, sea despedida de manera intempestiva, y que no haya efectuado el trámite de calificación y certificación como tal ante la autoridad competente, no quiere decir que la discapacidad de la persona que se encuentra a su cargo no exista, es por ello que el Juzgador no puede alegar que no existe la prueba documental necesaria, que sirve para probar la calidad en la que comparece.

Si la interpretación del apartado antes descrito se realiza de forma contraria, se estaría infringiendo los mandatos Constitucionales, puesto que se sometería la titularidad del derecho a la remuneración especial al cumplimiento de un trámite meramente administrativo. Y no a la fuente originaria del mismo. Puesto que la existencia del certificado de trabajador sustituto es un hecho puramente declarativo, ya que constituye un medio para el reconocimiento de los derechos del trabajador, mas no debe ser concebido como un requisito constitutivo para el ejercicio y otorgamiento de los derechos del trabajador que tiene a su cargo una persona con discapacidad. Para refrendar este criterio la sentencia en la Corte Constitucional que manifiesta:

Caso Nro. 689-19-EP/20 Corte Constitucional

Cabe hacer mención a la sentencia Nro. 689-19-EP/20, que consagra:

En consecuencia, es evidente que SECOM sí tenía conocimiento de la situación del accionante. Pero aún si el certificado de sustituto no constaba en su expediente, la atención prioritaria y los derechos previstos en la Constitución para este grupo vulnerable son anteriores y deben ser respetados aún sin actos estatales como la expedición de un certificado. Es decir, la existencia del certificado, que es simplemente declarativo, constituye un medio de acreditación que obedece únicamente al reconocimiento de los derechos del accionante, mas no es un requisito constitutivo para el otorgamiento y ejercicio de sus derechos como miembro de un grupo de atención prioritaria. Esto sin perjuicio de que su obtención sea necesaria para constancia y acreditación de su condición, lo cual garantiza a su vez el pleno ejercicio de sus derechos. (Riofrio Betancourt vs SECOM, 2018)

En relación al reconocimiento que hace el Estado a la discapacidad, la Corte Constitucional resolvió qué; cuando se suscite un acto que vulnere sus derechos como tal, y esa persona en ese momento no haya realizado el proceso de reconocimiento de su condición ante la autoridad que corresponda, esto no implica que la discapacidad no exista, ya que si una autoridad judicial realizara una interpretación diferente estaría infringiendo los mandatos constitucionales, pues la titularidad de un derecho no se encuentra ligada al cumplimiento de un trámite administrativo.

En este contexto, con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en relación a la estabilidad reforzada del trabajador con discapacidad o de la persona que tenga a su cargo a una persona con discapacidad, se instituye preceptos normativos claros y concisos frente a una eventual vulneración de Derechos de estas personas. En relación a la estabilidad reforzada, sintetizando que esta debe ser tomada como una medida de protección que coadyuva afianzar la protección especial que tienen estas personas por parte del Estado, por el hecho de miembros de los grupos de atención prioritaria.

Con este pronunciamiento se fija un antecedente en relación a la alegación de la necesidad o no de la calificación y certificación de un trabajador sustituto, para que cuando exista una controversia laboral, en la que el empleador se niegue a cumplir con sus obligaciones contenidas en el artículo 51 inciso segundo de la Ley Orgánica de Discapacidades, la persona que tenga a su cargo a una persona con discapacidad tenga sustento legal para reclamar su derecho a la indemnización especial. Puesto que, si bien la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la calificación y certificación de los trabajadores sustitutos, lo ha en hecho en relación al derecho de la estabilidad laboral, y más no al derecho de la indemnización especial.

Caso Nro. 0137-2017- 00062 de la Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca

En la ciudad de Cuenca en fecha 20 de abril de 2017, en el Juzgado de la Unidad del Trabajo, se avoca conocimiento y se instala la audiencia por pago de haberes laborables, propuesto por la señora SILVIA LORENA SERRANO RODRIGUEZ, en contra de la UNIDAD EDUCATIVA BORJA, en la persona de su RECTOR el Padre

JOSÉ TEODOMIRO RODRIGUEZ.

La accionante fundamenta su demanda en el hecho que manifiesta que había prestado sus servicios lícitos y personales para la UNIDAD EDUCATIVA BORJA desde el 4 de mayo de 2009, en calidad de Asistente de Talento Humano, cumpliendo funciones que se le asignaban expresamente; hasta el día 14 de octubre de 2016 fecha en la que se le despide intempestivamente. Días antes del despido se había tramitado un Visto bueno en contra de la actora sin que haya prosperado la misma.

Dicha diligencia se había evacuado el 18 de noviembre de 2016, en la que el demandado (empleador) había manifestó que acepta pagar las indemnizaciones por despido intempestivo del código del trabajo a la actora de la causa en una cantidad de (US\$ 4.336,48) pero se negó a cumplir con la obligación de cancelarle las indemnizaciones (indemnización especial de 18 remuneraciones) por despido intempestivo consagradas en la Ley Orgánica de Discapacidades bajo el argumento de que la Unidad Educativa Borja no tiene dentro del registro del personal de atención prioritaria a la compareciente.

Argumentando que era obligación de la señora SILVIA LORENA SERRANO RODRIGUEZ el registrar los documentos que le acrediten la calidad de trabajadora sustituta por tener a su cargo a una persona con discapacidad, ante las autoridades competentes. Refiriendo el demandado a su vez que el contrato de trabajo no contiene dicha calidad.

En este contexto la Jueza que resolvió la causa emitió sentencia, manifestando que no se declara con lugar la demanda presentada por la señora SILVIA LORENA SERRANO RODRIGUEZ ya que en primer lugar la persona a la que estaba sustituyendo era su hija que poseía una discapacidad de 37% que no era considerada como una discapacidad muy grave y severa y ello implicaba que no era acreedora a que su madre sea calificada como trabajadora sustituta, en segundo lugar la actora del proceso no realizó el trámite correspondiente para ser acreedora de la calidad de sustituta ante la entidad correspondiente. Es bajo estos dos antecedentes que la Jueza

titular del proceso negó el derecho de la actora a reclamar la indemnización especial.

Bajo este contexto cabe mencionar que por mandato Constitucional las Autoridades de Justicia o Administrativas, no pueden sacrificar la justicia por la mera omisión de solemnidades, ya que la condición de discapacidad o la de tener a su cargo a una persona con discapacidad, no es un hecho que tenga que estar subordinado al reconocimiento del Estado, dado que una persona con discapacidad es reconocida como tal con el hecho de sufrir alguna discapacidad y obtener el documento que así lo legitime (carnet de discapacidad). Puesto que la titularidad de este derecho no está supeditado al cumplimiento de un trámite administrativo.

Para el efecto la Corte Constitucional establece qué, para que una persona tenga derecho a la indemnización especial no necesita tener la calificación y certificación como trabajador sustituto, ya que constituye una mera formalidad, que sirve para otorgar mayor certeza al Juzgador, en relación a la acreditación de esta condición, pero no constituye un fundamento válido para la declaratoria de la existencia de la misma. Con este precepto se insta a que los Jueces y Juezas recurran a otras pruebas para constatar la existencia de la discapacidad que se alega.

Es por ello que la hipótesis de esta investigación en relación a la innecesaria calificación y certificación de las personas que tengan a su cargo una persona con discapacidad queda fundamentada, ya que dichas personas no necesitan calificarse como sustitutos, dado que adquieren este Derecho mediante la existencia de la discapacidad de la persona a la que van a sustituir. Entonces el derecho de ser un trabajador sustituto es constitutivo por este hecho. Y más no puede ser alegado como declarativo por parte del Estado.

Al hacer alusión a los derechos constitutivos señalamos que estos generan efectos jurídicos (derechos y obligaciones) desde que son contraídos, de acuerdo a este precepto se puede deducir que la calificación y la certificación no son un generador de derechos para las personas que tienen a su cargo a una persona con discapacidad, ya que los derechos de estas personas nacen cuando tienen a cargo a una persona con

discapacidad.

En cambio, los derechos declarativos hacen referencia al reconocimiento de los efectos jurídicos existentes, es decir; son aquellos que acreditan la existencia de un hecho y sirven para demostrar el mismo. De modo que; en relación a la calificación y certificación de la persona que tiene a su cargo a una persona con discapacidad se convierte en un hecho exclusivamente formal.

Se puede notar que la sentencia caso Nro. 0137-2017- 00062, es contraria a la resolución de la Corte Constitucional caso Nro. 689-19-EP/20, obviamente este precedente en la actualidad se vuelve vinculante, pues si bien ahora se puede observar un criterio diferente en cuanto a la persona que tiene a su cargo a una persona con discapacidad se siente con el derecho de reclamar la indemnización especial ya no es necesario que posea la calificación y certificación como trabajador sustituto, ya que este hecho constituye una mera formalidad, que sirve para otorgar mayor certeza al Juzgador en relación a la acreditación de esta condición. Con este precepto se insta a que los Jueces y Juezas para emitir su resolución se remitan a otras pruebas para verificar la existencia de la discapacidad que se alega, más no a un documento de trámite administrativo.

Conclusiones

- El Derecho Constitucional establece que, la condición de discapacidad de una persona no es un hecho que deba estar subordinado al reconocimiento del Estado, a su vez se debe tener en consideración de que para el efecto de que se haya alegado dicha condición se debe considerar dos aspectos importantes en relación a las personas con discapacidad. Primero se debería tener en consideración el documento que certifique que es una persona con discapacidad, (carnet de discapacidad), y en segundo lugar cuando se trate de un trabajador que tenga a su cargo a una persona con discapacidad, se debería tomar en consideración solamente el documento que certifica que la persona a la que está sustituyendo posee una discapacidad.
- La persona con discapacidad y la persona que tenga a su cargo a esta, se constituyen como acreedores de los Derechos consagrados en la Constitución y Ley, por el mero hecho de que la primera posea el carnet de discapacidad, dejando claro de esta manera que en relación al derecho a la indemnización especial que consta dentro de la Ley Orgánica de Discapacidades no es necesaria la calificación y certificación de la persona que tenga a su cargo a una persona con discapacidad para ser merecedora de este derecho.
- En los procesos judiciales el ámbito laboral, por despido intempestivo en las que se encuentran inmersos los trabajadores que tienen a su cargo a una persona con discapacidad, se determina que no se necesita la calificación y certificación como sustituto, ya que esto se constituye como un hecho únicamente declarativo. Puesto que en el momento en el que exhiba el carnet de discapacidad de la persona a la que se está sustituyendo, ya se constituye como trabajador sustituto, por ende, es acreedor a todos los derechos.

Recomendaciones

- Que, la Asamblea Nacional, al momento de crear y expedir leyes, deba hacerlo únicamente dentro de los parámetros fijados por la Constitución, de tal manera que; dichas disposiciones legales no vulneren el sentido de los derechos fundamentales, de los cuales son titulares todas las personas, y más aún las personas que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria, como son las personas con discapacidad.
- En base a las conclusiones de este artículo científico, en las que se determinó que la calificación y certificación de la persona que tiene a su cargo a una persona con discapacidad como trabajador sustituto establecida en la Ley Orgánica de Discapacidades, es un detrimento de derechos constitucionales de dichas personas, por cuanto afecta el derecho a la indemnización especial de éstos, se recomienda sea declarada inconstitucional.
- La Función Legislativa tiene una ardua labor de fortificar el ordenamiento jurídico para la adecuada protección de las personas con discapacidad. Ya que existe ciertos preceptos que, en lugar de buscar la protección de derechos, conllevan a que por la omisión de formalidades irrisorias se transgreda los derechos de las personas con discapacidad, y esto en un Estado Constitucional como el caso de nuestro país es inadmisibles por cuanto la carta magna es garantista de Derechos, y más aún de aquellos que por razones inaceptables han sido objeto de discriminación a lo largo de la historia.

Bibliografía

- Alvarado, J. (19 de marzo de 2021). Preguntas Frecuentes sobre la Ley Orgánica de Discapacidades y la contratación de personal con discapacidad y sustitutos. Obtenido de Faq Laboral Ecuador: <https://faq-laboral-ec.blogspot.com/2015/10/preguntas-frecuentes-sobre-la-Ley-Organica-de-Discapacidades-y-la-contratacion-de-personal-con-discapacidad-y-sustitutos.html>
- Álvarez, M., & Insuasti, S. (2014). Derechos de las personas con discapacidad, normativa, institucionalidad y acciones desde la defensoría del pueblo de Ecuador. Defensoría del Pueblo.
- Andaluz, G. (2009). LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO: LAS RELACIONES ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE. Redalyc.
- Aragon, M. (1986). SOBRE LAS NOCIONES DE SUPREMACÍA Y SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL. Revista de Estudios Políticos.
- Asamblea General. (09 de diciembre de 1975). Declaración de los Derechos de los Impedidos. resolución 3447 (XXX).
- Asamblea General. (20 de diciembre de 1971). Declaración de Derechos de las Personas con Retraso Mental. Resolución 2856 (XXVI).
- Asamblea Nacional. (20 de Octubre de 2008). Constitución de la República de Ecuador. Registro Oficial N° 449. Quito, Pichincha, Ecuador: Editora Nacional.
- Asamblea Nacional. (25 de Septiembre de 2012). Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial N° 769. Quito, Pichincha, Ecuador: Editora Nacional.
- Asamblea Nacional. (20 de Abril de 2015). Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Registro Oficial N° 483. Quito, Pichincha, Ecuador: Editora Nacional.
- Bossuyt, M. (1998). Prevención de la discriminación. Naciones Unidas.
- Cámara de Comercio de Quito. (19 de octubre de 2017). MDT-2017-0108. (R. O. 82, Productor) Obtenido de <http://www.ccq.ec/wp-content/uploads/2017/10/Consulta-laboral-October-2017.pdf>
- Chiluisa, M. (2019). Definición del alcance de la investigación a realizar: exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa. Obtenido de [stodocu.com: https://www.stodocu.com/ec/document/universidad-central-del-ecuador/investigacion-ii/trabajo-tutorial/definicion-del-alcance-de-la-investigacion-a-realizar-exploratoria-descriptiva-correlacional-o-explicativa/5129869/view](https://www.stodocu.com/ec/document/universidad-central-del-ecuador/investigacion-ii/trabajo-tutorial/definicion-del-alcance-de-la-investigacion-a-realizar-exploratoria-descriptiva-correlacional-o-explicativa/5129869/view)
- Conceptos Jurídicos. (2015). Definición Legal. Obtenido de [blogspot.com: https://definicionlegal.blogspot.com/2015/05/indemnizacion-laboral.html](https://definicionlegal.blogspot.com/2015/05/indemnizacion-laboral.html)

- Congreso Nacional. (16 de Diciembre de 2005). Codificación del Código del Trabajo. Registro oficial suplemento 167. Quito, Pichincha, Ecuador: Editora Nacional.
- Constitución de la República de Ecuador [Const.,]. (1929). Título XIII. De las garantías fundamentales. Asamblea Nacional.
- Constitución Política de la República de Ecuador [Const.,]. (1998). Título III. De los derechos, garantías y deberes. Asamblea Nacional.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Impacto en el Ordenamiento Jurídico Español. (28 de abril de 2008). Madrid.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2010). Metodología de la investigación quinta edición. México DF: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Huerta, C. (s.f.). EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD, ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Importancia. (13 de 03 de 2014). Importancia de los Tratados Internacionales. Recuperado el 2021, de Importancia.org: <https://www.importancia.org/tratados-internacionales.php>
- Madrid, J. (2018). Acciones afirmativas para personas con discapacidad física en los procesos de legalización del transporte comercial tipo taxi. Obtenido de dspace.uce.edu.ec: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/16921/1/T-UCE-0013-JUR-097.pdf>
- Mingo, M. (01 de abril de 2019). Despido Intempestivo. Obtenido de derechoecuador.com: <https://www.derechoecuador.com/despido-intempestivo#:~:text=El%20despido%20intempestivo%20es%20la,por%20terminada%20la%20relaci%C3%B3n%20laboral>.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social. (2018). Portal Único de Trámites Ciudadanos. Obtenido de gob.ec: <http://www.pueblosynacionalidades.gob.ec/wp-content/uploads/2018/12/004-Certificado-de-Sustituto-por-Solidaridad-Humana-de-Persona-con-Discapacidad.pdf>
- Ministerio de Trabajo. (2018). NORMA PARA LA CALIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE SUSTITUTOS DIRECTOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Ecuador. Obtenido de <https://boletincontable.com/wp-content/uploads/2018/10/NORMA-PARA-LA-CALIFICACION-Y-CERTIFICACION-DE-SUSTITUTOS-DIRECTOS-DE-PERSONAS-CON-DISCAPACIDAD.pdf>
- Ministerio del trabajo. (21 de Agosto de 2018). Normas para realizar la sustitución de personas con discapacidad. Acuerdo Ministerial N°180. Quito, Pichincha, Ecuador: Ministerio del trabajo (MDT).
- Movimiento de los Pueblos para la Educación de los Derechos Humanos. (2018). Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidades Distintas. Obtenido de PDHRE: <http://www.pdhre.org/rights/disabled-sp.html>

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2019). Igualdad y no discriminación. Preámbulo, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (s.f).

Reyes, S. (2017). La influencia de la estabilidad laboral en el desempeño de los servidores públicos en el Ministerio de Salud Pública. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Riofrio Betancourt vs SECOM, 689-19-EP/20 (Corte Constitucional 11 de Octubre de 2018).

Robalino Fierro vs Bravo Pachano, 367-19-EP (Corte Constitucional 2 de Julio de 2018).

Rojas, I. (2013). La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno. Revista de Derecho.

Toboso, M. (2019). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades.

Trujillo, E. (s.f). Indemnización. Obtenido de Diccionario económico: <https://economipedia.com/definiciones/indemnizacion.html>

Anexos

Cuenca, 22 de septiembre del 2021

**LA UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA
CARRERA DE DERECHO MATRIZ**

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la primera revisión de la investigación realizada por la estudiante **DORIS JANNETH QUEZADA ERRÁEZ** con número de cédula **0106525629**, titulado **“ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO DE UN TRABAJADOR QUE TIENE A SU CARGO UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD”**, indica un 4% de índice de similitud, 3% de fuentes de internet, 1% de publicaciones y tesis de maestría, 0% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



Paola Vallejo Cárdenas
**UNIDAD DE TITULACIÓN
CARRERA DERECHO**



CENTRO DE IDIOMAS

TITULO

Análisis de la vulneración del derecho a la indemnización por despido injustificado de un trabajador que tiene a su cargo una persona con discapacidad.

RESUMEN

En la presente investigación se analiza el derecho a la indemnización especial, por despido injustificado del trabajador que tiene a su cargo a una persona con discapacidad, establecido en el artículo 51 de La Ley Orgánica de Discapacidades, bajo este antecedente cabe mencionar que, si se decide ejecutar un despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho meses de la mejor remuneración, más la indemnización legal correspondiente. Para que este precepto se convierta en una realidad la persona despedida de manera injustificada debe cumplir ciertos requisitos, uno indispensable como es el carnet de discapacidad emitido por el MSP y otro irrelevante que es la calificación y certificación de trabajador sustituto, la falta de este segundo requisito no le hace merecedor a la remuneración especial antes mencionada, con el desarrollo de esta investigación se demostrará que este requisito puede ser suplido únicamente por el carnet de discapacidad de la persona que tiene a su cargo el trabajador.

PALABRAS CLAVES: TRABAJADOR SUSTITUTO, CALIFICACIÓN, LEY ORGÁNICA DE DISCAPACIDAD, INDEMNIZACIÓN, DESPIDO INJUSTIFICADO.



CENTRO DE IDIOMAS

TITLE

Analysis of the violation of the right to compensation for wrongful dismissal of a worker responsible for a person with disabilities.

ABSTRACT

This research analyzes the right to special compensation for wrongful dismissal of the worker responsible for a person with disabilities, established in Article 51 of the Organic Law on Disabilities. Under this background, it is worth mentioning that if it is decided to execute a wrongful dismissal of a person with disabilities or the person responsible for the care of the person with disabilities, he/she must be compensated with a value equivalent to eighteen months of their best remuneration, plus the corresponding legal indemnity. So that this precept becomes a reality, the person wrongfully dismissed must comply with certain requirements, one of which is indispensable, such as the disability card issued by the MSP, and another irrelevant one, which is the qualification and certification of substitute worker. The lack of this second requirement does not make him/her worthy of the special remuneration mentioned above, with the development of this research it will be demonstrated that this requirement can be supplied only by the disability card of the person in charge of the worker.

KEYWORDS: SUBSTITUTE WORKER, QUALIFICATION, ORGANIC LAW ON DISABILITY, COMPENSATION, WRONGFUL DISMISSAL

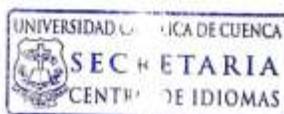


CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 11 de octubre de 2021

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO


Janneth Adriana Suquinagua Alvarado
SECRETARIA CENTRO DE IDIOMAS



Cuenca, 11 de octubre del 2021

Señor Doctor

Ernesto Robalino Peña

DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

Su despacho

De mis Consideraciones

WASHINGTON ANDRÉS SÁNCHEZ URGILES, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor de la estudiante **QUEZADA ERRAEZ DORIS JANNETH** con número de cédula **0106525629**, titulado **“ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO DE UN TRABAJADOR QUE TIENE A SU CARGO UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD”**, debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:



Firmado por

WASHINGTON ANDRES SANCHEZ URGILES

EC

**DR. WASHINGTON ANDRÉS SÁNCHEZ URGILES, MGS.
DOCENTE TUTOR**



Doris Janneth Quezada Erráez portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0106525629**. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación "**Análisis de la vulneración del derecho a la indemnización por despido injustificado de un trabajador que tiene a su cargo una persona con discapacidad**" de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **06 de octubre de 2021**

DORIS JANNETH
QUEZADA
ERRAEZ
F:

Doris Janneth Quezada Erráez

C.I. 0106525629



EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

INFORMA:

Que, **QUEZADA ERRAEZ DORIS JANNETH C.C 0106525629** de la carrera de **DERECHO** modalidad Presencial, presenta su diseño de Trabajo de Investigación con el Título: **"ANÁLISIS DE LA VULNERACION DEL DERECHO A LA INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTIFICADO DE UN TRABAJADOR QUE TIENE A SU CARGO UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD"** Tutor: **Mgs. Andrés Sánchez**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **14 de mayo de 2021**, previo a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la Republica.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 07 de octubre de 2021.

AB. XAVIER IÑIGUEZ VIVAR



Elaborado por:	Ing. Marcela Ruiz Mgs.	
Revisado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs.	
Autorizado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs.	



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES, PERIODISMO, INFORMACION Y DERECHO

CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN, PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL ECUADOR

Análisis de la vulneración del derecho a la indemnización por despido
injustificado de un trabajador que tiene a su cargo una persona con discapacidad

AUTORA: DORIS JANNETH QUEZADA ERRAEZ

TUTOR: DR. WASHINGTON ANDRÉS SÁNCHEZ MGS

CUENCA-ECUADOR

AÑO: 2021

*Yo me gradué en
los 50 años de La Católica
... y sostuve la Universidad*

1. TEMA

Análisis al Artículo 51 De La Ley Orgánica de Discapacidades

2. TÍTULO DEL PROYECYO DE INVESTIGACIÓN

Análisis de la vulneración del derecho a la indemnización por despido injustificado del trabajador que tiene a su cargo una persona con discapacidad.

3. MARCO CONTEXTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

La Constitución de la República del Ecuador reconoce el Derecho al Trabajo como un derecho y un deber social, además establece que es una fuente de realización personal y base de la economía. Y que el Estado es el llamado a garantizar de manera prioritaria a las personas trabajadoras entre ellas las que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria, con el pleno respeto a su dignidad y la garantía de llevar una vida decorosa, además de percibir remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Bajo este preámbulo es menester hacer alusión al reconocimiento de los grupos de atención prioritaria en la carta magna¹ este apartado sea tomado como base fundamental para adoptar medidas que vayan en favor de las personas con discapacidad, que a lo largo de la historia ha sido un grupo que sin la protección estatal adecuada, una de las medidas adoptadas por Estado Ecuatoriano en favor de las personas con discapacidad, ha sido la creación de la Ley Orgánica de Discapacidades.

¹ Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. Constitución de la República del Ecuador.

Para acceder a los derechos y beneficios que confiere la Ley Orgánica de Discapacidades, es necesario que la persona cumpla con una serie de requisitos impuestos por esta Ley, ya sea como discapacitada en condición incapacitante o como la persona bajo cuya responsabilidad y cuidado esté la persona discapacitada por la autoridad sanitaria competente del Sistema Nacional de Salud. Acorde a lo que disponen los artículos 9, 10, 11 y 12 de esta Ley; y a su vez sea registrada conforme al Reglamento para el Registro de Trabajadores Sustitutos de Personas con Discapacidad, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 909 de 11 de marzo de 2013.

En la presente investigación analizaremos sobre el despido injustificado a una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, y su indemnización, que según la Ley de Discapacidades esta deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente.

Sin embargo, esta indemnización aún tiene que ser afinada específicamente en la claridad de la normativa, ya que actualmente en varias ocasiones los administradores de justicia y autoridades administrativas vulneran los derechos de las personas con discapacidad y sus representantes; específicamente el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Por esta razón la presente investigación tiene como objetivo esclarecer los ámbitos de aplicación de cada uno de los artículos que intervienen y que son tomados en cuenta al momento de dar una resolución o una sentencia del pago o no de esta indemnización.

4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Es necesario que un trabajador obtenga la calificación o certificación como trabajador sustituto a fin de que tenga derecho a la indemnización del inciso

segundo del artículo 51² de la Ley Orgánica de Discapacidades, en caso de ser despedido?

5. OBJETO DE ESTUDIO

El derecho a la indemnización por despido intempestivo del trabajador que tenga a su cargo una persona con discapacidad.

6. CAMPO DE ACCIÓN

- Constitución de la República del Ecuador
- Ley Orgánica de discapacidades.
- Código de Trabajo.
- Acuerdo No. MDT-2017-0108.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades.

7. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN DE LA CARRERA

Derecho y Administración de Justicia.

8. OBJETIVO GENERAL

Verificar la necesidad de ser calificado como trabajador sustituto a fin de ser beneficiario de la indemnización del segundo inciso del Artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, en caso de sufrir un despido intempestivo.

9. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

-Analizar la normativa jurídica nacional e internacional en relación a los derechos de las personas con discapacidad.

-Conceptualizar el origen de la indemnización y la órbita legal de protección de las personas que tengan a su cargo una persona con discapacidad.

-Estudiar la figura legal de nuestra legislación en lo que respecta a trabajadores sustitutos y personas que tengan a su cargo una persona con discapacidad.

-Establecer si la calificación y certificación de discapacidad como trabajador sustituto es necesaria para ser beneficiario de la indemnización del inciso segundo del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

10. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación se basa en un enfoque cualitativo, ya que se observaran los más aspectos relevantes del problema planteado, sus condiciones y circunstancias que lo convierten en tal, se obtendrá la información necesaria con

el análisis profundo para que pueden acceder a un puesto laboral como beneficio que establece la Ley Orgánica de Discapacidades de acceso al trabajo bajo la figura de trabajador sustituto, por tener bajo su responsabilidad o cuidado a una persona con discapacidad, debiendo ser calificados por la Ley como sustitutos, cuya aplicación conlleva a la vulneración de Derechos Constitucionales y se determinará que establecen otros cuerpos normativos en relación al problema.

El enfoque de esta investigación será de alcance descriptivo y exploratorio. El alcance exploratorio se realiza en base a la recopilación de información, mediante el análisis documental de la normativa, doctrina, y elementos informativos tipo noticias, que tienen relación con el tema expuesto. Con la información obtenida se utilizará el alcance descriptivo ya que una vez que se haya obtenido la información necesaria, se evidenciara que existe una vulneración a los Derechos Constitucionales, por la aplicación de dicho Acuerdo ministerial, que afectan principalmente a los trabajadores sustitutos.

11. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

11.1. Indemnización

El despido intempestivo es la terminación de la relación laboral, realizada de manera unilateral por parte del empleador, dicho en otras palabras, es el aviso mediante el cual, el empleador le hace conocer al trabajador, que es su voluntad dar por terminada la relación laboral.

Dicha decisión, la asume el empleador, sin el consentimiento del trabajador, sin previo aviso y de manera injustificada, lo que finalmente provoca que el trabajador quede en la desocupación y en su defecto, obliga al empleador a cancelar al trabajador una indemnización por despido intempestivo, de conformidad a lo determinado en el artículo 188 del Código de Trabajo. En los casos de despido intempestivo, el empleador deberá cancelarle al trabajador, además de los

proporcionales del décimo tercer sueldo, décimo cuarto sueldo y vacaciones, una bonificación, de manera obligatoria, por desahucio, observando lo determinado en el artículo 185 *ibídem*.

En relación al despido intempestivo de una persona con discapacidad cabe mencionar que en nuestro ordenamiento Jurídico Constitucional se encuentran normas y principios que deben ser respetados dentro de un proceso en donde se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones. Pues la Norma Suprema reconoce al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia, y tiene como deber primordial garantizar sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales.

En consecuencia, la estabilidad laboral de una persona con discapacidad es garantizado dentro de la entidad que labora, por lo tanto, si se realiza un despido a una persona con discapacidad, debe reconocerse a favor de este la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, que establece una indemnización especial de 18 remuneraciones si la persona con discapacidad es despedida injustificadamente.

11.2. Indemnización especial

En el Ecuador se han establecido diversas estrategias con el propósito de fomentar, establecer y ejecutar políticas públicas en pro del reconocimiento de los derechos de las y los ciudadanos, dentro de esta colectividad encontramos a los grupos de atención prioritaria, en donde se destacan las personas con discapacidad y sus representantes.

Dentro de estas políticas se encuentra la emisión de normativas que amparen y fortalezcan los derechos de este grupo prioritario. Referente al derecho del trabajo desde un punto de vista inclusivo, la implementación del 4% de

contratación de discapacidades en el sector público y privado ha sido vista a nivel internacional como una de las mejores prácticas y un ejemplo de inclusión en materia laboral, ya que propone derechos exclusivos para las personas con discapacidad como también a sus representantes.

Entre estas políticas se encuentra también la indemnización por despido injustificado que según la normativa legal vigente es de 18 de la mejor remuneración que haya percibido el trabajador mientras existió la relación laboral más las indemnizaciones que el Código del Trabajo establezca. Sin embargo, esta indemnización aún tiene que ser afinada con el afán de determinar qué requisitos se necesita para ser beneficiario de la misma. Bajo este preámbulo es necesario establecer un concepto claro sobre la indemnización, para ello el autor Román Bossmediano (2017) afirma que:

La indemnización en materia laboral es de carácter económico, ya que es el medio más frecuente y útil, debido a que permite de una u otra manera reestablecer todo el tiempo y el desgaste intelectual como físico del trabajador, por los servicios lícitos prestados a favor del empleador y en casos más extremos por vulneración de derechos del empleador que ya no recaen meramente por la relación de dependencia, sino por condiciones individuales como ser humano, como es el caso de la discriminación; es decir, La indemnización laboral es la compensación económica que se otorga a un trabajador como consecuencia de haber sufrido un perjuicio de índole laboral por parte de su empleador. Si bien la indemnización no puede entenderse como una reparación integral por el daño producido, como sí ocurre con la figura del resarcimiento, representa una medida que busca sancionar, a través de la entrega de una suma dineraria, la actuación dolosa del empleador. (p.51)

11.3. Derecho al Trabajo

Toda persona tiene derecho al trabajo, siendo la base para la realización de otros derechos humanos y para una vida digna. Incluye la oportunidad de ganarse

la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. En la realización progresiva de este derecho, los Estados están obligados a garantizar la disponibilidad de orientación técnica y profesional, y a tomar las medidas apropiadas para crear un entorno propicio para que existan oportunidades de empleo productivo. Los Estados deben garantizar la no discriminación en relación con todos los aspectos del trabajo. El trabajo forzoso está prohibido por el derecho internacional.

El Derecho al Trabajo para López (2016) manifiesta que consiste:

El trabajo es condición humana. Por medio de éste, se busca asegurar las necesidades básicas, e incluso lograr una buena vida. Es una operación retribuida, resultado de la actividad humana; y también es conceptualizable como el esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza. Es así que el trabajo, origina la necesidad del establecimiento de normas tendientes a la protección de quienes sólo poseen su fuerza de trabajo. De este modo, el denominado "Derecho al Trabajo", implicó la aparición de un catálogo de derechos humanos, también conocidos como derechos humanos laborales, que son inherentes por el sólo hecho de ser persona y trabajar (p.256)

Sánchez (2017) manifiesta que:

Que todo trabajador tiene derecho a un trabajo decente o digno es decir caracterizado por, Derecho a que se respete su dignidad humana, sin ningún tipo de discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, o estado civil. Se prohíbe el hostigamiento, el mismo que es entendido como el ejercicio del poder en una relación de subordinación que se expresa en conductas, verbales, físicas o ambas. (págs.2, 3)

11.3.1 El trabajo como un Derecho y un Deber Social

Según Nájera Martínez (2009) dice que:

La concepción moderna de la sociedad y del derecho sitúa al hombre en la sociedad y le impone deberes y le concede derechos, derivados unos y otros de su naturaleza social: la sociedad tiene el derecho de exigir de sus miembros el ejercicio de una actividad útil y honesta y el hombre, a su vez, tiene el derecho de reclamar a la sociedad la seguridad de una existencia compatible con la dignidad de la persona humana. El derecho del hombre a la existencia tiene hoy un contenido nuevo: en el pasado, significó la obligación del Estado a respetar la vida humana y dejar al hombre en libertad para realizar por sí mismo su destino; en el presente, el derecho del hombre a la existencia quiere decir: obligación de la sociedad de proporcionar a los hombres la oportunidad de desarrollar sus aptitudes (p.4)

11.3.2. La protección de la dignidad humana con relación al derecho al trabajo

La protección de la dignidad humana con relación al derecho al trabajo según González (2017) en su obra la "Debida Protección de los Derechos Humanos" establece que:

Los derechos humanos surgen de la necesidad de establecer condiciones elementales que aseguren la existencia y favorezcan el desarrollo de cada persona, los cuales encuentran sustento en la dignidad humana y son inherentes a ella, es el sentido teleológico de estos derechos. Desde el punto de vista histórico, los derechos humanos se han constituido como los límites frente al uso arbitrario o irracional del poder. En una aproximación sistemático-jurídica, los derechos humanos corresponden a derechos subjetivos con la máxima jerarquía en el ámbito interno e internacional. (p.18)

Bajo este precepto cabe mencionar que se suele identificar a la dignidad humana como la reafirmación de la idea del ser humano visto como un fin en sí mismo, no mediatizado. En una primera aproximación, la dignidad humana puede identificarse como un mínimo o suficiente que existe o se presenta en las relaciones entre los seres humanos. En su sentido más elemental, la dignidad

implica un reconocimiento de la propia humanidad en otro sujeto o sujetos de una determinada relación social, en tanto individuo en lo particular, así como formando parte de una comunidad.

Las personas con discapacidad que trabajan gozan del mismo respeto a la dignidad humana y de los mismos derechos laborales que las personas sin discapacidad, con una protección especial blindada por el principio de igualdad y no discriminación, el que se ve traducido en la igualdad de oportunidad y la integración social, siempre con un enfoque a preservar el derecho al acceso al trabajo y a la remuneración de estas personas, cabe mencionar que el constituyente ecuatoriano ha dejado claro que su interés es proteger a este grupo prioritario, sobre todo de posibles vulneraciones al derecho a la igualdad y a la no discriminación, y para ello ha establecido garantías constitucionales destinadas a tutelar sus derechos constitucionales como la acción de protección.

11.3.4. Proceso de Constitucionalización del Trabajo en Ecuador

El proceso de Constitucionalización del Derecho al Trabajo, es un tema de suma importancia ya que, para todo Estado Constituyente, la Carta Magna o también denominada como Constitución es la clave primordial para la protección de Derechos para ello Guerrón (2001) manifiesta que:

La Constitución de 1850 tiene la particularidad de incorporar la garantía de la libertad de trabajo, esto es, que nadie está obligado a prestar servicios personales en contra de su voluntad; y, por otro lado, reconoce la facultad de escoger cualquier trabajo o actividad productiva, que no se oponga a la ley, buenas costumbres y a la seguridad o salubridad colectivas, disposiciones que en la práctica no pasaron de ser buenas intenciones. La Constitución de 1861 elimina varios de los requisitos para ser ciudadano, entre ellos, el de capacidad económica y el que marginaba a las personas que laboraban en relación de dependencia, de la posibilidad de acceder a tal condición y, se van dejando de lado conceptos por los cuales se estigmatizaba al trabajo; y más

bien mantiene el precepto que suspende los derechos de ciudadanía al vago declarado. (p.19)

11.3.5. In dubio pro operario

Este principio reza en el artículo 326, numeral 3 de la Constitución que textualmente dice: "En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, esta se aplicará en el sentido más favorable a las personas trabajadoras". Por lo tanto, si existiera más de una norma deberá aplicarse la más favorable al trabajador.

11.4. Discapacidad

La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Las personas con discapacidad Son aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con el entorno, encuentran diversas barreras, que pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos. (Convención de la ONU, 2006, y Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, OMS, 2002).

11.4. Trabajador sustituto

Se considera como trabajadores sustitutos a los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho legalmente constituida, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa. Según la revista Jurídica de (Cámara de Comercio de Quito, 2017) establece que:

Se considera como trabajadores sustitutos a los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho legalmente constituida, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa; de igual manera se consideran como trabajadores sustitutos directos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales, los mismos que pueden formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral. Este beneficio no puede trasladarse a más de una (1) persona, por cada persona con discapacidad severa, conforme lo determina el artículo 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Se considera como trabajador sustituto por solidaridad humana a aquellas personas que sin tener parentesco de consanguinidad o afinidad, pueden ser incluidas laboralmente en sustitución de una persona con discapacidad severa, que no cuente con referente familiar y que por su condición este impedida de hacerlo; en estos casos el sustituto por solidaridad será el responsable de la manutención y gastos relacionados con los bienes descritos en el artículo 74 de la Ley Orgánica de Discapacidades; y, servicios de primera necesidad para uso y consumo de la persona con discapacidad severa. (p.1)

La persona acreditada y certificada como sustituto por solidaridad humana es responsable del cuidado de una persona con discapacidad, pudiendo ser pariente de la persona sustituida o por la contratación de servicios relacionada con las necesidades de la vida diaria de cuidados y atención. Sin embargo, este beneficio no puede trasladarse a más de una persona, por cada persona con discapacidad severa.

De las personas que tienen a su cargo la manutención de una persona con discapacidad se considera a aquella que pudiendo tener o no parentesco, es responsable del cuidado y sustento de una persona con discapacidad; sin embargo, esta condición no puede ser establecida a más de una persona, por cada persona con discapacidad del 30% o más debidamente justificada.

El Ministerio del Trabajo expidió las normas para la calificación y certificación de sustitutos directos de personas con discapacidad. Dicho acuerdo es aplicable tanto en el sector público y privado y en lo principal manda: Son sustitutos directos a los padres de niños o adolescentes con discapacidad del 30% o más. También se consideran sustitutos directos a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal de una persona con discapacidad severa (75%).

Se consideran sustitutos por solidaridad humana quienes sin tener parentesco pueden ser incluidos laboralmente o gozar de beneficios tributarios en sustitución de una persona con discapacidad severa (75%) que no cuente con un referente familiar. La calificación y certificación de los sustitutos directos de ahora en adelante la hará el Ministerio del Trabajo. Los trabajadores son responsables de informar a su empleador su calidad de sustituto una vez que haya sido informado por su trabajador respecto de su certificación como sustituto, deberán registrar dicha información en el sistema del Ministerio del Trabajo.

Quienes anteriormente hayan adquirido la calidad de sustituto emitida por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, deberán solicitar nuevamente su calificación al Ministerio del Trabajo cuando concluya el tiempo de vigencia del certificado actual.

12. HIPÓTESIS O IDEAS A DEFENDER

En el caso de despido injustificado a trabajadores sustitutos que tienen a su cargo una persona con discapacidad, el empleador no debería solicitar al trabajador la calificación como trabajador sustituto para la obtención de la indemnización del Artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades ya que la condición de discapacidad es un hecho que no está supeditado al reconocimiento que el Estado hace de dicha condición.

13. MÉTODOS A UTILIZARSE

El método abordado dentro del presente trabajo de titulación fue el inductivo-deductivo el mismo que está conformado por dos procedimientos inversos, la inducción y la deducción.

La inducción es una forma de razonamiento en la que se pasa del conocimiento de un caso o casos particulares a un conocimiento más general, que refleja lo que hay de común en los fenómenos individuales. Su base es la repetición de hechos y fenómenos de la realidad, encontrando los rasgos comunes en un grupo definido, para llegar a conclusiones de los aspectos que lo caracterizan. Las generalizaciones a que se arriban tienen una base empírica.

Dentro de esta investigación también se aplicó el método Histórico-Lógico.

Lo lógico que sirve para descubrir la esencia del objeto requiere los datos que le proporciona lo histórico. De otra manera, se trataría de un simple razonamiento especulativo. Sin embargo, lo lógico debe reproducir la esencia y no limitarse a describir los hechos y datos históricos.

Estas ideas se resumen en que lo lógico es lo histórico liberado de la forma histórica. La aplicación de los métodos mencionados, permitió el análisis de bibliografías, teorías, leyes, ordenamiento jurídico internacional, estableciendo de esta manera el incumplimiento al contenido del mandato del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, por la aplicación del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0108 sobre la certificación al trabajador sustituto.

14. POBLACIÓN Y MUESTRA EN CASO DE SER NECESARIO

Por la naturaleza de la investigación no aplica.

15. CRONOGRAMA DE TAREAS

Actividades	Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4	Mes 5	Mes 6
Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y conceptos.	X					
Elaboración de la fundamentación teórica.	X					
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información.			X			
Validación de los instrumentos de recolección de la información.			X			
Aplicación de los instrumentos y recolección de la información.				X		
Procesamiento y análisis de la información.				X		
Elaboración del informe de diagnóstico de la investigación.				X		
Contrastación con las teorías, elaboración de propuestas, conclusiones y					X	

recomendaciones.						
Elaboración del informe final de la investigación.					X	
Presentación del informe final en la secretaria de la unidad académica					X	
Sustentación individual ante un tribunal de grado.						X

16. BIBLIOGRAFIA

- Guerrón Ayala , S. (2001). Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral. En S. Guerrón Ayala, *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Labo*. Quito: Andina del Ecuador.
- Patlán Pérez, J. (2016). Derechos laborales: una mirada al derecho a la calidad de vida en el trabajo. En J. Patlán Pérez, *Derechos laborales: una mirada al derecho a la calidad de vida en el trabajo*. Mexico: Ciencia Ergo.
- ConceptoDefinicion;. (22 de julio de 2019). *ConceptoDefinicion*. Obtenido de ConceptoDefinicion: <https://conceptodefinicion.de/piramide-de-kelsen/>
- Gonzales , N. (2011). EL COMERCIO INFORMAL Y SU INCIDENCIA EN EL NIVEL DE INGRESOS DE LOS COMERECIANTES FORMALES. En N. Gonzales, *EL COMERCIO INFORMAL Y SU INCIDENCIA EN EL NIVEL DE INGRESOS DE LOS COMERECIANTES FORMALES*. Ibarra: Tecnica del Norte.
- González Pérez, L. (2017). Los derechos humanos laborables. En L. R. González Pérez, *Los derechos humanos laborables*. Mexico: H. R. Astorga.
- guiaosc.org;. (8 de enero de 2018). *guiaosc.org*. Obtenido de [guiaosc.org: https://guiaosc.org/que-es-una-ordenanza-municipal/](https://guiaosc.org/que-es-una-ordenanza-municipal/)
- Irigoyen, J. (2016). El trabajo autónomo en el Ecuador ¿está protegido? En J. Irigoyen, *El trabajo autónomo en el Ecuador ¿está protegido?* Quito : San Francisco .
- Lopez , F. (2016). Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo. En F. Lopez, *Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo*. MEXICO: HOFFE.
- Nájera Martínez, A. (2009). DERECHO LABORAL. En A. Nájera Martínez, *DERECHO LABORAL*. MEXICO: UESLP.
- Red-Desc;. (2016). El derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores. *Red-Desc*, 2. Obtenido de <https://www.escri-net.org/es/derechos/trabajo>

- Rosatti , H. (23 de enero de 2012). *participacion ciudadana y gestion local*.
Obtenido de participacion ciudadana y gestion local:
<https://es.slideshare.net/anaromano9/ordenanzas-77727705>
- Sanchez Castañeda , A. (2017). Derecho de los Trabajadores . En A. Sanchez Castañeda, *Sanchez Castañeda , Alfredo*; (pág. 2). mexico: INEHRM.
- Torres Zavaleta, F. A. (2018). Comercio Informal Ambulatorio y sus efectos en el deterioro del Espacio Público . En F. A. Torres Zavaleta, *Comercio Informal Ambulatorio y sus efectos en el deterioro del Espacio Público* . Perú: César Vallejo.

Cuenca, 7 de abril de 2021

DORIS JANNETH
QUEZADA
ERRAEZ

Firmado digitalmente
por DORIS JANNETH
QUEZADA ERRAEZ
Fecha: 2021.04.07
10:06:44 -05'00'

.....

Doris Quezada
Investigadora

 Firmado por
WASHINGTON ANDRES SANCHEZ
URGILES
EC

.....

Dr. Andrés Sánchez Mgs
Tutor

.....

Dr. Manuel Dután Mgs
Responsable del Dpto. de
Investigación de la Carrera de

.....

Dra. Paola Vallejo, Mgs.
Responsable del Dpto. de Titulación

Fecha.....

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha.....