UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"REFORMAR AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CAPÍTULO IV ART. 42 NUMERAL 33, INCISO, 1, 3, 4, 5, 6, CAUSAN GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO INNECESARIO A LA EMPRESA"

Tesis previa la obtención del Título de Abogada

AUTORA: María Teresa Sisalema Guaquipana.

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez. Mg. Sc.

LOJA-ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN:

Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez. Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

C E R T I F I C O:

Haber dirigido y revisado prolijamente el contenido y forma del presente trabajo de investigación jurídica del nivel de pre-grado presentado por la postulante María Teresa Sisalema Guaquipana, bajo el título de "REFORMAR AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CAPÍTULO IV ART. 42 NUMERAL 33, INCISO, 1, 3, 4, 5, 6, CAUSAN *GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO INNECESARIO A LA EMPRESA*", la presente tesis cumple con las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, agosto del 2015.

Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez. Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, María Teresa Sisalema Guaquipana, declaro ser la autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional Biblioteca Virtual.

Autora: María Teresa Sisalema Guaquipana

Firma: ----------

Cedula No. 0201332814

Fecha: Loja, Agosto del 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **María Teresa Sisalema Guaquipana,** declaro ser autora del presente trabajo de tesis titulada **"REFORMAR AL CODIGO DE TRABAJO, CAPITULO IV ART. 42, NUMERAL 33, INCISO, 1, 3, 4, 5, 6, CAUSAN GRAVE PERJUICIO ECONOMICO INNECESARIO A LA EMPRESA, A FIN DE DETERMINAR LOS GRADOS",** como requisito para optar al grado de: Abogada, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para con fines académicos; muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio con la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 12 días del mes de Agosto del 2015, firma la autora.

Firma:

Autora: María Teresa Sisalema Guaquipana
Cédula: 0201332814
Dirección: Comunidad Kilitawa, Parroquia Guanujo, Cantón Guaranda
Correo electrónico: teresisalema@yahoo.es
Teléfono: 0999904721

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez Mg. Sc.
Presidente del Tribunal: Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.
Miembro del Tribunal: Dr. Igor Eduardo Vivanco Meller Mg. Sc.
Miembro del Tribunal: Dr. Juan Carlos Jaramillo Montesino Mg. Sc.

DEDICATORIA.

El presente trabajo investigativo lo dedico a Dios y a mi Familia, quienes han sido un pilar fundamental para que hoy se vean materializados todos mis esfuerzos y mis metas de mi preparación profesional.

María Teresa Sisalema Guaquipana

AGRADECIMIENTO.

Como persona que he decidido optar por la vida intelectual me siento satisfecha pues mis esfuerzos hoy se ven reflejados a través de la culminación del presente trabajo de investigación jurídica, en donde se materializa todo lo que una estudiante universitaria puede anhelar, el formarme profesionalmente para luchar por la justicia, la libertad y el honor, ya que estos valores son importantes para quienes estamos inmersos en el estudio del Derecho, y que siempre los vamos a encontrar en el transcurso de nuestra vida profesional.

Por ello mi agradecimiento va dirigido a la Universidad Nacional de Loja, a la Modalidad de Estudios a Distancia, y especialmente a la Carrera de Derecho, por haberme permitido realizar mis estudios superiores, a todos los catedráticos, personal administrativo y de manera muy especial al Dr. Hernán Jiménez, Director de Tesis, quien me asesoró con sus conocimientos durante todo el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica hasta su culminación.

LA AUTORA.

TABLA DE CONTENIDOS

Certificación.

Autoría.

Carta de Autorización.

Dedicatoria.

Agradecimiento.

Tabla de Contenidos.

1. TÍTULO.

2. RESUMEN.

2.1. ABSTRACT.

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. Marco Conceptual.

4.2. Marco Doctrinario.

4.3. Marco Jurídico.

4.4. Derecho Comparado

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Materiales.

5.2. Métodos y Técnicas.

6. RESULTADOS.

6.1. Análisis de los Resultados de la Investigación de Campo.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

7.2. Contrastación de Hipótesis.

7.3. Fundamento Técnico-Jurídico de la Propuesta de Reforma Jurídica.

8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

10. BIBLIOGRAFÍA.

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO:

“REFORMAR AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CAPÍTULO IV ART. 42 NUMERAL 33, INCISO, 1, 3, 4, 5, 6, CAUSAN GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO INNECESARIO A LA EMPRESA”

2.- RESUMEN.

La actual Constitución de la República del Ecuador del año 2008 garantiza en su Art. 47 numeral 5 establece que es un derecho fundamental para las personas con discapacidad acceder al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, a través de políticas públicas que permitan su inclusión laboral tanto en el sector privado como público.

Desde el ámbito de acción de la legislación se encuentran importantes cuerpos normativos, tal como la Ley sobre Discapacidades que establece una serie de prerrogativas de acceso principalmente a servicios básicos de atención prioritaria a las personas con discapacidad, así como exenciones tributarias y demás prerrogativas que amparan los derechos de estas personas.

En el ámbito concretamente laboral el Código del Trabajo establece en su Art. 42 las obligaciones y deberes de los empleadores, y en su numeral 33 establece un porcentaje obligatorio para la contratación de personas con discapacidad por parte de los empleadores, pero la actual regulación legal más que lograr su finalidad esencial, ha traído serios inconvenientes tanto jurídicos como económicos y sociales.

La sanción pecuniaria establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, prescribe que el empleador que no cumpla con el porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados será sancionado con una multa equivalente a diez remuneraciones mensuales desde la vigencia de la Ley Reformatoria Nro. 28-2006 publicada en el R. O. Nro. 198 del 30 de enero

del 2006. Lo cual vulnera el principio de proporcionalidad, pues la multa se incrementa desmesurablemente, porque tal como se encuentra redactada las Direcciones Regionales de Trabajo han procedido a imponer multas que se incrementan por cada mes hasta la imposición de la multa, creando sumas exageradas a pagar que bordean los treinta mil dólares.

Otro problema está que el incumplimiento se basa en el porcentaje, y cuando dicho porcentaje no da como resultado números enteros, es decir, que la aplicación de porcentaje da por ejemplo 3,5 trabajadores con discapacidad, como es lógico nadie puede contratar la mitad de una persona, pero el incumplimiento de esa parte fraccionaria ya consta como infracción a la disposición del Código del Trabajo, y en todo el país ya se han evidenciado los efectos negativos de la imposición de multas demasiado fuertes que pueden poner en riesgo económico a la empresa privada en el Ecuador.

La obligación de contratar a personas con discapacidad es para el ámbito público y privado, pero se establece con desigualdad la sanción, debido a que en el sector público se multa con un sueldo básico unificado una sola vez, mientras que a la empresa privada se la sanciona con diez remuneraciones básicas unificadas en forma mensual.

Por ende el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo requiere una urgente reforma legal, que proporcionalice la multa, con el objeto de que si bien es necesario garantizar la inclusión de las personas con

discapacidad, también es cierto que las normas legales no deben producir perjuicios económicos innecesarios.

2.1. ABSTRACT.

The current Constitution of the Republic of the Ecuador of the year 2008, guarantee in their Art. 47, 5 numeral establish that it is a fundamental right for people with disability to consent to the work under conditions of equality of opportunities, through political public that allow their labor inclusion so much in the private sector as public.

From the environment of action of the legislation they are important normative bodies, just as the Law about Disabilities that establishes a series of access prerogatives mainly to basic services of high-priority attention to people with disability, as well as excuses tributary and other prerogatives that aid the rights of these people.

In the concretely labor environment the Code of the Work settles down in its Art. 42 the obligations and the employers' duties, and in their numeral one 33 establish an obligatory percentage for the recruiting of people with disability on the part of the employers, but the current legal regulation more than to achieve their essential purpose, it has brought serious inconveniences so much juridical as economic and social.

The pecuniary sanction settled down in the Art. 42 numeral 33 of the Code of the Work, it prescribes that the employer that doesn't fulfill the minimum percentage of hard-working with disability will be sanctioned with an equivalent ticket to ten monthly remunerations from the validity of the Law Reformatory Number 28-2006 published in the R. O. Number 198 of January 30 the 2006. That which harms the principle of proportionality, because the ticket is increased extensity, because just as it is edited the

Regional Directions of Work they have proceeded to impose tickets that are increased by every month until the imposition of the ticket, creating exaggerated sums to pay that they skirt the thirty thousand dollars.

Another problem is that the nonfulfillment is based on the percentage, and when this percentage doesn't give whole numbers as a result, that is to say that the percentage application gives 3,5 workers for example with disability, like it is logical nobody can hire half of a person, but the nonfulfillment of that fractional part already consists as infraction to the disposition of the Code of the Work, and in the whole country the negative effects of the imposition of too strong tickets have already been evidenced that can put in economic risk to the company deprived in the Ecuador.

The obligation of hiring people with disability is for the public and private environment, but the sanction settles down with inequality, because in the public sector it is fined with an unified basic salary a single time, while to the private company it sanctions it to him with ten basic remunerations unified in monthly form.

Therefore the Art. 42 numeral 33 of the Code of the Work require an urgent legal reformation that proporcionalice the ticket in order to that although it is necessary to guarantee the inclusion of people with disability, it is also certain that the legal norms should not produce unnecessary economic damages.

3.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de Investigación Jurídica referente a la **"REFORMAR AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CAPÍTULO IV ART. 42 NUMERAL 33, INCISO, 1, 3, 4, 5, 6, CAUSAN *GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO INNECESARIO A LA EMPRESA*"**, fue realizado con dedicación, investigación y esmero; el cual también forma parte indispensable de mi formación profesional y me permite obtener el título de Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, luego de haberme formado y forjado durante seis años en la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja.

El tema de la presente tesis, fue seleccionado de la problemática social y jurídica de las relaciones laborales en el Ecuador, partiendo de que es una prerrogativa fundamental el derecho al trabajo remunerado para las personas con discapacidad, la misma que permite su realización personal y su inclusión social; de esta manera se han establecido diferentes disposiciones legales que amparan este derecho constitucional para este grupo de atención prioritaria, una de ellas es el porcentaje obligatorio de trabajadores con discapacidad y la sanción pecuniaria dispuesta para el caso de incumplimiento por parte del empleador. Pero la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo vulnera el principio de proporcionalidad, pues aplica multas excesivamente elevadas

a la empresa privada, y de una forma injusta y desigual a la que se aplica al incumplimiento de la misma norma en el Sector Público.

Esta investigación ha sido debidamente revisada por mi Director de Tesis, el cual sabiamente me ha sabido dirigir para llegar a su culminación, presentando las respectivas conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

El presente trabajo ha sido estructurado de la siguiente manera:

Primeramente he efectuado la REVISIÓN DE LITERATURA, la misma que aborda teóricamente la problemática desde una Marco Conceptual en el que se describen nociones básicas de lo que son: Las Condiciones actuales para la contratación de trabajadores con discapacidad, Desproporcionalidad de la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo y su Afectación Económica a la Empresa Privada; así mismo desde un Marco Doctrinario en el cual analizó integralmente los aspectos dogmáticos del Derecho de Trabajo, Reseña Histórica, Concepto y Características, Contrato de Trabajo, Sujetos Contractuales (Empleador, Trabajador y Trabajador con Discapacidad); Finalmente se encuentra el Marco Jurídico, en el que efectúo un análisis detallado de las disposiciones jurídicas de la Constitución de la República del Ecuador, Ley sobre Discapacidades, Código del Trabajo, y Derecho Comparado.

A continuación hago referencia a los MATERIALES Y MÉTODOS que se emplearon en cada fase de la ejecución del proyecto de tesis, tanto para

la recopilación de información bibliográfica como empírica mediante las técnicas de encuesta y entrevista.

En el siguiente apartado referente a los RESULTADOS muestro los datos obtenidos de la aplicación de las encuestas y entrevistas, en un número de 30 y 5 respectivamente, a una población determinada por Funcionarios Judiciales y Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios, presentando los mismos con su respectivo gráfico, interpretación y comentario de la autora.

Luego se encuentra la parte concerniente a la DISCUSIÓN en la cual se efectuó la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis planteados en el proyecto de tesis, así como el fundamento técnico-jurídico de la Propuesta de Reforma al Código del Trabajo.

En la parte final del presente informe de investigación jurídica se encuentran las conclusiones, las recomendaciones a distintas instituciones públicas y sectores sociales, y la Propuesta de Reforma Jurídica.

Tengo la esperanza que el presente trabajo investigativo previo a obtener el título de abogada, sirva de incentivo a otras generaciones de estudiantes de Derecho, así como a la Comunidad Universitaria y Sociedad en general.

Por lo expuesto dejo el presente informe a consideración del H. Tribunal de Grado.

4.- REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Las condiciones actuales para la contratación de trabajadores discapacitados.

Para tener una idea clara de lo que es la discapacidad, he considerado necesario citar al autor Rogelio Alcántara que en su obra intitulada HACIA UNA CULTURA DE APOYO A LA DISCAPACIDAD, manifiesta que discapacidad es: *"una alteración o insuficiencia para pensar o actuar"*[1]

La discapacidad es una insuficiencia que puede ser de aspecto físico o intelectual, y es por ello que la visión que se le ha dado a lo largo del siglo XX estaba relacionada con una condición considerada deteriorada respecto del estándar general de un individuo o de su grupo.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, discapacidad es *"cualquier restricción o impedimento para la realización de una actividad, ocasionados por una deficiencia dentro del ámbito normal para el ser humano."*[2]

El término de discapacidad de uso frecuente, se refiere al funcionamiento individual e incluye discapacidad física, discapacidad sensorial,

[1] ALCÁNTARA Rogelio, **HACIA UNA CULTURA DE APOYO A LA DISCAPACIDAD. ALGUNOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos Nro. 124, Año de Publicación 2000, México D. F., Pág. 56

[2] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, **PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, España 1992, Pág. 29.

discapacidad cognitiva, discapacidad intelectual, enfermedad mental o psicosocial y varios tipos de enfermedad crónica.

a.- Discapacidad Física: Para Eduardo San Miguel Aguirre en su obra intitulada LA INCORPORACIÓN AL DESARROLLO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, manifiesta que "*Comenzaremos a hablar de discapacidad física, la cual consiste en la parálisis de brazos y/o piernas o la amputación de los mismos, en este caso quien la padece no tiene control voluntario de su aparto muscular así como también la nula sensibilidad de alguna o varias partes de su cuerpo."*[3]

La discapacidad física es la pérdida del control de los movimientos musculares debido a una afección traumática o patológica que sufre el individuo, lo que impide la normal realización de una determinada actividad, en diferente grado de acuerdo a la gravedad de la lesión.

Entonces se entiende que la discapacidad física puede estar determinada ya sea por un accidente, pérdida de la extremidad, o por una enfermedad, tal como el caso de la diabetes mellitus que puede ocasionar la laceración de las extremidades, o por un accidente.

Es necesario determinar cuál es el grado de afectación, para poder determinar si la persona con discapacidad, puede o no realizar una actividad productiva, o adecuar una labor a sus capacidades y limitaciones.

[3] SAN MIGUEL AGUIRRE Eduardo, **LA INCORPORACIÓN AL DESARROLLO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Comisión Nacional de Derechos Humanos; México 1999, Pág. 14.

b.- Discapacidad Sensorial: Según Eduardo San Miguel: "*Se refiere a las personas que presentan una alteración del funcionamiento en el área del cerebro que controla los sentidos como la vista y el oído… comprende a personas con deficiencias visuales, a los sordos y a quienes presentan problemas de comunicación y lenguaje."*[4]

La discapacidad sensorial no constituye deficiencia mental, sino que es una limitación de la percepción del individuo mediante los sentidos, y como lo indica el autor citado, se clasifica en deficiencia visual, auditiva y de leguaje o comunicación.

c.- Discapacidad Mental: La misma que comprende la cognitiva e intelectual, y según el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de México establece que discapacidad mental es: *"la limitación de la capacidad para el aprendizaje de nuevas habilidades; trastornos de la conciencia y capacidad de las personas para conducirse o comportarse tanto en las actividades de la vida diaria como en su relación con otros individuos"*[5]

Las deficiencias de carácter intelectual y cognitivo son bastante duras de superar y se requiere de la intervención de docentes y psicólogos especializados, y se inicia con un nivel de aprendizaje básico, y dependiendo del grado de la discapacidad se puede avanzar a estudios

---

[4] Ob. Cit., SAN MIGUEL AGUIRRE Eduardo, **LA INCORPORACIÓN AL DESARROLLO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Pág. 17.

[5] INSTITUTO DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA DE MÉXICO, **CARACTERÍSTICAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, INEGI, México 2004, Pág. 2

de nivel secundario, pero es muy raro por no decir nulo que personas con esta clase de discapacidad ingresen a estudios superiores.

La visión basada en los derechos humanos o modelos sociales introduce el estudio de la interacción entre una persona con discapacidad y su ambiente; principalmente el papel de una sociedad en definir, causar o mantener la discapacidad dentro de esa sociedad, incluyendo actitudes o unas normas de accesibilidad que favorecen a una mayoría en detrimento de una minoría.

También se dice que una persona tiene una discapacidad si física o mentalmente tiene una función intelectual básica limitada respecto de la media o anulada por completo.

El programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, manifiesta que la discapacidad *"ocurre cuando las personas enfrentan barreras culturales, físicas o sociales que les impide el acceso a los diferentes sistemas de la sociedad que están a disposición de los ciudadanos, la discapacidad o minusvalidez es por tanto la pérdida o limitación de las oportunidades de participar en la vida de la comunidad en un pie de igualdad con los demás"*[6]

La evolución de la sociedad ha ido mejorando desde los años 1980 y se han desarrollado modelos sociales de discapacidad que añaden nuevas apreciaciones al término.

[6] Ob. Cit., ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, **PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Pág. 29.

Para Erick Gómez Tagle en su obra denominada LA DISCAPACIDAD EN LOS ADULTOS MAYORES, manifiesta que: *"Por otra parte, los textos clásicos de la ciencia médica, señalan que la palabra discapacidad significa el conjunto de limitaciones físicas o intelectuales asociadas. Sin embargo, las teorías contemporáneas, clínicamente todos tenemos, en mayor o en menor grado, limitaciones físicas, alteraciones de la salud o problemas conductuales o adaptativos…"*[7]

Así se distingue entre un discapacitado (cuya habilidad es objetivamente menor que la de la media) y una persona con capacidades distintas de las normales y que aunque no representa ninguna ventaja o inconveniente a menudo es considerado un problema debido a la actitud de la sociedad o el hecho de que los estándares están basados en características medias.

Estos cambios de actitud han posibilitado cambios en la comprensión de determinadas características físicas que antes eran consideradas como discapacidades. En la década de los años 1960, por ejemplo, las personas zurdas eran vistas como personas con anomalía, siendo obligadas a escribir con la mano derecha y castigada si no lo hacían.

En los años 1980 se acepta esta cualidad como una característica física, y si determinadas herramientas como tijeras o sacacorchos se crean para personas diestras, una persona zurda se sentirá con una discapacidad, al ser incapaz de realizar ciertas acciones y necesitar ayuda de otras personas, perdiendo su autonomía.

[7] GÓMEZ TAGLE Erick, **LA DISCAPACIDAD EN LOS ADULTOS MAYORES: UN ANÁLISIS SOBRE LA SITUACIÓN EN MÉXICO**, Revista Trabajo Social Nro. 3, México 2001, Pág. 124.

En la sociedad actual se cuida la adaptación del entorno a las personas con discapacidades para evitar su exclusión social.

Lingüísticamente, en algunos ámbitos, términos como “discapacitados”, “ciegos”, “sordos”, etc., pueden ser considerados despectivos, debido a que de esta manera se puede estar etiquetando a la persona y en dichos casos es preferible usar las formas personas con discapacidad, invidentes, con sordera o con movilidad reducida.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud, manifiesta que hay una distinción *“entre las funciones del cuerpo (fisiológico o psicológico, visión) y las estructuras del cuerpo (piezas anatómicas, ojo y estructuras relacionadas).*

La debilitación en estructura o la función corporal, se define como participación de la anomalía, del defecto, de la pérdida o de otra desviación significativa de ciertos estándares generalmente aceptados de la población, que pueden fluctuar en un cierto plazo.

La actividad se define como la ejecución de una tarea o de una acción para lo cual el CIF enumera nueve amplios dominios del funcionamiento que pueden verse afectados: Aprendiendo y aplicando conocimiento; Tareas y demandas generales; Comunicación; Movilidad; Cuidado en sí

mismo; Vida doméstica; Interacciones y relaciones interpersonales; Áreas importantes de la vida; Vida de la comunidad, social y cívica."[8]

La introducción al ICF indica que una variedad de modelos conceptuales se ha propuesto para entender y para explicar la discapacidad y el funcionamiento, que intenta integrar a ellos. Existen dos modelos de ver la discapacidad en sí. El modelo social y el modelo médico.

4.1.1.1 Modelo de Enfoque Social.

El enfoque social de la discapacidad considera principalmente como problema social creado y básicamente como cuestión de la integración completa de individuos en sociedad.

La discapacidad es una realidad social, por lo cual es necesario establecer nociones básicas de lo que es minoría social, grupo vulnerable, clase social y categoría social, para obtener una conceptualización sociológica de la discapacidad.

El autor Raúl González Navar en su obra intitulada HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD, manifiesta que minoría social es *"cada grupo que no constituye mayoría y en un país, población diferente por su raza, lengua o religión, de la población mayoritaria nacional…"*[9]

[8] GAMIO Amalia, **DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México 2001, Pág. 30.
[9] GONZÁLEZ NAVAR Raúl, **HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD**, Revista Trabajo Social, Nueva Época Nro. 3, México 2001, Pág. 6.

La población con discapacidad son un grupo minoritario que requiere atención especializada, y se caracteriza por presentar características que los diferencian del promedio de individuos del grupo mayor al cual pertenecen las personas con discapacidad.

Por otro lado constituyen un grupo vulnerable, el mismo que está constituido por: *"agregados sociales cuyas características los hacen más sensibles a los problemas de desarrollo económico como lo son los pobres, las mujeres jefas de hogar, las madres adolescentes, los senescentes, los jornaleros, las personas con discapacidad y los indígenas."*[10]

La discapacidad también se ve acentuada en la clase social pobre, carente de los medios de producción necesarios para su desarrollo, por lo que requieren apoyo de instituciones públicas como el CONADIS (Consejo Nacional de Discapacidades) y el MIES (Ministerio de Inclusión Económica y Social).

En este enfoque la discapacidad, es una colección compleja de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el ambiente social, razón por la cual la gerencia del problema requiere la acción social y es responsabilidad colectiva de la sociedad hacer las modificaciones ambientales necesarias para la participación completa de la persona con discapacidad en todas las áreas de la vida.

[10] Ob. Cit., GONZÁLEZ NAVAR Raúl, **HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD**, Pág. 7.

La mayor desigualdad se da en la desinformación de la discapacidad que tiene enfrente las personas sin discapacidad y el no saber cómo desenvolverse con la persona discapacitada, logrando un distanciamiento no querido. La sociedad debe eliminar las barreras para lograr la equidad de oportunidades entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad mediante las tecnologías de apoyo.

No contempla la discapacidad como un problema individual, sino como algo dado por las limitaciones que pueda tener una persona y las muchas barreras que levanta la sociedad.

4.1.1.2 Modelo de Enfoque Médico.

En el aspecto médico se ve a la discapacidad como una enfermedad, causado directamente por una deficiencia, el trauma, o la otra condición de la salud que por lo tanto requiere la asistencia médica sostenida proporcionada bajo la forma de tratamiento individual por los profesionales.

La discapacidad es un problema individual y significa que la persona es minusválida. En el enfoque médico, la asistencia médica se ve como el punto principal, y en el nivel político, la respuesta principal es la de la política de modificación o Reforma de la Salud.

Dentro de la conceptualización médica de la discapacidad, es necesario diferenciar entre: minusvalía, deficiencia e incapacidad.

a.- Minusvalía: Para el autor Santiago Muñoz Machado en su obra intitulada LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS MINUSVÁLIDOS, manifiesta que: *"por minusvalía se entiende la desventaja social que padece una persona como consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que le limita gravemente o le impide una actividad que le es normal, en función de su edad, sexo y factores socioculturales. Reiterando la minusvalía supone una desventaja social con relación a su entorno."*[11]

De la cita precedente se determina que la minusvalía es una consideración de comparación de las limitaciones que evidencian las personas que padecen de algún tipo de discapacidad, frente a acciones que el común de los individuos puede realizar, surgiendo entonces grandes brechas que deben superarse, siendo la principal la inclusión social, en diversos ámbitos, como el cultural, laboral y social.

b.- Deficiencia: Según la Organización Mundial de la Salud, deficiencia es: *"la pérdida de sustancia o alteración de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica de un individuo. La deficiencia supone la pérdida, anormalidad de una función psicológica, fisiológica o anatómica."*[12].

Una deficiencia por lo general se produce por algún tipo de accidente sufrido por el individuo, en la cual pierde funciones básicas como la

[11] MUÑOZ MACHADO Santiago y otros, **LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS MINUSVÁLIDOS**, Escuela Libre Editorial, Fundación ONCE, Madrid-España 1999, Pág. 190.
[12] Ob. Cit., ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, **PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Pág. 41.

movilidad, orgánicas o intelectuales, o pueden tener un origen patológico, como por ejemplo en el caso de los adultos mayores la deficiencia intelectual es consecuencia de enfermedades como el Parkinson o el Alzheimer.

Por otra parte debemos entender por deficiencia física, aquellas que afectan a las personas que padecen problemas físicos tales como amputaciones, parálisis, enfermedades crónicas, etc., que por sus efectos condicionan a estas personas a llevar una vida normal.

c.- Incapacidad: Es *"toda restricción o pérdida (causada por un defecto) de la capacidad para llevar a cabo una actividad del modo o en la medida que se consideran normales en un ser humano"*[13].

Hay que diferenciar lo que es una deficiencia y que es una incapacidad, la primera es la causa de limitación para una persona, la misma que puede consistir en un accidente o enfermedad crónica o degenerativa; la segunda es el resultado de no poder efectuar una determinada actividad, la cual puede ser parcial o absoluta, permanente o transitoria.

Las clases de incapacidad se tienen muy en cuenta en la legislación ecuatoriana, por ejemplo en la Ley de Seguridad Social, la incapacidad permanente es causal para la jubilación, y en cambio en el Código del Trabajo la incapacidad permanente para realizar el trabajo termina la relación laboral, y si fue producto de un riesgo del trabajo, el empleador le

[13] Ob. Cit., ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, **PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Pág. 42.

debe al trabajador una indemnización equivalente a cuatro años de remuneración.

4.1.1.3 Capacidad Laboral del Discapacitado y Obligación de Contratación para el Empleador.

Es necesario definir lo que es primeramente trabajo, que según Guillermo Cabanellas en su DICCIONARIO DE DERECHO USUAL manifiesta al respecto: "*El esfuerzo humano, físico o intelectual, implicado a la producción u obtención de riqueza.* ‖ *Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento.* ‖ *Ocupación de conveniencia social o individual, dentro de la licitud.* ‖ *Obra.* ‖ *Labor.* ‖ *…*"[14]

El trabajo decente, de calidad, es el modo más efectivo de romper el círculo vicioso de la marginalización, la pobreza y la exclusión social para las personas con discapacidad, que se ven atrapadas en este círculo con frecuencia, y es necesaria la acción positiva para ayudarlos a salir de esa situación.

Las barreras que enfrentan las personas con discapacidad al obtener un empleo o al asumir su papel en la sociedad pueden y deben ser superadas a través de políticas, reglamentos, programas y servicios.

El Programa de Discapacidad de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) promueve la igualdad de oportunidades y trato para las personas

[14] CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Tomo IV S-Z, Editorial HELIASTA, Año de Publicación 1976, Buenos Aires-Argentina, Pág. 256.

con discapacidad en readaptación profesional, capacitación y empleo. La OIT busca aumentar el conocimiento sobre la capacitación y el empleo de personas con discapacidad, y para ello realiza investigación aplicada relacionada con políticas y prácticas, compila y disemina información, publica guías y manuales, y patrocina otras investigaciones e informes sobre el tema.

De esta manera lo manifiesta el Ministerio de Trabajo y Empleo (actual Ministerio de Relaciones Laborales) en su obra LA DISCAPACIDAD Y EL EMPLEO: *"La Constitución del Ecuador reconoce a las personas con discapacidad el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, para lo que establece la necesidad de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas. En este sentido las leyes nacionales y los instrumentos internacionales prevén las prácticas que se deben llevar a cabo, al igual que aquellas que se deben evitar para cumplir con el derecho humano al trabajo."*[15]

Una de las principales preocupaciones del Estado Ecuatoriano es la inclusión progresiva de las personas en situación de vulnerabilidad a los servicios básicos y acceso en igualdad de oportunidades al trabajo, para lo cual tiene el deber de implementar políticas que garanticen esa inserción en el mercado laboral tanto en entidades del sector público.

Según el CONADIS en su folleto denominado MECANISMOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON

[15] MINISTERIO DE TRABAJO Y EMPLEO, **LA DISCAPACIDAD Y EL EMPLEO: COMPILACIÓN DE LEGISLACIÓN**, 1era Edición, s/ editorial, Año de Publicación 2009, Ecuador, Pág. 13.

DISCAPACIDAD DEL ECUADOR, manifiesta a la ciudadanía los beneficios que presta a las personas con discapacidad:

"- Subvención de ayudas técnicas (Prótesis y órtesis).

- Subvención para la adquisición de medicamentos e insumos médicos.

- Subvención de exámenes médicos especiales, medicamentos y ayudas técnicas.

- Becas para la rehabilitación y educación de niños y jóvenes con discapacidad, canalizados a través del INNFA.

- Exoneración de impuestos a la importación de vehículos ortopédicos.

- Exoneración de impuestos arancelarios e IVA en la importación de aparatos médicos, instrumentos musicales, implementos artísticos, herramientas especiales, materia prima para prótesis y órtesis.

- Exoneración del 50% en las tarifas de espectáculos públicos.

- Créditos preferenciales para microempresarios con discapacidad, con tiempo de 6 meses de funcionamiento de la microempresa.

- Bono para compra, construcción, mejoramiento y ampliación de vivienda.

- Bono de Desarrollo Humano para las personas con discapacidad en situación de pobreza.

- Exoneración de impuesto a la renta a los ingresos obtenidos por personas con discapacidad, en un monto equivalente al triple de la fracción básica.

- Exoneración del 50% de la tarifa de transporte público provincial, interprovincial, intercantonal, rural. …"[16]

Las personas con discapacidad que deseen acceder a un empleo según nuestra actual Constitución de la República del Ecuador y la Ley sobre Discapacidades deben hacerse inscribir en el CONADIS (Consejo Naciones de Discapacidad), con el objeto de que se evalúe medicamente su grado de discapacidad, para poder determinar si existe la posibilidad de que realicen una actividad laboral acorde a sus capacidades; el indicado examen es necesario pues en caso de gradación severa, absoluta y permanente de discapacidad, no habría la posibilidad de ofrecerles una plaza de trabajo, pues son personas totalmente dependientes, y requieren de cuidados médicos especializados.

Se entiende por Formación Laboral o Rehabilitación Profesional al proceso de capacitación que implica evaluación, orientación específica, formación laboral y/o profesional y su finalidad es la preparación adecuada de una persona discapacitada para su inserción en el mundo del trabajo.

[16] CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES, **MECANISMOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL ECUADOR**, 1era Edición, s/editorial, Quito-Ecuador, Pág. 23.

"En el Ecuador el 12,40% correspondiente a 1.608.334 personas presentan algún tipo de discapacidad, de las cuales el 39,79% tienen limitaciones graves por lo que requieren cuidados permanentes. De esta población 830.000 son mujeres y 778.334 son hombres. El 50% de estas personas tienen un ingreso per cápita de 0 a 30 dólares."[17]

El proceso de capacitación es de carácter educativo y sistemático y para ser considerado como tal debe contar con un programa específico de una duración determinada y estar aprobado por organismos oficiales competentes en la materia, que serían el CONADIS y el MIES (Ministerio de Inclusión Económica y Social).

Las especialidades de la Formación Laboral o la Rehabilitación Profesional a las que puede acceder una persona discapacitada se determinarán no sólo teniendo en cuenta las condiciones psico-físicas del mismo, sino también las reales posibilidades que tendría, de ingresar al mercado laboral competitivo o protegido, es decir, deberá analizarse si la formación propuesta le sirve a la persona discapacitada como medio que posibilite su inserción laboral.

La Formación Laboral Integrada la que puede realizarse en una escuela o centro de capacitación común, no especializado para personas con discapacidad, a los que pueden acceder los mismos, para luego desempeñarse en el mercado laboral.

[17] MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL, **INTERACTUEMOS CON LAS DISCAPACIDADES**, Versión Impresa y Braille, Imprenta Braille FENCE, Quito-Ecuador 2011, Pág. 2.

Para ingresar a un sistema integrado deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

a.- Tipo y grado de Discapacidad: Se deberán analizar las condiciones psico-físicas y funcionales de acceder a una capacitación en un sistema educativo común.

No puede determinarse a priori que tipo y grado de discapacidad permite esta modalidad de capacitación, se deberá evaluar específicamente cada caso en particular, partiendo de la base que si por su patología tiene adecuadas posibilidades de integrarse en un medio laboral competitivo, se puede analizar la posibilidad de que se capacite en un sistema integrado, en todas o alguna de sus etapas, como paso previo de entrenamiento a su inserción laboral.

b.- Capacitación acorde con las condiciones psico-físicas y habilidades funcionales del postulante y el perfil del puesto de trabajo y las posibilidades de inserción laboral del mismo: Se deberá tener en cuenta que aunque la persona discapacitada pueda recibir una determinada capacitación en un sistema integrado, ésta deberá servir para su futura inserción laboral; en cuyo caso se requiere conocer las reales posibilidades de inserción en un trabajo, de modo que permitan su incorporación y desempeño en el mismo, en forma adecuada, puesto que de lo contrario la capacitación terminará en frustración.

c.- Apoyo técnico-profesional especializado, en el caso que así lo requiera: Implica que la capacitación, en un sistema integrado se lleve a

cabo con los recursos humanos y materiales especializados y necesarios. Teniendo en cuenta estas consideraciones se deberá promover la formación laboral en ámbitos comunes de todas aquellas personas con discapacidad que fuera posible siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos precedentemente.

Actualmente la capacitación o preparación laboral de personas con discapacidad, parte de tres tipos de talleres de instrucción, teniendo en cuenta que el ingreso a los mismos se realizará de acuerdo con la edad, tipo y grado de discapacidad.

De esta manera existen los pre-talleres; el taller de formación y capacitación, y finalmente el taller de adiestramiento laboral.

1.- Pre – Taller: Se entiende por Pre–taller a la actividad manual pre–ocupacional que tiene por objeto el desarrollo de capacidades, habilidades y destrezas en un niño o adolescente con discapacidad durante el periodo de Educación General Básica, el cual generalmente comprende personas entre los 6 y 14 años de edad.

Fundamentalmente está dirigido a que el niño adquiera entrenamiento básico en diferentes tipos de actividades ocupacionales para lograr el mayor desarrollo funcional posible.

En todos los casos el pre–taller está incluido dentro de la programación de la Educación General Básica (Generalmente en una escuela primaria) y no debe considerárselo en forma independiente.

2.- Taller de Formación o Capacitación Laboral: Se entiende por taller de formación o capacitación laboral al que mediante el desarrollo de metodologías y técnicas específicas tiene por objeto la preparación objetiva de una persona discapacitada en una determinada actividad laboral. Esta determinado para personas con discapacidad entre los 14 y 24 años de edad, con escolaridad primaria completa o incompleta.

La capacitación se puede desarrollar en especialidades que comprenden diversos tipos de actividades ocupacionales de acuerdo con la demanda del mundo laboral. Cada una de estas actividades, deberán estar explícitamente desarrolladas en un programa de contenidos específicos y de una duración expresamente determinada.

El programa de capacitación laboral deberá contemplar 3 ciclos los que se consideran básicos para que un servicio sea reconocido como tal:

a.- Orientación y evaluación: Comprende el desarrollo de todas aquellas actividades que posibiliten el conocimiento adecuado del alumno y la determinación del tipo de taller más adecuado.

b.- Formación Profesional Específica: Una vez seleccionado el tipo de taller se inicia y desarrolla la capacitación en el mismo.

c.- Pasantía Laboral: Esta etapa deberá desarrollarse en empresas de la comunidad y tiene por objeto la aplicación de los conocimientos adquiridos en un ámbito de carácter laboral, para adquisición de conductas, hábitos y destrezas propias del trabajador.

La atención se proporciona a grupos de jóvenes o adultos con discapacidad con el mismo tipo y grado de discapacidad y similar nivel de desarrollo. Estos talleres deben contar con un eficiente equipo docente, personal médico y trabajadores sociales.

3.- Taller de Adiestramiento o Adaptación Laboral: Se entiende por Taller de Adiestramiento o Adaptación Laboral a aquel que tiene por objeto el desarrollo de habilidades, destrezas, hábitos y conductas de carácter laboral en una persona discapacitada.

Se diferencia del Taller de Formación Laboral porque no tiene por objeto el aprendizaje sistemático de una especialidad laboral determinada, sino por el contrario procura solamente la habilitación laboral de una persona discapacitada, para posibilitar su inserción en el mundo del trabajo.

Está dirigido a personas con discapacidad que por las características de la misma no pueden acceder al aprendizaje sistemático de un oficio, o porque por su edad o situación socio-familiar necesitan incorporarse rápidamente a la actividad laboral.

Las actividades pueden ser de diferente tipo y responder a una programación genérica tomada de los programas oficiales aprobados para las distintas especialidades.

Está destinado especialmente para personas con discapacidad desde los 14 años y hasta los 45 años.

El trabajo es un derecho fundamental y un bien útil para el hombre porque es idóneo para expresar y acrecentar la dignidad humana.

El trabajo es un bien de todos, que debe estar disponible para todos aquellos capaces de él, de esta manera la plena ocupación es, por tanto, un objetivo obligado para todo ordenamiento económico orientado a la justicia y al bien común.

Una sociedad donde el derecho al trabajo sea anulado o sistemáticamente negado y donde las medidas de política económica no permitan a los trabajadores alcanzar niveles satisfactorios de ocupación, no puede conseguir su legitimación ética ni la justa paz social.

Por ello se entiende que una adecuada inclusión de las personas con discapacidad a la vida productiva del Ecuador, debe estar siempre acompañada de un estudio técnico, y de la puesta en marcha de programas de capacitación laboral, que permitan una adecuada realización de la labor por parte de este grupo poblacional, siendo necesario más que una sanción pecuniaria como la que establece el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, una correcta capacitación, y gestión de empleo por parte del Ministerio de Relaciones Laborales en cooperación del Ministerio de Inclusión Económica y Social.

La capacidad propulsora de una sociedad orientada hacia el bien común y proyectada hacia el futuro se mide también, y sobre todo, a partir de las perspectivas de trabajo que puede ofrecer. El alto índice de desempleo, la presencia de sistemas de instrucción obsoletos y la persistencia de

dificultades para acceder a la formación y al mercado de trabajo constituyen para muchos, sobre todo jóvenes, un grave obstáculo en el camino de la realización humana y profesional.

El individuo desempleado o subempleado padece, en efecto, las consecuencias profundamente negativas que esta condición produce en la personalidad y corre el riesgo de quedar al margen de la sociedad y de convertirse en víctima de la exclusión social. Además de a los jóvenes, este drama afecta, por lo general, a las mujeres, a los trabajadores menos especializados, a los discapacitados, a los inmigrantes, a los ex-reclusos, a los analfabetos, personas todas que encuentran mayores dificultades en la búsqueda de una colocación en el mundo del trabajo.

Los problemas de la ocupación reclaman las responsabilidades del Estado, al cual compete el deber de promover políticas que activen el empleo, es decir, que favorezcan la creación de oportunidades de trabajo en el territorio nacional, incentivando para ello el mundo productivo.

El deber del Estado no consiste tanto en asegurar directamente el derecho al trabajo de todos los ciudadanos, constriñendo toda la vida económica y sofocando la libre iniciativa de las personas, cuanto sobre todo en secundar la actividad de las empresas, creando condiciones que aseguren oportunidades de trabajo, estimulándola donde sea insuficiente o sosteniéndola en momentos de crisis.

4.1.2 Desproporcionalidad de la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo y su afectación económica a la Empresa Privada.

El Principio de Proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, o de cualquier otro tipo de sanción establecida legalmente, para ello se limita su uso a lo imprescindible, que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos.

El principio de proporcionalidad suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto, pero este último se encuentra recogido dentro del primero. Por tanto, la proporcionalidad en sentido amplio engloba tres exigencias:

a.- La exigencia de adecuación al fin: Implica que bien el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica, para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena optima ha de ser cualitativa y cuantitavamente adecuada al fin.

b.- La exigencia de necesidad de pena o sanción: Si se impone una pena o sanción de cualquier otro tipo, de una forma innecesaria se comete una injusticia grave, para que la pena sea necesaria tiene que darse 3 requisitos:

- La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima, es decir, la sanción que se imponga ha de ser la menos grave posible de las que tengamos a disposición. Este requisito es destinado al juez o a la autoridad que imponga la sanción, en el caso concreto de la presente tesis, de la Dirección Regional del Trabajo.

-La exigencia de fragmentariedad, que significa que al legislador no le compete castigar todas las infracciones sino sólo aquellas que vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección.

- La exigencia de subsidiariedad, que quiere decir que la norma sancionadora debe ser aplicado cuando ya no se pueda aplicar otro mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico.

c.- La proporcionalidad en sentido estricto: Se exige básicamente al juez para que este realice un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la sanción.

En lo pertinente a la presente tesis el principio de proporcionalidad se ha vulnerado por el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, pues si bien se ha intentado garantizar la inclusión de las personas con discapacidad al mercado laboral, la multa impuesta al empleador es demasiado exagerada y su redacción presenta problemas en la aplicación, y se ha establecido en desigualdad de condiciones entre el sector privado y el sector público.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 Derecho del Trabajo.

El Derecho del Trabajo como lo define el Dr. Hugo Sylvester en su DICCIONARIO JURÍDICO DEL TRABAJO manifiesta que es una *"Denominación que cuenta con mayor número de partidarios en la doctrina para designar las normas jurídicas que reglan las relaciones entre empleadores y trabajadores."*[18]

Entonces se desprende que el Derecho del Trabajo es una rama del Derecho o de la Ciencia Jurídica que se encarga de la regulación de relaciones laborales, o como también se denominada prestación de servicios por cuenta ajena, es decir, una persona realiza la prestación en beneficio de otra, teniendo esta última la obligación de retribuirle el esfuerzo en dinero.

Existen innumerables corrientes doctrinarias como cuantos autores o tratadistas existen, pero como señala el Dr. Carlos Vela Monsalve en su obra DERECHO ECUATORIANO DEL TRABAJO, todas estas tendencias se las puede agrupar en dos grandes grupos, las definiciones objetivas y las subjetivas, es así que el autor en cuestión manifiesta:

"En primer lugar, Pérez Botija divide las definiciones en dos grandes grupos según la diferencia específica que utilicen se refiera a una concepción de objeto, tal como el trabajo, la cuestión social, la relación

[18] SILVESTER Hugo, **DICCIONARIO JURÍDICO DEL TRABAJO**, Vol. 7 Colección Diccionarios, 1ª Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires-Argentina, 1960, Pág. 66.

laboral; o a un concepto de persona: sujeto que trabaja, sea el trabajador en general, el obrero y el empleado… Así tenemos respectivamente: las definiciones objetivas (primer grupo), y las definiciones subjetivas (segundo grupo).”[19]

A su vez estas dos corrientes se subdividen en varias, pero para lograr una mayor comprensión de lo que es el Derecho del Trabajo, efectuaré una síntesis de las dos corrientes, así es que:

a.- Las Definiciones Objetivas: Establecen que el Derecho del Trabajo es una regulación jurídica de las relaciones laborales, en los aspectos inherentes a la prestación de servicios, remuneración y como fuente de producción de riqueza, la cual incluye bienes y servicios.

b.- Las Definiciones Subjetivas: En cambio tienden a centrar su objeto de estudio en el trabajador, obrero o empleado, y por ende definen al Derecho del Trabajo como el derecho de los económicamente débiles, estableciendo garantías legales que amparan el derecho al trabajo, como una fuente de realización personal y familiar esencialmente.

Como se puede observar la definición subjetiva es la que mayor influencia tiene en las legislaciones laborales de todo el mundo, y no podía ser la excepción el Código del Trabajo Ecuatoriano, en el cual se amparan los derechos del trabajador a un trabajo saludable, digno y libremente aceptado o escogido; así mismo se garantiza los derechos laborales con

[19] VELA Carlos, **DERECHO ECUATORIANO DEL TRABAJO**, Tomo 28, Vol. I, COLECCIÓN: Biblioteca Nacional de Libros de Derecho, Editorial del Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, 1983, Pág. 11.

principios como la irrenunciabilidad de derechos, tutela judicial y administrativa, in dubio pro operario, entre otros.

La tendencia garantista surge del denominado Derecho Social, para el autor Guillermo Cabanellas Derecho Social es:

"Con reiteración se confunde este Derecho con el Laboral; porque, en realidad todo Derecho es social: de y para la sociedad. Todo ordenamiento jurídico que tiende a proteger al débil frente al fuerte, y que trata de restablecer la normalidad jurídica, es social.

Por convicción, costumbre o copia, esta denominación aparece en numerosos autores que se han ocupado del Derecho del Trabajo: Castán, Cesarino, Junior, Duguit, Espejo de Hinojosa, García Oviedo, Gomes de Mercado, Hernstadt, Pérez Patón, Pic, Walker Linares y otros.

García Oviedo justifica el nombre porque este Derecho surge del problema social; es engendrado por la lucha de clases o social; social es por cuanto el contenido del problema y social debe ser el Derecho que trata de resolverlo. …"[20]

En consecuencia el Derecho Social, viene a ser una rama jurídica que se encarga de resolver la denominada Cuestión Social, o como lo manifiesta el autor citado el problema social, el cual surge de la desigualdad producida en la sociedad por las diferentes clases sociales que han surgido en cada formación económica social o comúnmente denominados

[20] Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo I A-D, Págs. 659-660.

modos de producción (comunidad primitiva, esclavismo, feudalismo, capitalismo, y en algunos países el régimen socialista).

4.2.1.1 Reseña Histórica del Derecho del Trabajo.

El Derecho de Trabajo como lo conocemos actualmente es un proceso muy complejo de formación y desarrollo de las relaciones laborales (prestación de servicios) a través de las etapas históricas, distinguiéndose dos tipos de trabajo que ha conocido el hombre, estos son el trabajo forzoso y el trabajo libre. Por lo que debemos analizar cuál ha sido la evolución del trabajo como importante elemento social desde la Antigüedad, el Esclavismo, Feudalismo y en el Capitalismo.

a. La Antigüedad y el Régimen de la Esclavitud.

En un principio las primeras agrupaciones humanas, con su característico trabajo o esfuerzo comunitario logran conseguir los medios necesarios para la subsistencia del grupo, por lo cual eran dueños únicamente de los utensilios y herramientas rudimentarios que les permitían conseguir su alimento.

En ese entonces el hombre era nómada y viajaba de un lugar a otro cuando sus medios necesarios para sobrevivir escaseaba, por ende no existía propiedad privada. La aparición de la propiedad privada tiene lugar cuando el hombre se vuelve sedentario y se establece en un territorio determinado con objeto de vivir de la agricultura y la crianza de animales (generalmente ganado), creándose de esta manera una relación directa

de los individuos con la tierra originando la propiedad privada y la economía individual.

Lo que se estableció en líneas anteriores es lo que se denomina el paso de la comunidad primitiva sin propiedad privada a las otras formas de producción (formas económico-sociales) como el esclavismo, feudalismo y más tarde el capitalismo.

El Dr. Manuel Alonso García de su obra CURSO DE DERECHO DEL TRABAJO manifiesta acerca del esclavismo: *"La sociedad apareció, en realidad, dividida en dos grandes grupos o sectores: el de los hombres libres y el de los esclavos. Aquéllos contaban con todos los derechos; a estos les eran negados. En verdad, los últimos no pasaban de ser una cosa. Conocidas son, en fin, la actitud y la doctrina de una gran corriente de la filosofía griega (Platón y Aristóteles) – representativa de la estructura social imperante – para la cual el trabajo manual o mecánico equivale a condición servil propia del esclavo, incapaz para la contemplación y el gobierno de los asuntos públicos; sin que haya de desconocerse la existencia de otro grupo de pensadores – por ejemplo, Hesíodo y Sócrates -, para los cuales la clase de servicio que nos a que nos referimos merece una elevada estimación."*[21]

El Esclavismo es un modo de producción que diferencia a los individuos en dos clases bien determinadas, los unos hombres libres (dueños y propietarios) y los otros esclavos (considerados como cosas). Los

[21] GARCÍA Manuel. **CURSO DE DERECHO DEL TRABAJO**, 5ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona-España, 1975, Pág. 53.

hombres libres eran propietarios de los esclavos, y por ello los obligaban a servirles en actividades de carácter manual o mecánico; la potestad de dominio era absoluta por lo cual el dueño podía al esclavo darle muerte, venderlo o incluso abandonarlo. Al mismo tiempo nace el Estado como institución de carácter represivo que amparara el régimen esclavista a través de la represión y la coerción.

Las causas principales para convertirse en esclavo están principalmente la guerra, puesto que los vencidos pertenecían al vencedor, la insolvencia del deudor lo convertía en esclavo del acreedor, por condena penal, por disposición legal o por nacimiento de madre esclava.

En esta etapa histórica de la esclavitud es necesario recalcar que no existe la relación jurídica de prestación de servicios, puesto que para que exista una relación jurídica se requiere mínimo dos sujetos, en este caso en particular el esclavo solo tiene la calidad de una cosa, un medio o instrumento; por lo que lo que el esclavo realizaba se consideraba realizado por el dueño.

También existía una división bien marcada en las formas de trabajo siendo el trabajo forzoso del esclavismo caracterizado por actividades de gran esfuerzo físico, mientras que el trabajo intelectual era destinado a los hombres libres, los mismos que gozaban de todos los derechos que incluso comprendían el poder ocupar magistraturas públicas, lo cual no era permitido para los esclavos.

Una muestra muy clara de la regulación del régimen esclavista estaba en Roma, en el cual se regulaba por las normas o disposiciones del *Ius Civile* debido a que el esclavo al no tener la calidad de persona sino de cosa, se convierte en parte del patrimonio de su dueño, teniendo este último todas las potestades que le confiere el derecho de dominio (dominnus).

Pero en Roma ocurre una transición entre la esclavitud a un régimen de subordinación en las prestaciones de servicios, esto ocurre por una institución que ponía fin a la condición de esclavos, esta es la manumisión, que consistía en un acto del dueño para concederle la libertad.

La manumisión producía que el esclavo se vuelva liberto (persona que recobra su libertad a diferencia del hombre libre ingenuo que es quien no ha sido esclavo antes); pero el liberto quedaba en una condición de subordinación, puesto que tenía la obligación de prestar favores a su antiguo amo, pero con ciertos beneficios de carácter inclusive sucesorio.

En el TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO del autor Eugene Petit acerca de la institución romana de la manumisión expresa: *"I. Desde los primeros siglos hasta el Imperio, la manumisión es regulada según principios rigurosos. Interesa en un mismo tiempo al señor propietario, a quien despoja de un bien, y a la ciudadanía, a quien da un ciudadano más. Por lo tanto son precisas dos condiciones para adquirir la libertad: a) Que la manumisión tenga lugar por voluntad del señor*

propietario. b) Que sea hecha en formas solemnes, donde esté representada la ciudadanía."[22]

Esta manumisión solía ser de tres tipos: 1.- Por Censo (*Censu*) que se realizaba en Roma cada cinco años y si el propietario inscribía al esclavo quedaba liberto; 2.- Por la *Vindicta* que era una ficción legal realizada ante un magistrado (pretor) y un testigo, en la que el propietario reconocía la libertad del esclavo; y 3.- Por Testamento.

Otras de las figuras que permitieron la relación jurídica de la prestación de servicios en Roma están las siguientes:

- La *Locatio*.- Esta institución consistía en el arrendamiento, el cual era de tres tipos los cuales han llegado hasta nuestros días en el Código Civil Ecuatoriano, estos son: el arrendamiento de cosas (*locatio conductio res*), el arrendamiento de obra (*locatio conductio opera*), y el arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*).

  Siendo este último el arrendamiento de servicios la relación jurídica más semejante al trabajo por cuenta ajena que tenemos actualmente.

- El *Colonato*.- Esta institución comprende la adscripción del colono (sujeto que cultiva) y su familia a la tierra que pertenece a un propietario en particular. Esta institución es de absoluta servidumbre similar al esclavismo puesto que el siervo de la gleba

[22] PETIT Eugene, **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial Albatros, Buenos Aires-Argentina 1977, Pág. 123.

pertenece al predio igual que si fuera una cosa como en el esclavismo.

Esta institución sirve de base para el siguiente modo de producción que es el Régimen Feudalista.

b. Régimen Feudal.

El siguiente modo de producción es el feudalismo, el mismo que estaba caracterizado por la distribución de tierras en parcelas (fundos) a los siervos a cambio de que estos sirvan a los señores feudales.

Este régimen produjo la concentración de poder en los señores feudales propietarios de grandes extensiones de tierras, y la titularidad de la prestación de servicios. Esta titularidad en la prestación de servicios se da en tres periodos de evolución hacia el trabajo libre como tal, en un primer momento se produce la venta en trabajo como prestación del siervo, en un segundo momento la venta en especie y en un tercer momento venta en dinero.

Configurándose de esta manera el trabajo asalariado o remunerado en el último periodo, el cual producto de la Industrialización paulatinamente va dejando en segundo plano al trabajo autónomo o artesanal que se venía dando desde el régimen anterior al feudal.

Pero aun en el inicio de la industrialización todavía comprendía la industria artesanal o familiar, lo cual trajo consigo el aparecimiento de los Gremios, los cuales eran asociaciones profesionales que tenían por

finalidad de amparar a ciertos grupos de trabajo industrial-artesanal y asegurar su monopolio en el mercado frente a terceros.

Los Gremios contaban con un orden jerarquizado que comprendía a los maestros, compañeros u oficiales y los aprendices.

c. Régimen Capitalista.

Para el Dr. Benito Pérez en su obra intitulada DERECHO DEL TRABAJO, respecto al origen del trabajo asalariado como tal no toma en cuenta las formaciones económico sociales anteriores al régimen capitalista debido a que su estudio se trata del trabajo asalariado que ha constituido nuestro actual derecho laboral, pero es indudable tomar el punto de inicio desde que la prestación de servicios era forzosa hasta que se dió la libertad de trabajo.

Bueno con respecto al origen del trabajo asalariado el autor manifiesta: *"A nosotros nos interesa el estudio de las instituciones del derecho del trabajo, cuya gestación se opera, como una de las consecuencias de la revolución industrial, a causa de un proceso impulsado por la ideología liberal capitalista, dando lugar a la formación de dos clases sociales, la burguesía y el proletariado, y la división de estas produce el desequilibrio socio-económico que genera el fenómeno de la cuestión social de la época contemporánea, como antecedente sociológico del moderno derecho del trabajo."*[23]

[23] PÉREZ Benito, **DERECHO DEL TRABAJO**, 1era Edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires-Argentina, 1983, Pág. 65.

Entonces debemos determinar que la cuestión social se origina con la división de clases en burguesía y proletariado ocasiona que la mayor parte de la población carente de recursos económicos significativos presten sus servicios en los centros fabriles del lugar donde habitan, pero el mismo liberalismo comienza a agravar la situación de los obreros debido a que a medida que se iba perfeccionando la maquinaria industrializada se iba desechando mano de obra quedando la gente en la desocupación.

Frente a la ley que regula al sistema capitalista, la cual es la OFERTA y LA DEMANDA, ocasiono más graves riesgos para la clase obrera debido que por dicha ley había libertad de contratación, con lo cual los patronos abusaban rechazando la mano de obra por la otros obreros que vendieran su fuerza de trabajo por menos precio.

Las ideas de Marx son las que impulsan el movimiento obrero a nivel mundial, en busca de justicia social y de equilibrio y equidad para los trabajadores, por lo cual todas las prerrogativas que tienen actualmente los trabajadores es producto de las constantes reclamaciones de sus derechos.

Incluso en el ámbito internacional han repercutido un sinnúmero de congresos internacionales, tal como el Congreso de Berlín de 1890, en el cual se estableció un protocolo concerniente a la edad mínima para el trabajo en las minas de 14 años y prohibición de trabajo nocturno para mujeres y menores.

Así mismo tenemos el Tratado de Paz de Versalles de 1919, en la cual se crea la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con sede en Ginebra, la misma que tiende al mejoramiento de las condiciones de trabajo asalariado de los países miembros.

4.2.1.2 Contrato de Trabajo.

Para entender de mejor manera lo que es un contrato citaré una concepción que nos da el Dr. Arturo Alessandri Rodríguez en su obra DERECHO CIVIL De los Contratos, que manifiesta: *"Si la convención, esto es, el acuerdo de las voluntades de dos o más personas, destinado a producir un efecto jurídico, tiene por objeto crear obligaciones, toma el nombre de* ***contrato,*** *por lo que puede definirse éste como el acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones"*[24]

Por lo cual lo que se conoce como convenio o convención es el acuerdo de voluntades capaz de crear obligaciones, modificarlas o extinguirlas, el contrato es una clase de convención que exclusivamente crea obligaciones, puesto que las otras clases de convenio pueden extinguir o modificar, un ejemplo claro es el pago en el que por mutuo acuerdo las partes dan fin a una obligación, o el caso en que hayan pactado una prórroga de plazo, novación, o una forma nueva de cumplimiento, etc.

Alfredo Gaete Berrios en su TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL CHILENA nos da una definición de lo que es contrato de trabajo: *"En el aspecto que nos interesa, el Código del*

[24]ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: DE LOS CONTRATOS,** 1era Edición, Editorial ZAMORANO Y CAPERÁN, Santiago de Chile, 1976, Pág. 6.

Trabajo, en su art. 1º, define este contrato como la convención en que el empleador y el empleado se obligan recíprocamente, éste a ejecutar cualquier labor o servicio intelectual, y aquél a pagar por esta labor o servicio una remuneración determinada."[25]

El trabajo es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.

Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle

c) Un salario como retribución del servicio.

[25] GAETE Alfredo, **TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL CHILENA**, 1era Edición, Editorial EDILEX Ediciones de Derecho Moderno, Santiago de Chile, 1970, Pág. 128.

El cumplimiento de lo anterior supone la existencia legal de un contrato de trabajo o relación laboral; sin embargo, no es necesaria la existencia de un contrato escrito para demostrar la existencia de una relación laboral, toda vez que la jurisprudencia señala que en este debe primar la realidad frente a los formalismos legales, lo que quiere decir que la sola existencia de los elementos que configuran un contrato de trabajo es suficiente para demostrar la existencia de una relación laboral con todas sus repercusiones legales contenidas en el Código del Trabajo Ecuatoriano, y en tal caso no hace falta un contrato escrito para probarlo, pues se estaría ante un contrato verbal de trabajo.

El contrato de trabajo supone la obligación del trabajador de realizar una actividad laboral para el empleador, la misma que bien puede ser manual o intelectual y debe ser prestada por el trabajador mismo, puesto que el contrato se ha hecho es entre el empleador y el trabajador, es decir, solo concurren dos partes. En la eventualidad en que se permita que terceras personas realicen o ayuden al empleado a realizar sus actividades, estas terceras personas dependerán o estarán bajo la subordinación del empleador o patrono.

La subordinación es quizás el elemento más importante del contrato de trabajo, entendida esta la obligación que tiene el trabajador de seguir las ordenes e instrucciones del empleador.

Es de aclarar que la subordinación nunca es absoluta, debe ser razonable y debe en todo caso respetar los derechos mínimos del trabajador como

lo es su dignidad y su libertad. La subordinación no le da derecho al empleador a exigir al trabajador más de lo que razonablemente concierne a la naturaleza de la labor a desarrollar, mucho menos puede el empleador obligar al trabajador a realizar o de dejar de realizar una actividad que vaya en contra de la ley o del mismo reglamento interno de la empresa.

Aunque la subordinación significa que el empleado este a disposición de su empleador, y este tiene facultades para disponer de él según las necesidades de la empresa, que bien pueden significar un cambio de objeto del contrato, el lugar de ejecución del contrato, la forma de remuneración, etc., no puede el empleador en todo caso desmejorar las condiciones del trabajador.

En todo contrato de trabajo se específica en qué lugar geográfico se han de desarrollar las actividades propias del contrato de trabajo, y aunque el empleador puede cambiar unilateralmente esta ubicación, no puede en ningún momento desmejorar la situación del trabajador, lo que significa que la modificación injustificada de ocupación, constituye despido intempestivo por cambio de ocupación según lo dispuesto en el Art. 192 del Código del Trabajo Ecuatoriano, siempre y cuando el reclamo del trabajador se presente en sesenta días.

Es un derecho del trabajador y una obligación ineludible del empleador el brindar una contraprestación económica por la actividad que el empleado

desarrolla. La remuneración o salario actualmente se cancela en moneda de curso legal, o por cheque certificado.

De los elementos del contrato de trabajo, la remuneración es quizás la que más está reglamentada y protegida por la ley.

4.2.1.2.1 Sujetos Contractuales.

En la relación laboral existen dos sujetos bien determinados que son el empleador y el trabajador.

4.2.1.2.1.1 Empleador.

El empleador o como Guillermo Cabanellas de Torres en su DICCIONARIO DE DERECHO LABORAL, lo denomina como dador de trabajo, manifiesta al respecto:

"Con el objeto de evitar ciertas objeciones formuladas a las voces predominantes de patrono, empresario o empleador (v.), y como traducción literal del tecnicismo alemán, se ha propuesto este de dador de trabajo, que no ha logrado aclimatarse en el uso.

No escapa a reparos, puesto que, en no pocas ocasiones, los dadores de trabajo, como un superior, en la escala jerárquica intermedia, de un establecimiento laboral, y mucho más en la esfera administrativa, son tales porque les señalan funciones corporales al personal de él

dependiente, pero sin las características jurídicas y económicos de la subordinación laboral genuina."[26]

El empleador o dador de trabajo es entonces la persona natural o jurídica que proporciona la labor al trabajador, para que este último realice la prestación de servicios a su beneficio, y a cambio cancela una retribución o remuneración.

Otras definiciones de empleador están el de acreedor de trabajo, pues tiene la facultad de exigir la prestación convenida con el trabajador.

El Empleador tiene respecto del trabajador las siguientes obligaciones:

1. Tendrá la obligación de pagar todas las remuneraciones correspondientes y cumplir con todas las obligaciones impuestas por las leyes laborales, previsionales de seguridad social y Contratos Colectivos de Trabajo.

2. Suministrar a su dependiente trabajo regularmente y todos los medios necesarios para el desarrollo del mismo, por ejemplo: maquinarias, herramientas, materia prima, etc., como también el lugar adecuado para desarrollar las tareas encomendadas.
3. Tendrá la responsabilidad de suministrar al trabajador todas las medidas de seguridad e higiene y responderá por los riesgos del trabajo derivados de la relación laboral.

[26] CABANELLAS DE TORRES Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO LABORAL**, 2da Edición, Editorial HELIASTA, Buenos Aires-Argentina 2001, Pág. 161.

4. Ejercerá las funciones de organización y de dirección.

4.2.1.2.1.2 Trabajador.

Respecto del trabajador Manuel García respecto del trabajador como sujeto contractual manifiesta: *"Originariamente fueron muy utilizadas las expresiones "obrero" y "operario": aquélla dotada de un fuerte sentido clasista, que no por ello destruye una genuina expresión o preferencia a conceptos más generales; ésta, concebida ya con una formulación más expresiva de un estado de evolución posterior.*

Gran significación técnica encierran las expresiones "prestador de trabajo" o "deudor de trabajo" – y su correspondiente "acreedor de salario"-, que responden exactamente a la determinación de lo que constituye la esencia del trabajo."[27]

Por lo que el trabajador es la persona que se obliga a la prestación de un servicio, entendiéndose esto cualquier tipo de actividad productiva en beneficio del empleador, el autor también menciona que el trabajador es un acreedor de salario, esto se entiende puesto que si bien está obligado a realizar la labor pactada, también tiene el derecho a exigir una salario o remuneración por el trabajo realizado.

El término trabajador es amplio y abarca a todas las personas que realizan prestación de servicios por cuenta ajena, pero en si es necesario diferenciar dos tipos o clases esenciales de trabajadores.

[27] Ob. Cit., GARCÍA Manuel, **CURSO DE DERECHO DEL TRABAJO**, Pág.340.

- *Obrero:* El obrero es el trabajador que presta servicios de carácter manual, físico o mecánico, la remuneración que recibe es el salario o por jornal.

- *Empleado:* Es el trabajador que presta servicios de carácter intelectual o que requieren de cierta especialización, nuestro Código del Trabajo exige para esta clase de trabajadores un título académico, por ejemplo son empleados los contadores, ingenieros, etc.

El Trabajador tiene las siguientes obligaciones:

1. Deberá prestar personalmente los servicios contratados por el empleador y colaborar en todo lo atinente al trabajo. Los servicios que presta el trabajador deben ser personales, no pudiendo hacerse reemplazar por otra persona en caso de impedimento; tampoco, el empleador podrá exigir un reemplazante.

2. Concurrirá al trabajo con asiduidad y puntualidad desarrollando las tareas a su cargo con eficacia y dedicación.

3. Deberá respetar y cumplir fielmente todas las órdenes y directivas que le imparta el empleador, las condiciones que indiquen los reglamentos internos y el Contrato Colectivo de Trabajo si lo hubiere.

4. Tendrá que responder a su empleador por daños a sus intereses causados por su exclusiva culpa.

5. No podrá realizar negocios por cuenta propia o ajena en perjuicio de los intereses del empleador.

6. Deberá cuidar la conservación de todas las herramientas y maquinarias.

7. Guardar el secreto sobre las técnicas y procedimientos industriales, comerciales, etc.

4.2.1.2.1.2.1 Trabajador Discapacitado.

Dentro del universo de los trabajadores discapacitados que no pueden integrarse en el sistema ordinario de trabajo, se distingue entre aquellos cuya capacidad de trabajo sea igual o superior a determinado porcentaje de la capacidad habitual, de aquellos cuya capacidad residual no alcance a aquel porcentaje.

Para los primeros, que deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo, el porcentaje de discapacidad igual o superior al 33 % de la capacidad normal de trabajo de una persona de similar calificación profesional.

De los datos estadísticos que ofrece el INEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos): *"Del Total de personas con discapacidad que tienen limitaciones graves que son 275,053 personas, apenas 3,443 personas pudieron acceder a un servicio o programa relacionado con el trabajo para personas con discapacidad.*

Las personas que dicen haber recibido atención en este ámbito están concentradas casi todas en el sector urbano 3,048 (88.5%), esto revela que dichos programas y servicios que también son pocos con seguridad están en grandes ciudades y que en el área rural no se cuenta con ellos.

Por edad la población se concentra en los rangos de 20-40 con 1,755 personas y de 41 a 64 años con 1,275 personas."[28]

Como se puede evidenciar de las cifras existe una gran población de personas con discapacidad que no ha podido tener una adecuada integración laboral, principalmente jóvenes y adultos.

Una de las garantías para la inclusión laboral de las personas con discapacidad es el porcentaje obligatorio para los empleadores de trabajadores con discapacidad, pero considero que no se ha regulado correctamente en el Código del Trabajo esta garantía, pues el porcentaje en muchas ocasiones da números fraccionarios y no es lógico que se pueda contratar fracciones de personas, por ello considero que en lugar de porcentaje debería ser un número fijo de la totalidad de empleados.

Así mismo la multa que establece el Código del Trabajo en su Art. 42 numeral 33 esta desproporcionada, produciendo serios perjuicios económicos especialmente a la empresa privada, por lo que considero que es necesaria una reforma legal que proporcionalice la multa.

[28] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, **LA DISCAPACIDAD EN EL ECUADOR**, Impreso en Gráficas Ulloa, Quito-Ecuador, Marzo del 2005, Pág. 100.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador.

La actual Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum y publicada en el R.O. Nro. 449 del 20 de octubre del 2008, referente a los principios que rige el ejercicio de los derechos constitucionales, establece el de igualdad ante la ley, en su Art. 11:

"EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozaran 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. …"[29]

E l ejercicio de los derechos constitucionales se da en igualdad de condiciones y oportunidades para todos los ecuatorianos, incluidas las personas con discapacidad, que como ya conocemos es un grupo de atención prioritaria y requiere atención médica especializada, y de un sistema de inclusión social, laboral y cultural eficiente, aunque sea un largo trayecto por recorrer en el Ecuador, es necesario establecer mecanismos que permitan reducir en lo posible el grado de dependencia y lograr la participación de las personas con discapacidad en varios aspectos de la vida social.

La Carta Magna en su Art. 47 reconoce algunos derechos fundamentales para las personas 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.

Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a:

1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá

[29] **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS,** Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, Pág. 17.

la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida.

2. La rehabilitación integral y la asistencia permanente, que incluirán las correspondientes ayudas técnicas.

3. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos.

4. Exenciones en el régimen tributarlo.

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.

6. Una vivienda adecuada, con facilidades de acceso y condiciones necesarias para atender su discapacidad y para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana. Las personas con discapacidad que no puedan ser atendidas por sus familiares durante el día, o que no tengan donde residir de forma permanente, dispondrán de centros de acogida para su albergue.

7. Una educación que desarrolle sus potencialidades y habilidades para su integración y participación en igualdad de condiciones. Se garantizará su educación dentro de la educación regular. Los planteles regulares incorporarán trato diferenciado y los de atención especial la educación especializada. Los establecimientos educativos cumplirán normas de accesibilidad para personas con discapacidad e implementarán un

sistema de becas que responda a las condiciones económicas de este grupo.

8. La educación especializada para las personas con discapacidad intelectual y el fomento de sus capacidades mediante la creación de centros educativos y programas de enseñanza específicos.

9. La atención psicológica gratuita para las personas con discapacidad y sus familias, en particular en caso de discapacidad intelectual.

10. El acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios. Se eliminarán las barreras arquitectónicas.

11. El acceso a mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación, entre ellos el lenguaje de señas para personas sordas, el oralismo y el sistema braille."[30]

Los derechos de las personas con discapacidad se pueden resumir en los siguientes grupos:

a.- Acceso a Servicios: En los que se encuentra una vivienda digna, educación, bienes, rehabilitación y atención médica principalmente.

b.- Inclusión: Tanto en aspecto social, laboral y cultural, a través de medidas y programas públicos tendientes a lograr su participación en diversos ámbitos de la actividad social, especialmente fomentando la

[30] Ob. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Pág. 32.

creación de plazas de empleo tanto en instituciones públicas como privadas.

c.- Exoneraciones: Que proporcionan un alivio a las cargas económicas de las personas con discapacidad, así tenemos exenciones tributarias y en algunos servicios como el transporte público.

En el ámbito de la actividad laboral de las personas con discapacidad es necesario mencionar que la Constitución de la República en su Art. 325 establece que:

"El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores."[31]

El derecho al trabajo es una de las principales prerrogativas que reconoce el ordenamiento jurídico ecuatoriano, fundamentado en el principio de igualdad de deberes y oportunidades de las personas, y de manera muy especial a las personas consideradas como grupos vulnerables, entre las que están los niños, niñas, adolecentes, mujeres embarazadas, adultos mayores y las personas con discapacidad.

En el Art. 330 de la Norma Fundamental establece que: ***"****Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los*

[31] Ob. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Pág. 147.

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."[32]

Las personas con discapacidad tienen igual derecho que cualquier otra persona, a un trabajo digno y libremente elegido o aceptado, de acuerdo a sus limitaciones y capacidades físicas, y por ende tiene derecho a una remuneración igual a la que recibe todo trabajador.

En la legislación laboral una de las principales garantías para el trabajo de las personas con discapacidad es el porcentaje obligatorio y la sanción correspondiente, pero de la manera como se ha establecido en el Código del Trabajo conlleva una marcada desproporcionalidad de la sanción, lo que origina perjuicios económicos innecesarios a la empresa privada.

Toda sanción debe ser proporcional a la infracción, así lo dispone el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República establece: *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

…6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. …"[33]

[32] IBÍDEM, Pág. 151.
[33] Ob. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Pág. 48.

Lo cual incluye la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo respecto del incumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad que debe tener el empleador.

La desproporcionalidad, desigualdad y problemas de aplicación de la indicada sanción la detallare de mejor manera en los siguientes puntos del presente informe de tesis.

4.3.2 Ley sobre Discapacidades.

La Ley sobre Discapacidades en su Art. 1 determina el ámbito de aplicación de sus normas: "*La presente ley protege a las personas con discapacidad; establece un sistema de prevención de discapacidades, atención e integración de personas con discapacidad que garantice su desarrollo y evite que sufran toda clase de discriminación, incluida la de género.*"[34]

Los sujetos de protección de esta ley son las personas que sufran algún tipo de discapacidad, ya sea física, sensorial o intelectual, estableciendo los mecanismos legales pertinentes para lograr su atención médica oportuna y la inclusión social.

En su Art. 4 determina que: "*El Estado a través de sus organismos y entidades garantiza el pleno ejercicio de los derechos que la Constitución*

[34] **LEY SOBRE DISCAPACIDES Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a octubre del 2009, Quito-Ecuador, Pág. 1.

y las leyes reconocen a todas las personas con discapacidad, mediante las siguientes acciones:

a) Sensibilización y concientización de la sociedad y la familia sobre las discapacidades, los derechos y deberes de las personas con discapacidad;

b) Eliminación de barreras físicas, psicológicas, sociales y comunicacionales;

c) Formación, capacitación e inserción en el sector laboral formal e informal; así como, otras modalidades de trabajo, pequeña industria y microempresa, talleres protegidos, trabajo en el domicilio, autoempleo, etc.;

d) Adaptación, readaptación, restitución y reubicación laboral de los trabajadores que adquieran la discapacidad como producto de enfermedades profesionales, accidentes de trabajo u otras causas, tanto en el sector público como privado;

e) Concesión de becas para educación, formación profesional y capacitación;

f) Concesión de subsidios para acceder a: servicios de salud, vivienda, asistencia técnica y provisión de ayudas técnicas y tecnológicas, a través de los organismos públicos y privados responsables de las áreas indicadas;

g) Tratamiento preferente en la obtención de créditos a través de las instituciones del sistema financiero;

h) Elaboración y aplicación de la normativa sobre accesibilidad al medio físico en las edificaciones públicas y privadas de uso público, a cargo de los municipios;

i) Impulso a los servicios (necesarios) para la dotación, fabricación, mantenimiento o distribución de órtesis, prótesis y otras ayudas técnicas y tecnológicas, que suplan o compensen las deficiencias. Las ayudas técnicas y tecnológicas serán entregadas obligatoriamente por el Estado y las instituciones de seguridad social, directamente, bajo convenio o contrato con otras instituciones públicas o privadas;

j) Disponer, a través del Ministerio de Salud Pública, la producción y distribución de medicamentos genéricos y esenciales, además de los insumos que se necesiten para la atención de deficiencias y discapacidades que requieran de un tratamiento prolongado;

k) Fomento, cooperación y apoyo a las actividades culturales, deportivas y recreacionales de las personas con discapacidad, a través de programas de integración y otros específicos a que hubiere lugar;

l) Crear residencias para personas con discapacidad que no pueden valerse por sí mismas; y,

m) Fortalecimiento y apoyo a las organizaciones de y para personas con discapacidad."[35]

Los organismos estatales que se encargan de garantizar el cumplimiento y efectivo ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad son el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) y el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), que a través de programas y políticas adecuadas se encargan de la rehabilitación y atención médica de las personas con discapacidad, así mismo se encargan de proporcionarles capacitaciones y lugar donde puedan efectuar alguna actividad laboral o microempresarial.

El Art. 18 de la Ley sobre Discapacidades establece*: "Para efecto de esta ley, la calificación de las personas con discapacidad la realizará el Ministerio de Salud Pública y el INNFA a través de sus unidades autorizadas. En el caso de afiliados y jubilados, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, la calificación la harán sus unidades autorizadas.*

El Consejo Nacional de Discapacidades podrá conformar equipos calificadores cuando las entidades nombradas en el inciso precedente no puedan cubrir la demanda, o en el caso de zonas geográficas que no cuenten con unidades autorizadas. La calificación es gratuita y el reglamento de esta ley establecerá las normas que deben seguirse para realizarla.

[35] Ob. Cit., **LEY SOBRE DISCAPACIDES Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Págs. 2 y 3.

El Consejo Nacional de Discapacidades diseñará un sistema único de calificación que será de estricta observancia por parte de las instituciones señaladas como responsables de la calificación, que se encargará del control y seguimiento de la calificación y está facultado para solicitar la recalificación en los casos que amerite, de acuerdo con el reglamento. De comprobarse una calificación dolosa, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales pertinentes, el Consejo Nacional de Discapacidades anulará la calificación y eliminará de sus registros a los beneficiarios de ella.

Una vez calificadas, las personas con discapacidad deberán inscribirse en el Registro Nacional de Discapacidades y obtener el carné del Consejo Nacional de Discapacidades, de acuerdo a las normas que para el efecto dicte el reglamento a esta ley.

El carné o registro será documento suficiente para acogerse a los beneficios de esta ley y el único requerido para todo trámite en los sectores público y privado, salvo los casos en que la ley determine otros requisitos.

Las personas con discapacidad o las organizaciones de y para personas con discapacidad que violen las disposiciones de esta ley, sus reglamentos o que hagan mal uso de su condición o finalidades serán sancionadas de acuerdo al reglamento."[36]

[36] Ob. Cit., **LEY SOBRE DISCAPACIDES Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Págs. 10 y 11.

El registro de las personas con discapacidad es muy importante para que mediante el carné otorgado por el CONADIS puedan acceder a los servicios públicos que determina esta ley y en especial a un trabajo digno y remunerado acorde con sus capacidades y limitaciones.

La indicada norma establece sanciones para quienes no sean discapacitados y obtengan dolosamente la inscripción y el correspondiente carné o certificación.

4.3.3 Código del Trabajo.

El Código del Trabajo referente al trabajo realizado por personas con discapacidad, como una garantía de inclusión en este ámbito en su Art. 42 numeral 33 establece:

"Art. 42.- Obligaciones del empleador.- Son obligaciones del empleador:

…33. El empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, al menos, a una persona con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad, en el primer año de vigencia de esta Ley, contado desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial. En el segundo año, la contratación será del 1% del total de los trabajadores, en el tercer año el 2%, en el cuarto año el 3% hasta llegar al quinto año en

donde la contratación será del 4% del total de los trabajadores, siendo ese el porcentaje fijo que se aplicará en los sucesivos años.

Esta obligación se hace extensiva a las empresas legalmente autorizadas para la tercerización de servicios o intermediación laboral.

El contrato laboral deberá ser escrito e inscrito en la Inspección del Trabajo correspondiente, que mantendrá un registro específico para el caso. La persona con discapacidad impedida para suscribir un contrato de trabajo, lo realizará por medio de su representante legal o tutor. Tal condición se demostrará con el carné expedido por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS).

El empleador que incumpla con lo dispuesto en este numeral, será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general; y, en el caso de las empresas y entidades del Estado, la respectiva autoridad nominadora, será sancionada administrativa y pecuniariamente con un sueldo básico; multa y sanción que serán impuestas por el Director General del Trabajo, hasta que cumpla la obligación, la misma que ingresará en un cincuenta por ciento a las cuentas del Ministerio de Trabajo y Empleo y será destinado a fortalecer los sistemas de supervisión y control de dicho portafolio a través de su Unidad de Discapacidades; y, el otro cincuenta por ciento al Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) para dar

cumplimiento a los fines específicos previstos en la Ley de Discapacidades; …"[37]

De la norma citada, es necesario determinar lo siguiente:

1.- El texto no está claramente redactado pues el porcentaje de 4% fijo desde este año 2011, no es aplicable puesto que da solo da números enteros por cada veinticinco trabajadores y sus múltiplos, en el caso que se tenga un número de trabajadores diferente a los múltiplos de veinticinco, da cantidades con decimales, que está siendo entendido por la entidad sancionadora como incumplimiento.

De esta manera el 4% de 40 trabajadores es 1,6 trabajadores, y por ende si el empleador solo contrata un trabajador, según el tenor literal de la norma, se está incumpliendo por el porcentaje sobrante que es 0,6 personas, lo cual no es posible contratar por razones de orden natural y físico.

2.- Desproporcionalidad y desigualdad de la multa, ya que si la obligación es tanto para el sector público y privado debe ser la misma multa, y según dispone el numeral 33 del Art. 42 del Código del Trabajo, a la autoridad nominadora se sanciona con una sola multa de un sueldo básico, mientras que a la empresa privada se la sanciona con diez remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, en una forma mensual.

[37] **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS, JURISPRUDENCIA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a noviembre del 2010, Quito-Ecuador, Pág. 14.

El presente trabajo de investigación jurídica estará enfocado a proporcionalizar la multa y efectivizar su aplicación, con el objetivo de garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad y evitar un perjuicio económico innecesario a la empresa privada.

4.4 Derecho Comparado.

Dentro del análisis de Derecho Comparado efectuaré el análisis de las legislaciones de Chile, Colombia, Nicaragua y República Dominicana.

4.4.1 Chile.

En Chile las relaciones laborales se regulan por medio del Código del Trabajo, que en su Art. 2 establece:

"Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias.

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios."[38]

El Código del Trabajo de Chile no tiene una regulación normativa específica para garantizar el derecho al trabajo remunerado de las personas con discapacidad, simplemente he citado este artículo que establece en forma muy general la igualdad de oportunidades de todas las personas para el acceso al empleo.

[38] **CÓDIGO DEL TRABAJO (CHILE)**, Fuente: http: //pdf.rincondelvago.com/codigo-del-trabajo-de-chile.pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

La Ley de Integración de las Personas con Discapacidad o Ley Nro. 19.284 en su Art. 14 establece que:

"La rehabilitación tiene por finalidad permitir a las personas que presentan una discapacidad física, psíquica o sensorial, que dificulte su integración social, educativa o laboral, mediante el acceso a las prestaciones y servicios oportunos y necesarios, la recuperación de la funcionalidad y su mantenimiento. De no ser posible la completa recuperación, la acción rehabilitadora consistirá en desarrollar sus destrezas funcionales y en dotar de elementos alternativos para compensar dicha discapacidad."[39]

De la norma citada, se entiende que una de las formas de lograr la rehabilitación de las personas con discapacidad es el acceso a una fuente de trabajo, especialmente en entidades del sector público y privado. Algo que me parece muy adecuado de la legislación chilena es que existen disposiciones adecuadas sobre capacitación laboral para personas con discapacidades.

En lo referente a la problemática de la presente tesis que es la vulneración del principio de proporcionalidad por la sanción del Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo Ecuatoriano, en el Código Laboral Chileno no hay disposición al respecto, pero la Ley de Integración de las Personas con Discapacidad, dispone sanciones en su Art. 48 y 49:

[39] **LEY DE INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CHILE**), Ley Nro. 19.284, Fuente: http://www.fnd.cl/Ley_19.29...pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

*"**Artículo 48.-** Sin perjuicio de las normas administrativas y penales existentes, toda persona que por causa de acto u omisión arbitraria o ilegal sufra discriminación o amenaza en el ejercicio de los derechos y beneficios consagrados en esta ley, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, al Juez de Policía Local correspondiente a su domicilio, el que deberá adoptar de inmediato las providencias para asegurar y restablecer su derecho afectado.*

***Artículo 49.-** El que fuere sancionado como autor de acto u omisión arbitraria o ilegal en los términos previstos en el artículo precedente, pagará una multa de una a tres unidades tributarias mensuales, que se duplicará en caso de reincidencia. La reincidencia será causal suficiente para la eliminación del Registro Nacional de la Discapacidad, si el sancionado estuviera inscrito en él."*[40]

La sanción por cualquier acción u omisión que afecte a los derechos de las personas con discapacidad, en especial su derecho al trabajo, es sancionado mediante una multa equivalente a tres unidades tributarias, pero una sola vez y no como está establecida en el Ecuador que son diez remuneraciones de forma mensual desde la entrada en vigencia de la ley reformatoria a nuestro Código del Trabajo.

4.4.2 Colombia.

En la hermana República de Colombia las relaciones laborales se regulan por el Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece en su Art. 10:

[40] Ob. Cit., **LEY DE INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CHILE**).

"ARTICULO 10. IGUALDAD DE LOS TRABAJADORES. Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley."[41]

De una manera muy general el Código Sustantivo del Trabajo establece que todas las personas tienen los mismos derechos, deberes y oportunidades para acceder al empleo, lo que incluye a las personas con discapacidad.

Pero al no existir una disposición concreta sobre el trabajo de las personas con discapacidad, debo recurrir a la Ley Nro. 1275 que regula los derechos de las personas con discapacidad.

"Artículo 10. Objeto. La presente ley tiene por objeto declarar como personas en condición de discapacidad a las personas que presentan enanismo y establecer lineamientos de política pública nacional, con el fin de promover la inclusión social, el bienestar y desarrollo integral de las personas que lo presentan, garantizar el ejercicio pleno y efectivo de sus Derechos Humanos y crear las bases e instrumentos que les permitan participar de manera equitativa en la vida económica. cultural, laboral, deportiva, política, social, educativa del país."[42]

---

[41] **CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO (COLOMBIA)**, Fuente: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo_pr001.html,Consultado el 15 de julio del 2011.

[42] **LEY Nro. 1275 (COLOMBIA)**, Fuente: http://discapacidadcolombia.com/documentos/ley127505012009.pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

Esta ley establece entre los derechos de las personas con discapacidad la inclusión de las personas con discapacidad al ámbito laboral, pero no establece una sanción por acciones u omisiones de terceros respecto de los derechos de este grupo poblacional vulnerable.

4.4.3 Nicaragua.

En Nicaragua las relaciones laborales se regulan por el Código del Trabajo, que a diferencia de las legislaciones anteriormente analizadas tiene una separata normativa exclusivamente para el trabajo de las personas con discapacidad, la misma que se encuentra comprendida desde el Art. 198 al 201, que establecen:

*"**Artículo 198.-** Los discapacitados tienen el derecho a obtener una colocación que les proporcione una subsistencia digna y decorosa y les permita desempeñar una función útil para ellos mismos y la sociedad.*

***Artículo 199.-** El Ministerio del Trabajo establecerá los términos y condiciones en los cuales las empresas públicas y privadas darán empleo a discapacitados, de acuerdo con las posibilidades que ofrece la situación social y económica del país.*

***Artículo 200.-** El Estado dará facilidades de carácter fiscal y crediticio y de cualquier otra índole a las empresas de discapacitados, a las que hayan establecido departamentos mayoritariamente integrados por trabajadores discapacitados y a las que en cualquier forma favorezcan su empleo, capacitación, rehabilitación y readaptación.*

Artículo 201.- *El Ministerio competente establecerá programas de concientización en coordinación con las organizaciones sindicales y de empleadores, el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y cualquiera otra institución pública o privada que se ocupe de ayudar a los trabajadores discapacitados."*[43]

Como se puede determinar en Nicaragua se regula el trabajo de las personas con discapacidad, en el marco de la inclusión y de normatividad garantista de los derechos de estas personas, pero no se ha establecido sanciones pecuniarias ni de otra índole como lo hay en Ecuador y en las legislaciones extranjeras anteriormente analizadas.

4.4.4 República Dominicana.

En República Dominicana las relaciones laborales se regulan por el Código del Trabajo, que en forma similar a la legislación de Nicaragua tiene un apartado para el trabajo de las personas con discapacidad desde su Art. 314 al Art. 316:

*"**Art. 314.-** Se considera como minusválido toda persona con defectos corporales congénitos o adquiridos que determinen una reducción en la capacidad normal de su trabajo.*

Art. 315.- *Se establece el derecho de los minusválidos, en igualdad con los demás trabajadores, a obtener una ocupación fija y permanente.*

---

[43] **CÓDIGO DEL TRABAJO (NICARAGUA)**, Fuente: http://www.construccion.com.ni/files/ley/1204139277_Codigo%20del%20Trabajo%20de%20Nicaragua.pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

El criterio que se seguirá para la calificación de los minusválidos será la capacidad de trabajo del interesado, cualquiera que sea el origen de la invalidez.

Art. 316.- *El Poder Ejecutivo determinará por decreto o reglamento las modalidades de la aplicación de este Título."*[44]

El Código del Trabajo de República Dominicana establece una normativa que ampara la inclusión de las personas con discapacidad, en un marco de igualdad y protección por parte del Estado, pero no establece ninguna sanción para los empleadores como lo tiene la legislación laboral ecuatoriana.

COMENTARIO GENERAL: De las legislaciones analizadas solamente los Códigos del Trabajo de Nicaragua y República Dominicana tienen un apartado normativo para el trabajo de las personas con discapacidad.

En las normativas laborales de Colombia y Chile no manifiestan en un sentido específico las obligaciones de los empleadores frente a los derechos de las personas con discapacidad, pero tiene leyes de carácter especial similares a la Ley sobre Discapacidades del Ecuador, que establecen las políticas estatales para la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

Únicamente en la Ley de Integración de las Personas con Discapacidad de Chile se establece una sanción pecuniaria equivalente a tres unidades

[44] **CÓDIGO DEL TRABAJO (REPÚBLICA DOMINICANA)**, Fuente: http://www.suprema.gov.do/PDF_2/codigos/Codigo_Trabajo.pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

tributarias mensuales, pero de tracto único, es decir, de un solo pago y no como es en Ecuador que la multa es mensual y desde la promulgación de la ley reformatoria al Código del Trabajo en el año 2006, si solo en el año 2011 las multas alcanzarían las sumas de treinta mil dólares, no se diga si se aplica desde el año 2006.

Por lo expuesto considero que si es necesaria una sanción por no cumplir con el mínimo de trabajadores con discapacidad, pero esta debe ser proporcional a la infracción cometida.

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

Dentro de la presente investigación utilice los siguientes materiales:

a.- Insumos de Oficina: Dentro del material de oficina, para la redacción del informe final se empleó: papel, esferográficos, computador, memoria extraíble, etc.

b.- Fuentes de Información: Dentro de las fuentes de información empleada están libros tales como: Hacia una Cultura de Apoyo a la Discapacidad de Rogelio Alcántara; Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas; La Incorporación al Desarrollo de las Personas con Discapacidad de Eduardo San Miguel Aguirre; La Discapacidad en los Adultos Mayores de Erick Gómez Tagle; Derechos de las Personas con Discapacidad de Amelia Gamio; Diccionario Jurídico del Trabajo de Hugo Sylvester; Derecho Ecuatoriano del Trabajo de Carlos Vela Monsalve; Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas; Curso de Derecho del Trabajo de Manuel García, entre otros.

5.2.- Métodos y Técnicas.

Para el desarrollo de la presente investigación jurídica utilice los siguientes métodos:

- Inductivo: El cual me permitió establecer el nexo común de la problemática investigada, el cual es la vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción por incumplimiento del mínimo de trabajadores con discapacidad establecido en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo.

- Deductivo: El cual me sirvió para deducir los puntos más sobresalientes de la investigación literaria, que en forma conjunta con los resultados de la investigación de campo me permitirá establecer las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

- Descriptivo: El cual me permite enfocar al lector de una manera clara y precisa los conocimientos doctrinarios, jurídicos y críticos de la presente investigación para lograr una mejor comprensión y socialización de la temática, y lo cual se ve reflejado en la investigación de campo que se presenta con los respectivos gráficos estadísticos, interpretación y cometario de la autora.

- Analítico-Sintético: Es el Método empleado durante la selección de la información recopilada, su estudio y redacción en el informe final de la presente tesis.

- Método Científico, el mismo que se desarrolla en las siguientes etapas:

a.- Observación: Es la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudó principalmente en lo que fue el acopio de información teórica y empírica.

b.- Análisis: Consiste en el estudio detallado e íntegro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitió desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.

c.- Síntesis: Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual se materializó en las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Dentro de las técnicas utilizadas para la investigación de campo se encuentran la **Encuesta y Entrevista**, aplicadas en un número de 30 y 5 personas respectivamente, entre los que están funcionarios judiciales, empleados públicos, abogados en libre ejercicio, docentes de Derecho y demás personas conocedoras de la problemática.

6. RESULTADOS.

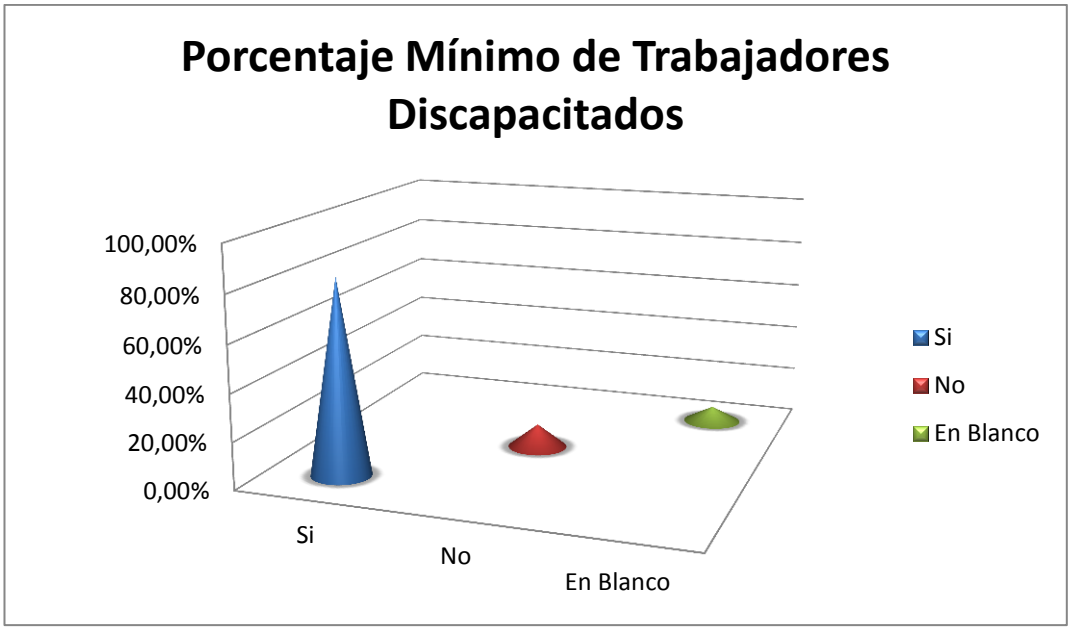
6.1 Análisis de los Resultados de la Investigación de Campo.

6.1.1 Análisis de la Encuesta.

La encuesta fue aplicada a una población determinada de 30 personas, en la que están Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios, obteniendo los siguientes resultados:

1.- ¿Conoce Usted cuál es el porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad que deben cumplir los empleadores?

CUADRO NRO. 1		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**25**	**83,33%**
No	**3**	**10%**
En Blanco	**2**	**6,67%**
TOTAL	**30**	**100%**
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios. **Investigadora: María Teresa Sisalema Guaquipana**		



INTERPRETACIÓN: De la totalidad de 30 encuestados, 25 que representan el 83,33% contestaron conocer el porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad que deben cumplir los empleadores, por las siguientes razones:

- El porcentaje mínimo es del 4% de la totalidad de los trabajadores que tenga bajo su dependencia el trabajador.

- Es por cada 100 trabajadores 4 personas con discapacidad.

- Es una garantía de inclusión social del Estado hacia las personas minusválidas, con deficiencia física o mental.

Tres de los encuestados que constituyen el 10% respondieron no tener conocimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, manifestando principalmente que desconocen con exactitud la disposición legal.

Dos de los encuestados que representan el 6,67% de la población, dejaron en blanco sus respuestas.

COMENTARIO: La mayoría de las personas encuestadas conocen cual es el porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, manifestando el porcentaje de 4% de la totalidad de trabajadores del empleador, para contratar personas con discapacidad, cantidad que se encuentra fija para el año 2011.

La Ley Reformatoria al Código del Trabajo del año 2006 que introduce esta obligación a los empleadores, presentan una aplicación gradual determinando que para el primer año correspondía por cada 25 trabajadores una persona con discapacidad, en el segundo año el 1%, para el tercer año 2%, para el cuarto año el 3% y para el quinto año 4% se mantendrá fijo.

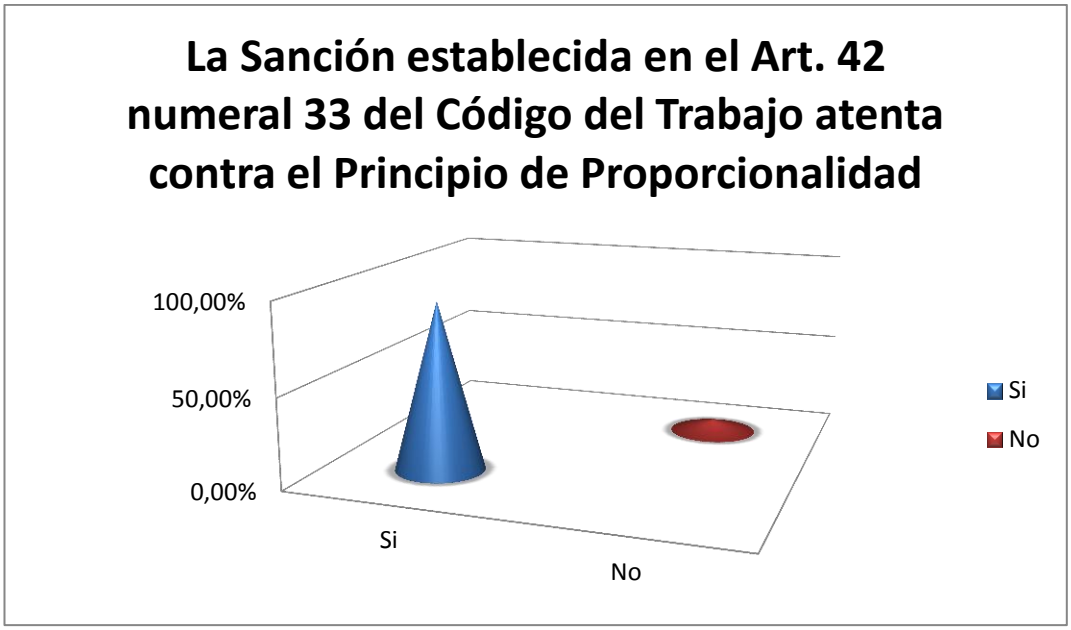
Como se puede denotar actualmente el valor porcentual se encuentra fijo, pero desde la vigencia de la indicada ley reformatoria no era posible la aplicación, debido a que si en el primer año el empleador tiene 25 trabajadores corresponde la contratación de una persona con discapacidad, pero en el segundo año si el empleador tiene igualmente 25 trabajadores el 1% hubiere sido 0,25 trabajadores con discapacidad, lo cual no es aplicable, incluso con el porcentaje actual fijo de 4% para que el empleador de cumplimiento de la disposición legal debe contratar trabajadores en múltiplos de 25, pues si contrata por ejemplo 40 trabajadores el 4% es 1,6 trabajadores con discapacidad, por lo cual de la

forma como está establecida esta obligación patronal ocasiona inconvenientes en su aplicación.

2.- El Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, establece una sanción pecuniaria por incumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, la cual es equivalente a diez remuneraciones básicas mensuales para la empresa privada y de un sueldo mensual a la autoridad nominadora en el sector público. ¿Considera que la sanción atenta contra el principio de proporcionalidad?

CUADRO NRO. 2		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**28**	**93,33%**
No	**2**	**6,67%**
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios.
Investigadora: María Teresa Sisalema Guaquipana



INTERPRETACIÓN: De la totalidad de 30 encuestados 28 que representan el 93,33% contestaron que si vulnera el principio de proporcionalidad la sanción por incumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, por las siguientes razones:

- La multa es excesiva.

- Produce grandes perjuicios económicos.

- Se cobra de manera indefinida.

- Es una política del Gobierno actual, que pretende acaparar ingresos perjudicando a las empresas.

Solo 2 encuestados que constituyen el 6,67% respondieron que la multa no vulnera el principio de proporcionalidad por las siguientes razones:

- La multa es justa y está acorde a la gran capacidad económica de la empresa privada.

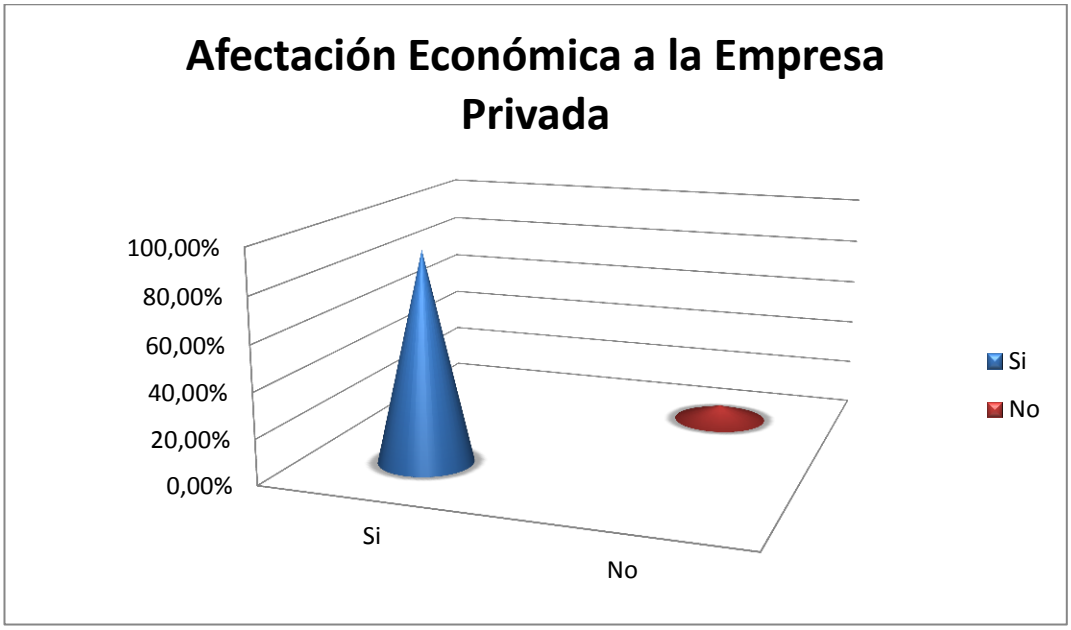
- Es necesario eliminar los abusos de los empleadores con la aplicación de multas severas.

COMENTARIO: La mayoría de encuestados concuerdan que la multa establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo vulnera el principio de proporcionalidad, debido a que diez remuneraciones básicas da una suma ya significativa, que calculada con el actual salario básico unificado da la cantidad de dos mil seiscientos cuarenta dólares, que si se calcula en un año da una cantidad de treinta y un mil seiscientos ochenta dólares que ya representan una afectación económica.

Y además porque se ha establecido una desigualdad entre sector público y privado, ya que a la autoridad nominadora se la sanciona con un sueldo mensual y a la empresa privada con sumas considerablemente elevadas.

3.- ¿Considera que la multa establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo referente al incumplimiento del porcentaje mínimo de contratación de trabajadores discapacitados carece de proporcionalidad, afectando innecesariamente la economía de la Empresa Privada?

CUADRO NRO. 3		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**28**	**93,33%**
No	**2**	**6,67%**
TOTAL	**30**	**100%**
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios. **Investigadora: María Teresa Sisalema Guaquipana**		



INTERPRETACIÓN: De 30 encuestados, 28 que son el 93,33% contestaron que la multa establecida en el numeral 33 del Art. 42 del Código del Trabajo si produce afectación económica para la empresa privada, por las siguientes razones:

- Multas excesivamente elevadas.

- Perjuicio patronal, que repercutirá en la inversión extranjera en el país, que es indispensable para el desarrollo económico del país.

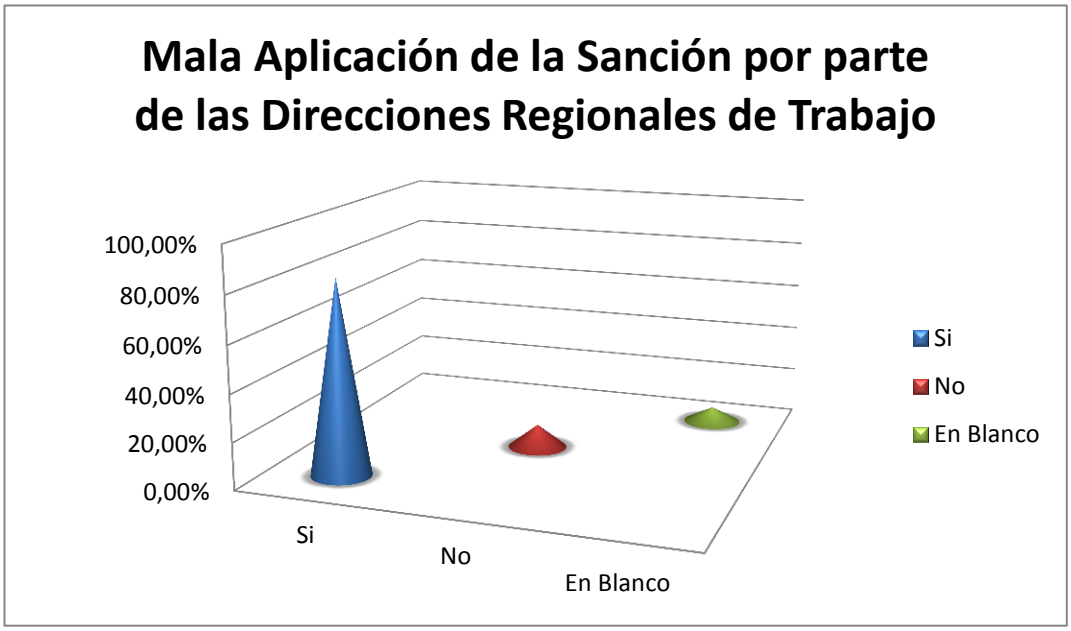
Solo 2 encuestado que constituyen el 6,67% respondieron que la multa no afecta económicamente a la empresa privada, debido a que la capacidad económica de las empresas es grande, especialmente por el incumplimiento de sus deberes patronales frente a los trabajadores.

COMENTARIO: La mayoría de encuestados concuerdan con mi criterio de que la multa establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo crea una seria afectación económica para la empresa privada, pues la suma que bordee los treinta mil dólares no es tan cómoda para una empresa privada, que tiene que cancelar remuneraciones a todos sus trabajadores y al personal administrativo, así como invertir en insumos y materia prima.

Concuerdo con el criterio de que una aplicación de una multa desproporcionalizada genera inseguridad jurídica y económica y por ende se perderá de la inversión de empresas extranjeras, que genera plazas de trabajo.

4.- ¿Considera Usted que ha existido una mala aplicación de esta sanción por parte de las Direcciones Regionales de Trabajo, a consecuencia de la ininteligibilidad del numeral 33 del Art. 44 del Código del Trabajo, ya que se ha sancionado el incumplimiento del porcentaje, aunque este sea una fracción de una persona trabajadora?

CUADRO NRO. 4		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**25**	**83,33%**
No	**3**	**10%**
En Blanco	**2**	**6,67%**
TOTAL	**30**	**100%**
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios. **Investigadora: María Teresa Sisalema Guaquipana**		



INTERPRETACIÓN: De la totalidad de encuestados 25 que representan el 83,33% contestaron que si existe una mala aplicación de la multa establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, por las siguientes razones:

- La multa es aplicada por el incumplimiento del porcentaje, aunque no sea un número entero de trabajadores con discapacidad que debe contratar el empleador.

- Obliga a los empleadores a contratar en múltiplos de 25 pues contratar en cantidades diferentes les genera riesgo económico.

- Las multas son aplicadas directamente por las Direcciones Regionales de Trabajo sin sujeción a lo establecido en el procedimiento administrativo determinado en el Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Tres personas que corresponden al 10% de encuestados consideran que no existe una mala aplicación por parte de las Direcciones Regionales de Trabajo y Empleo, debido a que la imposición se hace en base de las disposiciones legales del Código del Trabajo.

Dos personas que representan el 6,67% de encuestados dejaron en blanco su respuesta.

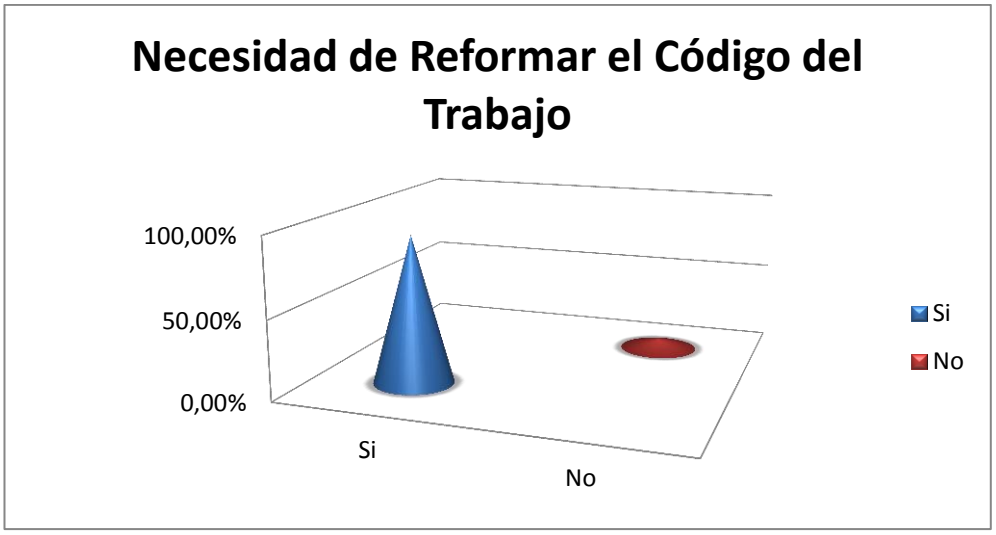
COMENTARIO: La mayoría de encuestados concuerdan con mi opinión que ha existido y sigue existiendo una mala aplicación de la multa por parte de las Direcciones Regionales de Trabajo, debido principalmente a dos razones, la primera que consiste en un error de tipo legal, pues el establecimiento de un porcentaje obligatorio genera inconvenientes de aplicación, y la segunda razón que es conocido que las multas se efectúan primeramente con una inspección por parte de las Inspectorías de Trabajo y luego con los informes receptados por las Direcciones se

impone la multa, obviando la notificación y audiencia que establece el trámite administrativo, por lo cual las resoluciones sancionadoras están viciadas de nulidad.

Considero además que debe existir oferta y demanda de trabajo por parte de personas discapacitadas, pues no puede el empleador buscar una persona con discapacidad para que efectúe una labor, ya que muchos casos de discapacidad son en grados severos y absolutos, por lo que considero que debe existir previamente una evaluación del CONADIS y una capacitación laboral por parte del Ministerio de Inclusión Económica y Social, para luego una gestión del empleo con apoyo del Ministerio de Relaciones Laborales.

5.- ¿Considera necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código del Trabajo, tendiente a proporcionalizar la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 y efectivizar su aplicabilidad?

CUADRO NRO. 5		
Variables	**Frecuencia**	**Porcentaje**
Si	**28**	**93,33%**
No	**2**	**6,67%**
TOTAL	**30**	**100%**
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios. **Investigadora: María Teresa Sisalema Guaquipana**		



INTERPRETACIÓN: De 30 encuestados 28 que representan el 93,33% contestaron que si existe la necesidad de reformar el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, por las siguientes razones:

- La multa no está bien proporcionada a la infracción del empleador.

- Produce perjuicios económicos a la empresa privada.

- Existe un abuso por parte del Gobierno con el objeto de acaparar ingresos.

Solo 2 personas que constituyen el 6,67% de encuestados contestaron que no se debe reformar el Código del Trabajo por las siguientes razones:

- La multa es justa y acorde a la capacidad económica empresarial.

- Se debe frenar los abusos de los empleadores.

COMENTARIO: La mayoría de encuestados concuerdan con la finalidad de la presente tesis, la cual es proporcionalizar la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 para que sea un solo cobro efectuado y no de

manera mensual, además que se establezca una normativa que permita que el incumplimiento del empleador sea cuando exista demanda de trabajo de personas con discapacidad, pues en tal caso existiría el incumplimiento.

6.1.2 Análisis de la Entrevista.

La técnica de la entrevista fue aplicada a cinco personas, entre las cuales están Funcionario Judiciales, Administrativos y Abogados en libre ejercicio, obteniendo los siguientes resultados:

1.- Cuál es su criterio respecto de la sanción por incumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad establecido en el numeral 33 del Art. 42 del Código del Trabajo, referente al principio constitucional de proporcionalidad entre infracción y sanción.

Cuatro de los entrevistados manifestaron que la sanción por incumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, vulnera el principio constitucional de proporcional establecido en el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, debido a que es una multa excesiva si se ha establecido el incremento mensual hasta la fecha en que las Direcciones Regionales de Trabajo impongan la sanción.

Uno de los entrevistados manifestó que si guarda proporcionalidad la sanción, debido a que como demuestran las estadísticas del INEC la mayor parte de la población con discapacidad es excluida de las fuentes de trabajo.

COMENTARIO: La mayoría de entrevistados concuerdan con mi criterio de que la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo es desproporcional a la infracción y produce afectación económica a la empresa privada.

2.- Qué opina respecto de que la indicada sanción a la que hace referencia la pregunta anterior, se la haya establecida en una evidente desigualdad entre el sector privado y el sector público, y las graves consecuencias económicas que ocasiona especialmente a la Empresa Privada.

Tres de los entrevistados opinaron que la aplicación de toda norma debe efectuarse según el principio de generalidad, y debe ser igual para todas las personas, y no crear perjuicios económicos innecesarios a las empresas o a determinado sector social.

Uno de los entrevistados manifestó que era una medida política del gobierno del Presidente Econ. Rafael Correa para perjudicar a los empleadores.

Uno de los entrevistados considera que la sanción es adecuada, y se la aplica más severamente al sector privado, precisamente por el abuso de los empleadores.

COMENTARIO: La mayoría de entrevistados que son cuatro personas consideran que si existe una desigualdad en la imposición de la indicada multa, y que muy aparte de las ideas políticas si se ha vulnerado un

principio constitucional de proporcionalidad y se crea afectaciones económicas innecesarias.

3.- En una propuesta de reforma legal al Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, tendiente a proporcionalizar la sanción por incumplimiento del número de discapacitados ¿Qué otros aspectos debería tenerse en cuenta?

Cuatro de los entrevistados manifestaron que además de una correcta proporcionalización de la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, es necesario establecer un procedimiento para la aplicación de la sanción, en la que se garantice el derecho a la defensa.

Uno de los entrevistados considera que no se debería reformar el Código del Trabajo, pues la sanción es una garantía de inclusión laboral para las personas con discapacidad.

COMENTARIO: La mayoría de entrevistados aporta un valioso criterio que debe ser tomado en cuenta, y se debe establecer que se aplique obligatoriamente el procedimiento determinado en el Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

La propuesta de reforma establecerá en lugar de un porcentaje un número mínimo de trabajadores con discapacidad con el objeto de efectivizar la aplicación de una sanción suficiente, pero proporcional a la infracción cometida.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

Objetivo General:

Analizar jurídicamente y doctrinario del Régimen Constitucional y Legal de la contratación laboral de discapacitados en el Estado Ecuatoriano.

El objetivo general se verificó satisfactoriamente en el punto 4. REVISIÓN DE LITERATURA, en el cual desde un marco conceptual se abordó la temática de la contratación laboral de las personas con discapacidad, de igual manera se estableció desde un marco doctrinario lo referente a Derecho de Trabajo, Contrato de Trabajo y sujetos contractuales, y la situación del trabajador con discapacidad en el Ecuador.

Objetivos Específicos:

. Determinar la desproporcionalidad y afectación económica a la Empresa Privada que origina la multa establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo.

Reformar al Código del Trabajo, Capítulo Iv Art. 42 Numeral 33, Inciso, 1, 3, 4, 5, 6,

El presente objetivo se lo verificó con los resultados obtenidos en la segunda pregunta de la encuesta, en la cual el 93,33% de los encuestados respondieron que la multa establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo atenta el principio de proporcionalidad, que es excesiva y produce perjuicios a las empresas particulares. De igual

manera en la primera pregunta de la entrevista, manifiesta la mayoría de Comprobar la inadecuada aplicación de sanciones por parte de las Direcciones Regionales de Trabajo, a consecuencia de la ininteligibilidad del numeral 33, inciso 1, al 6, del Art. 42 del Código del Trabajo

El presente objetivo específico se verificó mediante la pregunta Nro. 4 de la encuesta, en la que 25 encuestados que son el 83,33% de la población, contestaron que la multa es mal aplicada por las Direcciones Regionales de Trabajo y empleo primeramente por defectos de la normativa laboral y también que se han evidenciado casos en los que no se ha seguido el trámite administrativo correspondiente, por lo cual las resoluciones estarían viciadas de nulidad.

Con discapacidad y de las sanciones por incumplimiento.

El presente objetivo se verificó en el punto 4.3.4 DERECHO COMPARADO en que se determinó con las legislaciones de Chile, Colombia, Nicaragua y República Dominicana, que la multa del Código Ecuatoriano es desproporcionada, y que antes de que se aplique la multa se debería efectivizar los mecanismos de inclusión laboral para las personas con discapacidad..

El presente objetivo se lo verifica mediante la favorable respuesta obtenida en la pregunta Nro. 5 de la Encuesta y Nro. 3 de la Entrevista, con lo cual se redactó una propuesta de reforma jurídica al Código del

Trabajo tendiente a proporcionalizar la sanción y a efectivizar la aplicación.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

En el proyecto de tesis se planteó la siguiente hipótesis:

"La sanción constituida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo relativo al incumplimiento del porcentaje mínimo de contratación de trabajadores discapacitados falta de proporcionalidad, afectando innecesariamente la economía de la Empresa Privada en el Ecuador.

La hipótesis se contrastó como verdadera mediante los resultados obtenidos en la pregunta Nro. 3 de la encuesta, en la cual el 93,33% de los encuestados manifestaron que la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo a más de ser desproporcionada afecta económicamente a las empresas privadas, con grandes sumas de dinero, por la acumulación mensual de la multa.

7.3 Fundamento Jurídico-Técnico de la Propuesta de Reforma Jurídica.

La Propuesta de Reforma Jurídica al Código del Trabajo, se fundamenta en los siguientes criterios:

a.- Principios Constitucionales: Nuestra Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76 numeral 6 establece como uno de los principios rectores del debido proceso la proporcionalidad que debe existir entre la

sanción y la infracción cometida, ya sea en el ámbito civil, administrativo o penal.

Este principio rige en forma general para todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y no podía ser la excepción el Código del Trabajo.

Así mismo prevalece la intención de garantizar los derechos de las personas con discapacidad, a quienes la Norma Fundamental de la República en sus Arts. 47, 48 y 49, les reconoce una serie de prerrogativas de carácter de privilegio en la atención pública de salud, inclusión a la educación y al trabajo, exenciones tributarias y de ciertos servicios básicos indispensables para su desarrollo, supervivencia y reducción de su grado de dependencia.

El Art. 330 establece el derecho al trabajo remunerado para las personas con discapacidad, en un marco de igualdad de oportunidades, así como establece el deber del Estado de implementar políticas públicas que prevengan la discriminación y aislamiento de este grupo poblacional.

En el Código del Trabajo en su Art. 42 numeral 33 se ha intentado establecer un mecanismo de inclusión laboral para las personas con discapacidad, que no ha dado los resultados esperados.

b.- Inaplicabilidad del porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados y de la correspondiente sanción: El porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados previsto en el Código del Trabajo en su Art. 42 numeral 33, no es factible de aplicar puesto que únicamente da cantidades enteras con múltiplos de 25, no habiéndose previsto por parte de la Legislatura el caso de que exista la contratación de trabajadores en cantidades diferentes.

Ateniéndose al tenor literal de la norma la sanción se ha previsto por el incumplimiento del porcentaje, por lo cual si por ejemplo en el 4% de 40 trabajadores es 1,6, y si el empleador ha contratado solo un trabajador con discapacidad las Direcciones Regionales del Trabajo han considerado como incumplimiento.

Este grave perjuicio que ocasiona no debido a la mala interpretación de la norma pues, el sentido literal es claro, pero el sentido de la disposición no es correcto, debido a que vulnera la proporcionalidad entre sanción e infracción.

b. Afectación Económica y Desigualdad de la Sanción: La afectación se produce debido a que la multa tiene un carácter progresivo y acumulativo para la aplicación, y genera multas en grandes cantidades, así con la remuneración básica para el año 2011 de $264 dólares, genera una multa equivalente a los $ 31.680 dólares al año.

Multas que perjudican a los empleadores y a las empresas, pero la sanción es completamente desigual para el sector público en que se sanciona a la autoridad nominadora con un sueldo mensual.

Por ello considero que la determinación de la obligación de trabajadores con discapacidad es correcta pero aplicando una multa suficiente, pero no excesiva ni perjudicial a la empresa privada.

8. CONCLUSIONES.

Una vez culminado el presente trabajo investigativo, puedo concluir lo siguiente:

1.- Las personas con discapacidad, constituyen un grupo de atención prioritaria que requieren de asistencia médica especializada, y de programas que realmente les ayuden a lograr una inclusión social, cultural y laboral.

2.- El trabajo para las personas con discapacidad es una prerrogativa constitucional de vital importancia, para su desarrollo personal, como fuente de ingresos que permita solventar sus gastos básicos, y como una adecuada terapia que logre reducir su grado de dependencia en lo posible y de acuerdo a la clase de discapacidad que padezca cada persona.

3.- Es necesaria una efectivización de la capacitación laboral de personas con discapacidad, con el objeto de evaluar sus aptitudes y mejorar sus destrezas en una actividad laboral concreta, para luego mediante una entidad pública que debería ser el Ministerio de Relaciones Laborales, los coloque en una determinada empresa y garantice sus derechos ante los empleadores.

4. El porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad establecido en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo es inaplicable por no dar valores enteros si no solo con múltiplos de 25 por lo que es necesario establecer un número mínimo en lugar del porcentaje.

5. La sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo es desproporcionada debido a su carácter acumulativo, generando grave perjuicio al sector privado, por las grandes cantidades que se debe cancelar.

6. No se ha determinado el procedimiento de establecimiento de la multa, aunque las Direcciones Regionales del Trabajo y Empleo, están sujetas al Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, pero como se ha visto en los casos reales, no se aplica el procedimiento administrativo, sino que simplemente se aplica la multa solo con el informe de las Inspectorías del Trabajo.

9. RECOMENDACIONES.

Al finalizar el presente trabajo investigativo puedo recomendar lo siguiente:

1.- A la Asamblea Nacional: Que al momento de aprobar y realizar las leyes, establezca un estudio previo de los efectos de su aplicación, al fin de evitar obstáculos en la aplicación o de producir perjuicios económicos innecesarios.

2.- Al Ejecutivo: Que mediante los respectivos reglamentos efectivice la aplicación de las norma legales.

3.- Al Consejo Nacional de Discapacidades y Ministerio de Inclusión Económica y Social: Que realice un programa de evaluación de las capacidades y destrezas laborales de las personas con discapacidad, con el objeto de realizar capacitaciones y preparaciones en una rama de actividad acorde a las capacidades de este grupo poblacional.

4.- Al Ministerio de Relaciones Laborales: Que efectúe un sistema de colocación laboral para personas con discapacidad, y que se vaya gestionando la contratación con los empleadores del número obligatorio de personas con discapacidad.

5.- A las Direcciones Regionales de Trabajo: Que antes de imponer una sanción se sujeten al trámite administrativo correspondiente y otorguen el derecho a la defensa a quien se le va a imponer la sanción.

6.- A los empleadores: Que cuando una persona discapacitada les solicite empleo, se ofrezcan una actividad laboral acorde a sus capacidades, y si no se puede determinar por parte del patrono la capacidad laboral que se acuda a los organismos correspondientes (CONADIS, MIES, MRL) con el objeto de que se adapte o busque una actividad laboral más acorde con las capacidades de la persona con discapacidad.

7.- A los estudiantes de Derecho: Que se inclinen por realizar investigaciones tendientes a asegurar los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, pero en el marco del respeto de los derechos de las demás personas, con el fin de evitar excesos legales que antes que beneficios solo traen perjuicios.

8.- A la Sociedad en General: Que respete los derechos de las personas con discapacidad, que les permitan su interacción social, cultural y laboral.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en sus Arts. 47, 48, 49 y 330, establece en beneficio de las personas con discapacidad una serie de derechos de preferencia de atención médica, acceso a servicios públicos, acceso a la educación, exoneraciones tributarias y especialmente el derecho a un trabajo digno, decoroso y en igualdad de condiciones y oportunidades.

Que, la Carta Magna establece en su Art. 76 numeral 6 el principio de proporcionalidad entre la acción u omisión que constituya infracción y la sanción correspondiente, ya sea en el ámbito civil, penal administrativo o laboral.

Que, el porcentaje del 4% de trabajadores discapacitados previsto en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, padece de vicios de forma que lo hacen inaplicable.

Que, la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo es completamente desproporcional a la infracción cometida debido a su carácter acumulativo mensual, y origina una situación de desigualdad y desventaja para el sector privado frente a la misma responsabilidad en el ámbito público.

Que, es necesario establecer el lugar de un porcentaje un número fijo de trabajadores con discapacidad, y a su vez proporcionalizar la sanción por incumplimiento.

Por las razones expuestas y en uso de la facultad concedida por el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, se expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO

Art. 1.- Sustitúyase el numeral 33 del Art. 42 por el siguiente:

"33. El empleador público o privado, tendrá la obligación de contratar por cada veinticinco trabajadores una persona con discapacidad, en cincuenta trabajadores tres personas con discapacidad y así sucesivamente, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad.

Esta obligación se hace extensiva a las empresas legalmente autorizadas para la prestación de actividades complementarias.

El contrato laboral deberá ser escrito e inscrito ante el inspector del Trabajo correspondiente, que mantendrá un registro específico para el caso. La persona con discapacidad impedida para suscribir un contrato de trabajo, lo realizará por medio de su representante legal. Tal condición se demostrará con el carné expedido. Por Autoridad competente.

El empleador que incumpla con lo dispuesto en este numeral, será sancionado con una multa equivalente a quince remuneraciones básicas

mínimas unificadas del trabajador en general; la indicada multa rige para las empresas y entidades del Estado, sanción que será impuesta a la correspondiente autoridad nominadora. Las sanciones serán impuestas por el Director regional del Trabajo mediante el procedimiento administrativo establecido en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, los ingresos por concepto de la multa que establece este numeral será destinada en un cincuenta por ciento al Ministerio de Relaciones Laborales, y el otro cincuenta por ciento al Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) para dar cumplimiento a los fines específicos previstos en la Ley de Discapacidades y este Código vigente,"

Art.2.- La presente Ley Reformatoria entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en Quito, a los… días del mes de… del año 2015…

……
PRESIDENTEA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

……
SECRETARIA GENERAL

10. BIBLIOGRAFÍA.

- ALCÁNTARA Rogelio, **HACIA UNA CULTURA DE APOYO A LA DISCAPACIDAD. ALGUNOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos Nro. 124, Año de Publicación 2000, México D.

- ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: DE LOS CONTRATOS,** 1era Edición, Editorial ZAMORANO Y CAPERÁN, Santiago de Chile, 1976.

- CABANELLAS DE TORRES Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO LABORAL**, 2da Edición, Editorial HELIASTA, Buenos Aires-Argentina 2001.

- CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Tomo IV S-Z, Editorial HELIASTA, Año de Publicación 1976, Buenos Aires-Argentina.

- **CÓDIGO DEL TRABAJO (CHILE)**, Fuente: http: //pdf.rincondelvago.com/codigo-del-trabajo-de-chile.pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

- **CÓDIGO DEL TRABAJO (NICARAGUA)**, Fuente: http://www.construccion.com.ni/files/ley/1204139277_Codigo%20del%20Trabajo%20de%20Nicaragua.pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

- **CÓDIGO DEL TRABAJO (REPÚBLICA DOMINICANA)**, Fuente: http://www.suprema.gov.do/PDF_2/codigos/Codigo_Trabajo.pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

- **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS, JURISPRUDENCIA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a noviembre del 2010, Quito-Ecuador.

- **CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO (COLOMBIA)**, Fuente: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo_pr001.html,Consultado el 15 de julio del 2011.

- CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES, **MECANISMOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL ECUADOR**, 1era Edición, s/editorial, Quito-Ecuador.

- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS,** Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.

- GAMIO Amalia, **DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México 2001.

- GARCÍA Manuel. **CURSO DE DERECHO DEL TRABAJO**, 5ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona-España, 1975.

- GÓMEZ TAGLE Erick, **LA DISCAPACIDAD EN LOS ADULTOS MAYORES: UN ANÁLISIS SOBRE LA SITUACIÓN EN MÉXICO**, Revista Trabajo Social Nro. 3, México 2001.

- GONZÁLEZ NAVAR Raúl, **HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD**, Revista Trabajo Social, Nueva Época Nro. 3, México 2001.

- INSTITUTO DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA DE MÉXICO, **CARACTERÍSTICAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, INEGI, México 2004.

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, **LA DISCAPACIDAD EN EL ECUADOR**, Impreso en Gráficas Ulloa, Quito-Ecuador, Marzo del 2005.

- **LEY DE INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CHILE**), Ley Nro. 19.284, Fuente: http://www.fnd.cl/Ley_19.29...pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

- **LEY Nro. 1275 (COLOMBIA)**, Fuente: http://discapacidadcolombia.com/documentos/ley127505012009.pdf, Consultado el 15 de julio del 2011.

- **LEY SOBRE DISCAPACIDES Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a octubre del 2009, Quito-Ecuador.

- MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL, **INTERACTUEMOS CON LAS DISCAPACIDADES**, Versión Impresa y Braille, Imprenta Braille FENCE, Quito-Ecuador 2011.

- MINISTERIO DE TRABAJO Y EMPLEO, **LA DISCAPACIDAD Y EL EMPLEO: COMPILACIÓN DE LEGISLACIÓN**, 1era Edición, s/ editorial, Año de Publicación 2009, Ecuador.

- MUÑOZ MACHADO Santiago y otros, **LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS MINUSVÁLIDOS**, Escuela Libre Editorial, Fundación ONCE, Madrid-España 1999.

- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, **PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, España 1992.

- PÉREZ Benito, **DERECHO DEL TRABAJO**, 1era Edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires-Argentina, 1983.

- PETIT Eugene, **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial Albatros, Buenos Aires-Argentina 1977.

- SAN MIGUEL AGUIRRE Eduardo, **LA INCORPORACIÓN AL DESARROLLO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, Comisión Nacional de Derechos Humanos; México 1999.

- SILVESTER Hugo, **DICCIONARIO JURÍDICO DEL TRABAJO**, Vol. 7 Colección Diccionarios, 1ª Edición, Editorial Claridad, Buenos Aire

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE TESIS

TEMA:

"REFORMAR AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CAPÍTULO IV ART. 42 NUMERAL 33, INCISO, 1, 3, 4, 5, 6, CAUSAN GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO INNECESARIO A LA EMPRESA"

Proyecto de Tesis previo a la obtención del título de Abogada

AUTORA:

María Teresa Sisalema Guaquipana.

Loja - Ecuador

2014

1.- TEMA:

"REFORMAR AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CAPÍTULO IV ART. 42 NUMERAL 33, INCISO, 1, 3, 4, 5, 6, CAUSAN *GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO INNECESARIO A LA EMPRESA"*

2.- PROBLEMÁTICA:

"SIC El Art. 42 numeral 33 y incisos 1 al 6, del Código del Trabajo instituye que el empleador que incumpla con el porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas unificadas, sanción pecuniaria que carece de proporción con la infracción cometida, causando grave perjuicio económico innecesario a la Empresa."

La actual problemática es de una gran transcendencia relevancia tanto desde el punto de vista social como jurídico, economico produciendo los siguientes problematicas:

Lesiva sanción pecuniaria a la Empresa Privada**:** La sanción pecuniaria establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, prescribe que el empleador que no cumpla con el porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados será sancionado con una multa equivalente a diez remuneraciones mensuales desde la vigencia de la Ley Reformatoria Nro. 28-2006 publicada en el R. O. Nro. 198 del 30 de enero del 2006.

Al estar en vigencia desde el año 2006 se está cobrando a las empresas sumas exageradas que pueden quebrar su economía.

Ininteligibilidad del texto legal para su aplicación**:** La aplicación del porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados tiene carácter progresivo, durante el primer año por cada 25 trabajadores deben contratar un discapacitado, para el segundo año el 1% del total de trabajadores, para el tercer año el 2%, para el cuarto año el 3% y para el quinto año el 4% que se mantendrá fijo.

Desde este año 2011 el porcentaje se encuentra fijo en 4% del total de trabajadores.

El problema de aplicabilidad de esta disposición está en que si la empresa tiene 25 trabajadores el 4% actualmente será un trabajador discapacitado, pero si tiene 40 trabajadores el número de trabajadores discapacitados es 1,6 trabajadores. El indicado artículo no da expresiones enteras sino con decimales.

Lo que sucede actualmente es que por esa parte decimal las Direcciones Regionales de Trabajo y Empleo, están cobrando las multas como si se incumpliere con la disposición legal, pues como es lógico no se puede contratar fracciones de personas, y la disposición legal establece el incumplimiento del porcentaje.

Desigualdad en la aplicación de la multa**:** La obligación de contratar a personas con discapacidad es para el ámbito público y privado, pero se establece con desigualdad la sanción, debido a que en el sector público se multa con un sueldo básico unificado una sola vez, mientras que a la empresa privada se la sanciona con diez remuneraciones básicas unificadas en forma mensual.

3.- JUSTIFICACIÓN:

La presente problemática referente a *"El Art. 42 numeral 33 y los incisos 1, al 6, del Código del Trabajo establece que el empleador que incumpla con el porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas unificadas, sanción pecuniaria que carece de proporción con la infracción cometida, causando grave perjuicio económico innecesario a la Empresa Privada."*, la he seleccionado debido a su gran transcendencia y relevancia, las cuales explico de acuerdo a los siguientes aspectos:

El actual trabajo investigativo guarda mucha relación con el aspecto socio-económico, debido a que la indicada sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, es desproporcional a la infracción cometida afectando especialmente a la empresa privada, incluso al extremo de quebrar su economía.

Dentro del ámbito jurídico, es de gran excelencia establecer una adecuada proporcionalidad de las sanciones pecuniarias, a fin de evitar perjuicios a grandes sectores sociales como lo es el empresarial, a la vez de establecer claridad y comprensión de las disposiciones legales, con el fin de evitar el abuso incluso de las instituciones públicas como la Dirección Regional de Trabajo y Empleo, que impone multas sin considerar que si se incumple con la parte decimal, no se está afectando a los discapacitados, pues no se puede contratar fracciones de personas.

El desarrollo del presente trabajo investigativo es un requisito previo a la obtención del título de abogado y un pilar fundamental en mi formación profesional.

El presente proyecto de tesis es de factible investigación, debido a que existen las diferentes fuentes de acopio de información, tanto teórica (Libros, Revistas e Internet) como empírica.

La presente tesis implementará una Propuesta de Reforma Jurídica al Código del Trabajo, que proporcione la sanción pecuniaria y establezca claramente el número de trabajadores con discapacidad que deben cumplir los empleadores, especialmente la empresa.

4.- OBJETIVOS.

4.1.- Objetivo General:

Analizar jurídicamente y doctrinario del Régimen Constitucional y Legal de la contratación laboral de discapacitados en el Estado Ecuatoriano.

4.2.- Objetivos específicos:

Determinar la desproporcionalidad y afectación económica a la Empresa Privada que origina la multa establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo.

Comprobar la inadecuada aplicación de sanciones por parte de las Direcciones Regionales de Trabajo, a consecuencia de la ininteligibilidad del numeral 33, inciso 1, al 6, del Art. 42 del Código del Trabajo.

Reformar al Código del Trabajo, Capítulo Iv Art. 42 Numeral 33, Inciso, 1, 3, 4, 5, 6,

5.- HIPÓTESIS:

- "La sanción constituida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo relativo al incumplimiento del porcentaje mínimo de contratación de trabajadores discapacitados falta de

proporcionalidad, afectando innecesariamente la economía de la Empresa Privada en el Ecuador"

6.- MARCO TEÓRICO.

La presente problemática referente a *"El Art. 42 numeral 33,INCISO 1, AL 6 del Código del Trabajo establece que el empleador que incumpla con el porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas unificadas, sanción pecuniaria que carece de proporción con la infracción cometida, causando grave perjuicio económico innecesario a la Empresa Privada."*, para ser comprendida es necesario analizar los siguientes aspectos:

Es necesario definir lo que es trabajo, para lo cual citaré a Guillermo Cabanellas en su obra DICCIONARIO DE DERECHO USUAL que manifiesta que trabajo es: "*El esfuerzo humano, físico o intelectual, implicado a la producción u obtención de riqueza.‖ Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento. ‖ Ocupación de conveniencia social o individual, dentro de la licitud. ‖ Obra. ‖ Labor. ‖…"*[45]

Por consecuencia la actividad laboral supone la existencia de dos sujetos contractuales, el primero denominado empleador para quien se realiza la prestación de servicios, y el segundo el que presta sus servicios lícitos y personales a cambio de una remuneración que debe cancelar el primero.

Nuestra actual Constitución de la República del Ecuador promulgada en el R. O. Nro. 449 del 20 de octubre del año 2008 en su Art. 33 establece: *"El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho*

[45] CABANELLAS Guillermo, **"DICCIONARIO DE DERECHO USUAL"**, 9na Edición, Tomo IV S-Z, Editorial HELIASTA, Año de Publicación 1976, Buenos Aires-Argentina, Pág. 256.

económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado."[46]

El derecho al trabajo es una de las principales prerrogativas que reconoce la Carta Magna a las personas, ya sean ecuatorianas o extranjeras residentes en el país. Facultad constitucional que se ejerce en igualdad de oportunidades y condiciones por disposición del Art. 11 ibídem.

El Derecho del Trabajo es una rama jurídica de carácter social y propende a la protección del trabajador y de la inclusión en las actividades laborales de todas las personas, lo cual incluye a las que son consideradas como grupos de atención prioritaria: adultos mayores, mujeres embarazadas, jóvenes y personas con discapacidad.

De esta manera lo manifiesta el Ministerio de Trabajo y Empleo (actual Ministerio de Relaciones Laborales) en su obra LA DISCAPACIDAD Y EL EMPLEO: *"La Constitución del Ecuador reconoce a las personas con discapacidad el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, para lo que establece la necesidad de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas. En este sentido las leyes nacionales y los instrumentos internacionales prevén las prácticas que se deben llevar a cabo, al igual que aquellas que se deben evitar para cumplir con el derecho humano al trabajo."*[47]

---

[46] **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS,** Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, Pág. 47.

[47] MINISTERIO DE TRABAJO Y EMPLEO, **LA DISCAPACIDAD Y EL EMPLEO: Compilación de Legislación**, 1era Edición, s/ editorial, Año de Publicación 2009, Ecuador, Pág. 13.

Una de las principales preocupaciones del Estado Ecuatoriano es la inclusión progresiva de las personas en situación de vulnerabilidad a los servicios básicos y acceso en igualdad de oportunidades al trabajo, para lo cual tiene el deber de implementar políticas que garanticen esa inserción en el mercado laboral tanto en entidades del sector público.

Estos esfuerzos se ven reflejados en dos cuerpos normativos, el primero es la Ley sobre Discapacidades que en su Art. 4 establece: *"El Estado a través de sus organismos y entidades garantiza el pleno ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a todas las personas con discapacidad, mediante las siguientes acciones:*
a) Sensibilización y concientización de la sociedad y la familia sobre las discapacidades, los derechos y deberes de las personas con discapacidad;

b) Eliminación de barreras físicas, psicológicas, sociales y comunicacionales;
c) Formación, capacitación e inserción en el sector laboral formal e informal; así como, otras modalidades de trabajo, pequeña industria y microempresa, talleres protegidos, trabajo en el domicilio, autoempleo, etc.; …"[48]

Tanto de la disposición constitucional como legal se deprende el porcentaje mínimo obligatorio de trabajadores con discapacidad establecido en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo: *"33. El empleador público y privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, al menos, a una*

[48] **LEY SOBRE DISCAPACIDES Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a octubre del 2009, Quito-Ecuador, Pág. 1.

persona con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad, en el primer año de vigencia de esta Ley, contado desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial. En el segundo año, la contratación será del 1% del total de los trabajadores, en el tercer año el 2%, en el cuarto año el 3% hasta llegar al quinto año en donde la contratación será del 4% del total de los trabajadores, siendo ese el porcentaje fijo que se aplicará en los sucesivos años.

Esta obligación se hace extensiva a las empresas legalmente autorizadas para la tercerización de servicios o intermediación laboral.

El contrato laboral deberá ser escrito e inscrito en la Inspección del Trabajo correspondiente, que mantendrá un registro específico para el caso. La persona con discapacidad impedida para suscribir un contrato de trabajo, lo realizará por medio de su representante legal o tutor. Tal condición se demostrará con el carné expedido por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS).

El empleador que incumpla con lo dispuesto en este numeral, será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general; y, en el caso de las empresas y entidades del Estado, la respectiva autoridad nominadora, será sancionada administrativa y pecuniariamente con un sueldo básico; multa y sanción que serán impuestas por el Director General del Trabajo, hasta que cumpla la obligación, la misma que ingresará en un cincuenta por ciento a las cuentas del Ministerio de Trabajo y Empleo y será destinado a fortalecer los sistemas de supervisión y control de dicho portafolio a través de su Unidad de Discapacidades; y, el otro cincuenta por ciento al Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) para dar cumplimiento a los fines específicos previstos en la Ley de Discapacidades;…"[49]

[49] **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS, JURISPRUDENCIA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a noviembre del 2010, Quito-Ecuador, Pág. 14.

De la norma citada, es necesario determinar lo siguiente:
1.- El texto no está claramente redactado pues el porcentaje de 4% fijo desde este año 2011, no es aplicable puesto que da solo da números enteros por cada veinticinco trabajadores y sus múltiplos, en el caso que se tenga un numero de trabajadores diferente a los múltiplos de veinticinco da cantidades con decimales, que está siendo entendido por la entidad sancionadora como incumplimiento.

2.- Desproporcionalidad y desigualdad de la multa, ya que si la obligación es tanto para el sector público y privado debe ser la misma multa, y según dispone el numeral 33 del Art. 42 del Código del Trabajo, a la autoridad nominadora se sanciona con una sola multa de un sueldo básico, mientras que a la empresa privada se la sanciona con diez remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, en una forma mensual.

El presente proyecto de investigación jurídica estará enfocado a proporcionalizar la multa y efectivizar su aplicación, con el objetivo de garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad y evitar un perjuicio económico innecesario a la empresa privada.

7.- METODOLOGÍA.

a.- Métodos.

En el desarrollo del presente proyecto de tesis he considerado la utilización principalmente del Método Científico y los Métodos Lógicos.

Primeramente para emplear el **Método Científico,** hay que distinguir las siguientes etapas:

- **Observación:** Que consiste en la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudará principalmente en lo que es el acopio de información teórica y empírica.

- **Análisis:** Consiste en el estudio detallado e integro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitirá desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.

- **Síntesis:** Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual permitirá realizar las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Referente a los Métodos Lógicos que son el Inductivo y Deductivo los utilizaré de la siguiente manera:

Método Inductivo: El método inductivo consiste en llegar desde un precepto particular a uno general, es decir, es un método por el cual se llega a descubrir el nexo común que une a todos los elementos de la problemática, permitiéndome realizar las respectivas recomendaciones y propuesta de reforma jurídica, con un enfoque total, para contribuir con un desarrollo positivo a la problemática.

Método Deductivo: Consiste en llegar desde un precepto general a un precepto particular; por lo cual nos servirá para concluir los puntos más sobresalientes del desarrollo del presente trabajo investigativo.

b.- Procedimientos y Técnicas.

Las técnicas que utilizaré son las siguientes: para el acopio teórico el Fichero Bibliográfico; y, para la recopilación empírica emplearé la **Encuesta** y la **Entrevista**, aplicadas en un número de 30 y 10

respectivamente, a Funcionarios Judiciales, profesionales del Derecho, Docentes Universitarios y personas conocedoras del tema. INSPECTORES DEL TRABAJO.

c.- Esquema Provisional del Informe Final**.**

Para el desarrollo de la investigación de la problemática: *"El Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo establece que el empleador que incumpla con el porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas unificadas, sanción pecuniaria que carece de proporción con la infracción cometida, causando grave perjuicio económico innecesario a la Empresa Privada."*, he realizado el siguiente esquema:

8.- CRONOGRAMA																				
ACTIVIDADES	**2014 – 2015**																			
	Oct.				**Nov.**				**Dic.**				**Ene.**				**Febr.**			
	1	**2**	**3**	**4**	**1**	**2**	**3**	**4**	**1**	**2**	**3**	**4**	**1**	**2**	**3**	**4**	**1**	**2**	**3**	**4**
Elaboración y presentación del Proyecto de Tesis.	X	X	X																	
Recopilación de Información Bibliográfica.				X	X	X	X	X	X	X										
Investigación de Campo.											X	X	X							
Análisis de la Aplicación de Encuestas y Entrevistas.														X	X					
Verificación de Objetivos, Hipótesis y Sub-hipótesis.																X				
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta.																	X			
Redacción del Informe Final y correcciones																		X		
Sustentación.																			X	X

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

En la presente tesis para una correcta ejecución del presente proyecto, he decidido realizar el siguiente presupuesto, para lo cual considero principalmente los siguientes aspectos:

Talento Humanos.

Existe la predisposición necesaria por parte de mi persona para el cumplimiento de cada una de las actividades constantes en el cronograma de trabajo.

Recursos Bibliográficos.

Dentro de los recursos bibliográficos cuento con las suficientes fuentes de información, tales como: Libros, revistas, folletos y periódicos.

Como fuente complementaria de consulta esta el Internet.

Recursos Materiales.

En lo referente a los recursos materiales tenemos a nuestra disposición los suficientes insumos de oficina tales como: papel, esferográficos, copias Xerox, computadora, memoria extraíble, etc.

He previsto el presupuesto económico de la siguiente forma:

Impresión	$ 340
Copias Xerox	$ 190
Internet	$ 90
Papel	$ 50
Imprevistos	$ 400
Memoria Extraíble	$ 30

Total	**$ 1100**

Financiamiento: La financiación del presente trabajo de investigación lo realizaré recursos propios del postulante: María Teresa Sisalema Guaquipana.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS, JURISPRUDENCIA, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a noviembre del 2010, Quito-Ecuador.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.

LEY SOBRE DISCAPACIDES Y LEGISLACIÓN CONEXA, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a octubre del 2009, Quito-Ecuador.

MINISTERIO DE TRABAJO Y EMPLEO, **LA DISCAPACIDAD Y EL EMPLEO: Compilación de Legislación**, 1era Edición, s/ editorial, Año de Publicación 2009, Ecuador.

PÉREZ Benito, **"DERECHO DEL TRABAJO"**, s/e, Editorial ASTREA, Buenos Aires-Argentina, 1983.

RAMÍREZ Juan, **"DICCIONARIO JURÍDICO"**, Vol. 6 Colección Diccionarios, 8ª Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires-Argentina, 1976.

SAMANIEGO Castro, Víctor, **"DERECHO LABORAL"**, 1era Edición, Imprenta del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, Loja-Ecuador, Año 2003.

VALENCIA, Hugo, **"LEGISLACIÓN ECUATORIANA DEL TRABAJO"**, 1ª Edición, Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 1979.

VELA Carlos, **"DERECHO ECUATORIANO DEL TRABAJO"**, Tomo 31, Vol. IV, COLECCIÓN: Biblioteca Nacional de Libros de Derecho, Editorial del Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, 1983.

MODELO DE ENCUESTA Y ENTREVISTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

En el desarrollo de mi tesis intitulada**: "REFORMAR AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CAPÍTULO IV ART. 42 NUMERAL 33, INCISO, 1, 3, 4, 5, 6, CAUSAN *GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO INNECESARIO A LA EMPRESA*""**, de la forma más respetuosa le solicito contestar el siguiente interrogatorio.

ENCUESTA

1.- ¿Conoce Usted cuál es el porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad que deben cumplir los empleadores?

Si…

No…

Explique

……
……
……
……
……
……

2.- El Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, establece una sanción pecuniaria por incumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, la cual es equivalente a diez remuneraciones básicas mensuales para la empresa privada y de un sueldo mensual a la autoridad nominadora en el sector público. ¿Considera que la sanción atenta contra el principio de proporcionalidad?

Si…

No…

¿Por qué?

……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……

3.- ¿Considera que la multa establecida en el Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo referente al incumplimiento del porcentaje mínimo de contratación de trabajadores discapacitados carece de proporcionalidad, afectando innecesariamente la economía de la Empresa Privada?

Si…

No…

¿Por qué?

……
……
……
……
……
……

4.- ¿Considera Usted que ha existido una mala aplicación de esta sanción por parte de las Direcciones Regionales de Trabajo, a consecuencia de la ininteligibilidad del numeral 33 del Art. 44 del Código del Trabajo, ya que se ha sancionado el incumplimiento del porcentaje, aunque este sea una fracción de una persona trabajadora?

Si…

No…

¿Por qué?

……
……
……
……
……
……
……...

.5.- ¿Considera necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código del Trabajo, tendiente a proporcionalizar la sanción establecida en el Art. 42 numeral 33 y efectivizar su aplicabilidad?

Si…

No…

¿Por qué?

……
……
……
……
……
……
……

GRACIAS POR SU OPINIÓN

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

En el desarrollo de mi tesis intitulada**: "REFORMAR AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CAPÍTULO IV ART. 42 NUMERAL 33, INCISO, 1, 3, 4, 5, 6, CAUSAN *GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO INNECESARIO A LA EMPRESA*""**, de la forma más respetuosa le solicito contestar el siguiente interrogatorio.

ENTREVISTA

1.- Cuál es su criterio respecto de la sanción por incumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad establecido en el numeral 33 del Art. 42 del Código del Trabajo, referente al principio constitucional de proporcionalidad entre infracción y sanción.

……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……

2.- Qué opina respecto de que la indicada sanción a la que hace referencia la pregunta anterior, se la haya establecida en una evidente desigualdad entre el sector privado y el sector público, y las graves consecuencias económicas que ocasiona especialmente a la Empresa Privada.

……
……

……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……

3.- En una propuesta de reforma legal al Art. 42 numeral 33 del Código del Trabajo, tendiente a proporcionalizar la sanción por incumplimiento del número de discapacitados ¿Qué otros aspectos debería tenerse en cuenta?

……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……
……

……
……

GRACIAS POR SU OPINIÓN

ÍNDICE

	Pág.
PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA.	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA.	V
AGRADECIMIENTO.	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO.	1
2.- RESUMEN.	2
2. ABSTRACT.	5
3.- INTRODUCCIÓN.	7
4.- REVISIÓN DE LITERATURA.	10
4.1 MARCO CONCEPTUAL.	10
4.2 MARCO DOCTRINARIO	34
4.3 MARCO JURÍDICO.	55
4.4 DERECHO COMPARADO	70
5.- MATERIALES Y MÉTODOS	78
5.1.- Materiales.	78
5.2.- Métodos y Técnicas.	78
6. RESULTADOS.	81
6.1 Análisis de los Resultados de la Investigación de Campo.	81
7. DISCUSIÓN.	96
7.1 Verificación de Objetivos.	96

7.2 Contrastación de Hipótesis. 98

7.3 Fundamento Jurídico-Técnico de la Propuesta de Reforma Jurídica. 98

8. CONCLUSIONES. 101

9. RECOMENDACIONES. 103

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA. 105

10. BIBLIOGRAFÍA. 108

11. ANEXOS 102

ÍNDICE 134