

UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES

“UNIANDES – SANTO DOMINGO”



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO LABORAL

**EXAMEN COMPLEXIVO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO
ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO LABORAL**

TEMA:

**“RUBROS MAL CALCULADOS EN UNA DEMANDA LABORAL Y SU
INCIDENCIA EN LOS PRINCIPIOS DE IRRENUNCIABILIDAD,
INTANGIBILIDAD Y TUTELA EFECTIVA”**

AUTOR: AB. LÓPEZ DOMÍNGUEZ JOSÉ MARÍA

TUTOR: AB. NARVÁEZ MONTENEGRO BOLÍVAR DAVID

AMBATO - ECUADOR

2021

APROBACIÓN DEL TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

CERTIFICACIÓN

Quien suscribe, legalmente **CERTIFICA** que: El presente Trabajo de Titulación realizado por el **Ab. José María López Domínguez**, maestrante del Programa de Maestría en Derecho Laboral, Facultad de Jurisprudencia, con el tema: **“RUBROS MAL CALCULADOS EN UNA DEMANDA LABORAL Y SU INCIDENCIA EN LOS PRINCIPIOS DE IRRENUNCIABILIDAD, INTANGIBILIDAD Y TUTELA EFECTIVA”** ha sido revisado prolijamente, y cumple con todos los requisitos establecidos en la normativa pertinente de la universidad Regional Autónoma de los Andes – UNIANDES- por lo que se aprueba su presentación.

Ambato, diciembre del 2020



AB. NARVAEZ MONTENEGRO BOLÍVAR DAVID
TUTOR

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, **Ab. José María López Domínguez**, maestrante del Programa de Maestría en Derecho Laboral, Facultad de Jurisprudencia, declaro que todos los resultados obtenidos del presente trabajo de investigación previo obtención del grado académico de Magíster en Derecho Laboral, son absolutamente originales, auténticos y personales, a excepción de las citas, por lo que son de mi absoluta responsabilidad.

Ambato, diciembre del 2020



Ab. López Domínguez José María

Autor

C.I. 1304571688

DERECHOS DEL AUTOR

Yo, **Ab. José María López Domínguez**, declaro que conozco y acepto la disposición constan en el literal d) del Art.15 del estatuto de la Universidad regional Autónoma de los Andes, que en su parte pertinente textualmente dice: El Patrimonio de la UNIANDES, está concentrado por: La propiedad intelectual sobre las investigaciones, trabajos científicos o técnicos, proyectos profesionales y comunitario que se realicen en la Universidad o por cuenta de ella.

Ambato, diciembre del 2020



Ab. López Domínguez José María

Autor

C.I. 1304571688

CERTIFICACIÓN DEL LECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **Julio Alfredo Paredes López**, en mi calidad de Docente Lector del Proyecto de Titulación.

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de investigación realizado por la estudiante **AB. LÓPEZ DOMÍNGUEZ JOSÉ MARÍA**, con el tema "**RUBROS MAL CALCULADOS EN UNA DEMANDA LABORAL Y SU INCIDENCIA EN LOS PRINCIPIOS DE IRRENUNCIABILIDAD, INTANGIBILIDAD Y TUTELA EFECTIVA**", ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Regional Autónoma de los Andes, para esta clase de trabajos, por lo que autorizo su presentación.

Ambato, febrero del 2021



Dr. Julio Alfredo Paredes López, MSC.

LECTOR

AGRADECIMIENTO

Al claustro docente donde compartí experiencias académicas y profesionales, quienes siempre disiparon mis dudas con marcada atención.

EL AUTOR

ÍNDICE GENERAL

Pág.

APROBACIÓN DEL TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	
DERECHOS DEL AUTOR	
AGRADECIMIENTO	
ÍNDICE GENERAL	
RESUMEN	
ABSTRACT	
a) TEMA: RUBROS MAL CALCULADOS EN UNA DEMANDA LABORAL Y SU INCIDENCIA EN LOS PRINCIPIOS DE IRRENUNCIABILIDAD, INTANGIBILIDAD Y TUELEA EFECTIVA.....	1
b) PROBLEMA QUE SE VA A INVESTIGAR.....	1
c) JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD ACTUAL DEL TEMA.....	2
IDENTIFICACIÓN DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.....	2
d) OBJETIVOS.....	3
Objetivo general.....	3
Objetivos Específicos.....	3
e) FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA CONCEPTUAL.....	3
EPÍGRAFE I.....	3
1. Partes que intervienen en una relación laboral.....	3
1.1. Partes que intervienen en una relación de trabajo.....	4

1.1.1. Trabajador.....	4
EPÍGRAFE II.....	6
1.2. Demanda laboral.....	6
1.2.1. Definición de demanda.....	6
1.2.2. Requisitos de una demanda laboral.....	6
1.2.2.3 Contienda laboral.	8
EPÍGRAFE III.....	8
1.3. Beneficios laborales comunes.....	8
1.3.1. Indemnización por despido intempestivo.	9
1.3.2. Bonificación por desahucio. –	10
1.3.3. Remuneraciones adicionales de ley.....	11
1.3.3.1. Décima tercera remuneración. –	11
1.3.3.2. Décima cuarta remuneración.	11
1.3.3.3. Vacaciones.....	11
1.3.3.4. Fondos de reserva.	11
1.3.3.4. Ropa de Trabajo.	12
1.3.3.5. Horas nocturnas.....	12
1.3.3.6. Horas suplementarias.	13
1.3.3.7. Horas extraordinarias.....	13
1.3.3.8. Utilidades.	13
1.3.3.9. Jubilación.	14

EPÍGRAFE IV.....	14
1.4. Principios vulnerados por el problema de la investigación.....	14
1.4.1. Irrenunciabilidad de derechos.....	15
1.4.2. Derechos adquiridos.-	17
1.4.3. Progresividad.....	18
1.4.4.Tutela efectiva.-.....	19
1.4.5. Principio pro operario.....	20
f) METODOLOGÍA A EMPLEAR.....	21
TÉCNICA.....	22
ANÁLISIS DE CASOS.....	23
g) PROPUESTA.....	27
Introducción.....	27
Desarrollo del cuerpo central.....	28
h) CONCLUSIONES GENERALES	29
i) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	
j) DATOS PERSONALES	

RESUMEN

El derecho del trabajo pertenece a la rama del derecho social, por tanto, debe ser tutelado por el Estado, a través de las autoridades del trabajo en el ámbito judicial y administrativo, respectivamente. De manera general se considera que, dentro de la relación laboral, la parte más débil, es la trabajadora, sea por carecer recursos económicos que pueda costear en la tramitación de un proceso frente al considerado poderoso empleador, que es la antítesis de las condiciones de trabajador.

Frente a este panorama, al momento de presentar la demanda, en muchos casos, su defensa técnica yerra al no realizar los cálculos matemáticos sobre los derechos a reclamar. Tanto más, que en sentencia los operadores de justicia, reconociendo tales derechos, no se centran en los principios que tutelan el derecho del trabajo y adoptan posiciones civilistas que al final, perjudican a la parte trabajadora; quedando dichos principios doctrinales y constitucionales como la tutela efectiva, irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos, en meros enunciados. Sin tomar en cuenta que nuestro país es un Estado constitucional de derechos y justicia, como lo señala el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

Siendo un imperativo que se regule en forma adecuada esta situación que perjudica a la parte accionada, a través de una reforma en el Código Orgánico General de Procesos.

ABSTRACT

Labour law belongs to the branch of social rights. Therefore, it must be protected by the State through the authorities of work in judicial and administrative fields, appropriately. It is generally considered that within the employment relationship, the weaker party is the worker, either because it lacks the economic resources that can afford in the processing of a case against the considered powerful employer, which is the antithesis of the conditions of the worker.

Faced with this panorama, at the time of filing the lawsuit, in many cases, their technical defence fails to make mathematical calculations about the rights to be claimed. Moreover, in their judgments and judicial authorities, recognising these rights do not focus on the principles that protect labour law and adopt civilist positions that at the end, those of them harm the working part, leaving these doctrinal and constitutional principles such as: effective protection, inalienability and inviolability of rights, in mere statements. Without taking into account that our country is a constitutional state of rights and justice, as stated in Article 1 of the Constitution of the Republic of Ecuador.

It is imperative that this situation, which is detrimental to the part concerned, be adequately regulated through a reform of the General Organic Code of Processes.

a) TEMA: RUBROS MAL CALCULADOS EN UNA DEMANDA LABORAL Y SU INCIDENCIA EN LOS PRINCIPIOS DE IRRENUNCIABILIDAD, INTANGIBILIDAD Y TUELEA EFECTIVA.

b) PROBLEMA QUE SE VA A INVESTIGAR.

¿El Código Orgánico General de Procesos al no incluir una norma que obligue a los jueces a conceder en forma correcta lo que corresponde a haberes laborales, cuando existan errores matemáticos incurridos en la demanda, vulnera principios de irrenunciabilidad de derechos, intangibilidad y tutela efectiva?

A lo largo de este trabajo, se pretende determinar que, a la parte trabajadora, en las resoluciones que versan sobre sus derechos laborales, si bien le son reconocidos, no lo son en todo su esplendor y justicia; pese a que el Art. 5 del Código del Trabajo propende de las autoridades judiciales y administrativas velar por la eficacia de los derechos de las personas trabajadoras, en muchas ocasiones las resoluciones de las autoridades referidas, mutilan tales derechos, basándose en anacrónicas máximas jurídicas, confundiendo este derecho social con el derecho civil. Dejando pasar por alto normas jurídicas y principios doctrinarios y constitucionales que reconocen los derechos intangibles e irrenunciables de las personas trabajadoras. Y reconociendo a favor de éstas, sus derechos a medias por la sencilla razón que la defensa técnica del trabajador, en la demanda, no realiza el cálculo matemático que corresponde, pidiendo de más o de menos. Cuando es de más, se ordena el pago de la cantidad que corresponde; y, cuando es de menos, no; no se ordena el pago de lo que corresponde, sino el pedido en la demanda, sin explicaciones valederas. Aun cuando en la práctica, con el nuevo modelo procesal, los administradores de justicia ataviados de excesivos formulismos al momento de resolver, parecen olvidar que el derecho del trabajo es un derecho social, en el que debe privilegiarse los derechos de los trabajadores, reconociéndolos en sentencia, y no, confundirlos como si fuese un asunto de carácter civil, en que se manejan o se deciden negocios jurídicos; en el derecho laboral, se deciden sobre derechos humanizados, que no tiene que ver con la cordialidad o ternura, sino con el reconocimiento y respeto de la dignidad humana tratando en cada decisión, erradicar las injusticias, lo que las causa y cuáles son las consecuencias.

c) JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD ACTUAL DEL TEMA.

El Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que somos un Estado constitucional de derechos y justicia; y muchos de estos derechos están plasmados en principios constitucionales de inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte; por lo que el juzgador está obligado a verificar incluso de oficio, si los derechos que reclama el trabajador, deben ser tutelados y garantizados de manera proteccionista y con una interpretación más favorable; tornándose relevante la interpretación judicial de las normas, considerando el principio pro operario; es decir, que el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se las aplicará en el sentido más favorable al trabajador. Mandato que se lo aplica en consonancia con lo dispuesto en el Art. 5 del Código del Trabajo, que a su vez tiene eco constitucional, en el Art. 11.3 de la Carta Magna. Sin embargo, en esta investigación, se advertirá que el cumplimiento de lo antes anotado es nulo, porque el operador de justicia no aplica estos preceptos constitucionales a los que está obligado. Que en ningún modo comporta dar más allá de lo pedido, refiriéndose a cálculos matemáticos, que es donde se detecta falencia en la defensa técnica de la parte actora (trabajador) que pide de menos o de más de lo que le corresponde. Y, que una vez reconocido el derecho en sentencia, en estricta justicia y en aplicación al principio iura novit curia, el Juez debería otorgar la cantidad matemática, que corresponde al derecho tutelado, así se haya equivocado en el cálculo la defensa de la parte reclamante, al formular la demanda; cuestionando entonces ¿El por qué cuando se solicita a sabiendas de la defensa técnica del accionante, una cantidad matemática mayor a la que tiene derecho, el juez al momento de reconocerla, no la otorga, sino la cantidad que de acuerdo al cálculo aritmético, corresponde? E ahí el quid de esta investigación. Siendo necesario hacer comprender que otorgar lo justo no es atentar contra el principio de congruencia de una sentencia.

IDENTIFICACIÓN DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Retos, perspectivas y perfeccionamiento de las ciencias jurídicas en Ecuador.

- El orden jurídico ecuatoriano, presupuestos históricos, teóricos, filosóficos y constitucionales.

d) OBJETIVOS

Objetivo general.

-Elaborar un documento de análisis crítico que establezca la necesidad de incluir en el Código Orgánico General de Procesos, una norma que obligue a los jueces a conceder en forma correcta lo que corresponde a haberes laborales, cuando existe errores matemáticos incurridos en la demanda, a fin de garantizar los principios de tutela efectiva, irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos y derechos adquiridos.

Objetivos Específicos.

-Fundamentar jurídica y doctrinalmente los haberes laborales a los que tiene derecho el trabajador y la obligación que deberían tener los jueces de aplicar en forma correcta los principios de tutela efectiva, irrenunciabilidad, intangibilidad de derechos y derechos adquiridos.

-Establecer los efectos de la anomia existente en el Código Orgánico General de Procesos, respecto a la obligación de los jueces de conceder en forma correcta lo que corresponde a haberes laborales, pese a errores matemáticos incurridos en la demanda.

-Elaborar los elementos del documento de análisis crítico que establezca la necesidad de incluir en el Código Orgánico General de Procesos, una norma que obligue a los jueces a conceder en forma correcta lo que corresponda a haberes laborales, aun cuando exista errores matemáticos incurridos en la demanda, a fin de garantizar los principios de tutela efectiva, irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos y derechos adquiridos.

e) FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA CONCEPTUAL.

EPÍGRAFE I.

1. Partes que intervienen en una relación laboral.

La Constitución de la República del Ecuador, concibe en el Art. 327, a la relación laboral como bilateral y directa; prohibiendo la precarización, intermediación y la

tercerización laboral. Como notamos, el derecho obrero está jerarquizado a nivel constitucional, porque a más de constituir un derecho humano, el trabajo es un derecho económico, fuente de realización personal, como también lo destaca el Art. 33 *ibídem*. Partiendo de estos dos enfoques, diremos entonces que el derecho al trabajo es un derecho humano constitucionalizado y, por tanto, autoridades del trabajo sean judiciales o administrativas, deben velar por la eficacia de los derechos de las personas trabajadoras, como también lo establece el Art. 5 del Código Laboral.

La relación laboral. Podemos colegir que, dentro de la relación sinalagmática de índole laboral, verbal o escrita, intervienen dos partes: la parte trabajadora que es la que brinda su esfuerzo, sea muscular (obrero) o intelectual, refiriéndose a los empleados; y, la parte empleadora que pueden ser una o más personas. Relación laboral que conforme los elementos establecidos en el Art. 8 del Código Obrero, debe ser lícita, personal, bajo dependencia y por una remuneración. **Lícita**, porque la actividad o trabajo a realizarse no debe estar reñida con la ley. **Personal**, porque debe ejecutarla la persona trabajadora en forma personal, con salvadas excepciones, por ejemplo, cuando se acoge a vacaciones y deja un reemplazo. **Depende** exclusivamente de quien lo contrató o quien haga sus veces, acatando órdenes para realizar las tareas encomendadas y bajo un horario de trabajo. Por una **remuneración**, considerando que ningún trabajo es gratuito y que constitucionalmente el estipendio a recibir no será menor a los mínimos establecidos, vigentes durante la existencia de la relación laboral.

1.1. Partes que intervienen en una relación de trabajo.

1.1.1. Trabajador.

Denomínese trabajador a la parte que presta los servicios por cuenta u orden de otro. Monesterolo (2020, p. 69). En palabras de Vásquez (2017, p. 185) *Trabajador en general es una persona natural, hombre o mujer que, teniendo capacidad para obligarse, realiza en forma personal la actividad laboral contratada.* En esta última cita, encontramos un elemento fundamental, que es el de la capacidad, que abarca la aptitud para desempeñar las actividades laborales encomendadas; y, la legal, referente exclusivamente a la edad mínima de la persona trabajadora, que conforme el Art. 35 del Código del Trabajo, es de

quince años, sin necesidad de autorización alguna, recibiendo directamente su remuneración, y guarda eco con lo dispuesto en el Art. 82 del Código de Niñez y Adolescencia, precautelando su estado físico y emocional.

Empleador. El contenido el Art. 10 del Código del Trabajo, indica. Concepto de empleador. - La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario empleador.

El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Se entiende por tales obras no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago. Tienen la misma calidad de empleadores respecto de los obreros de las industrias que están a su cargo y que pueden ser explotadas por particulares. También tienen la calidad de empleadores: la Empresa de Ferrocarriles del Estado y los cuerpos de bomberos respecto de sus obreros. *Y. empleador, es la persona física o jurídica que da trabajo a quienes se relacionan con él en forma dependiente* (Gallo, 2013, p.63). De lo transcrito, se advierte un escenario empresario-empleador que incluye no sólo a personas jurídicas privadas, sino a entes seccionales pertenecientes al sector público, como los GAD's municipales, consejos provinciales, cuerpo de bomberos y empresa de ferrocarriles. Y, finalmente, esto se traduce en que empleador es la persona natural o jurídica que contrata a personas trabajadoras, para que trabajen exclusivamente para ella.

Estableciéndose, por importante, pese a que la relación laboral es bilateral y directa, la existencia de responsabilidad solidaria que deben tener para con el trabajador, el o los empleadores coligados, por sus propios y personales derechos y por los que representan si se encontraren representado a un ente jurídico que funja como empleador.

EPÍGRAFE II.

1.2. Demanda laboral.

1.2.1. Definición de demanda

El Art. 141 del COGEP, enseña que todo proceso comienza con la presentación de la demanda, sin indicar el concepto de lo que es una demanda; considerando transcribir el concepto que sobre la demanda, consta en el diccionario jurídico Espasa, por ajustarse a lo que en realidad representa este petitório inicial: *<Demanda es el acto procesal por el que el actor o demandante solicita del órgano jurisdiccional frente al demandado una determinada tutela jurídica en forma de sentencia favorable, mediante un escrito en el que expone los antecedentes de hecho del caso y sus razonamientos jurídicos, con el que ordinariamente comienza el proceso>*. En palabras de Véscovi, (2006, p. 65), *la demanda da inicio a un proceso en el que se ejerce el poder de acción y se deduce la pretensión*. En nuestro sistema procesal actual, esto conjuga con el principio dispositivo contemplado en el art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se indica que todo proceso inicia a petición de parte legitimada. Como apreciamos, la normativa procedimental no nos da un concepto de lo que es demanda; pero de acuerdo a los requisitos y exigencias determinadas en las normas transcritas, podemos mencionar que una demanda consiste en detallar en forma escrita y pormenorizada una o varias pretensiones tendentes a que el Estado, a través de uno de sus representantes competentes (Juez, Tribunal) restituya o reconozca uno o varios derechos afectados por un sujeto o ente, público o privado. Resumiéndose, que un proceso no emerge de la nada sino nace con una demanda, la misma que debe reunir los requisitos que en el siguiente numeral de este epígrafe.

1.2.2. Requisitos de una demanda laboral

El Art. 142 del actual Código Orgánico Procesal, nos indica los requisitos que debe contener una demanda, sea de cualquier procedimiento, por lo tanto la laboral no está exenta de cumplir los requisitos generales que debe contener una demanda, como la designación del juez quien debe conocerla: Las generales de ley de la persona recurrente como su condición o estado civil, profesión, edad, sus nombres y apellidos completos, identificación personal mediante copia de

cédula de ciudadanía, pasaporte, la dirección de su domicilio y el correo electrónico personal y de su abogado –esto del correo electrónico personal no se exigía antes de la vigencia del actual código procedimental y consideramos un acierto, en el sentido que ya solo el abogado defensor sabrá lo que ocurre en el proceso, sino que las actuaciones judiciales, serán conocidos en forma paralela por el actor y o demandado y sus defensores, respectivamente. Si se actúa en calidad de Procurador judicial, aparte de señalar en el libelo inicial lo antes anotado, también debe consignarse los datos de la persona que representa (actor o demandado), incluido el número del registro único del contribuyente, si lo posee. *Debe señalarse los nombres y apellidos completos de la persona demandada*, la dirección exacta donde debe citársela, siendo opcional señalar el correo electrónico de quien demanda. Debe explicar en forma pormenorizada los fundamentos de hecho, qué es lo que pretende con la demanda y detallar y cuantificar los rubros solicitados –tratándose de materia laboral- para determinar la cuantía, como también lo exige el numeral 5 del Art. 144 del citado Cuerpo Legal Procesal , señalando los fundamentos de ; si requiere testigos, acompañar la nómina de éstos e indicar sucintamente sobre los hechos que va a declarar, como lo señala el Art. 196 del COGEP, acompañar prueba pericial de ser el caso. Pedir inspecciones judiciales y exhibición de cosas u objetos. Describiendo el contenido de pruebas cuyo acceso le sea restringido y que haya solicitado las medidas pertinentes para su práctica (que generalmente se lo hace a los Jueces de Contravenciones para recabar información). La demanda debe contener cuantía para determinar el procedimiento. Sus pretensiones ordenadas y enumeradas, especificando el trámite a seguirse y la firma o huella del recurrente. Debiendo acompañar la documentación que posea y que tenga que esté relacionada con el caso. Si reúne los citados requisitos, se le concede el término de cinco días para que sea subsanada la falencia observada por el Juzgador, en el auto inicial, bajo apercibimiento que de no hacerlo en dicho término no se la calificará y se ordenará el archivo.

Concluyendo que una demanda no es cualquier escrito, para que prospere debe contener requisitos como los mencionados con antelación.

1.2.2.3 Contienda laboral.

Podemos anotar que el juicio de trabajo es una contienda judicial que nace con una demanda propuesta por la parte trabajadora, requiriendo del organismo judicial competente el tutelaje y reconocimiento de obligaciones laborales de las que se cree asistido y que no le han sido reconocidas por la parte empleadora, en su debida oportunidad. Ya sean remuneraciones o sueldos atrasados, remuneraciones adicionales, vacaciones, vestuario de trabajo, bonificaciones, indemnizaciones y demás, con vista a las obligaciones enlistadas que le impone el Art. 42 del Código Obrero, al empleador.

Advirtiéndolo, que en materia laboral dentro del COGEP, sin que se encuentren explícitamente reconocidos como tales, existen tres tipos de reclamos laborales:

- a) El común, que versa sobre reclamaciones de rubros insolutos de índole laboral, cuando ha concluido una relación laboral;
- b) El monitorio, inherente a reclamaciones de rubros insolutos de índole laboral, siempre y cuando no sobrepase los cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y subsista el vínculo contractual, regulado por los Arts. 356, con énfasis en el numeral 5., 357 a 361 del Código Orgánico General de Procesos; y,
- c) El de despido en las personas de mujeres embarazadas, en periodo de lactancia o asociado a su condición de maternidad y dirigentes sindicales, respectivamente, quienes demanden, se declare la ineficacia del despido, considerando que los plazos del trámite para este asunto. son reducidos y, en los actos impugnatorios verticales, hay que ceñirse a los términos fijados en el Código de Niñez y Adolescencia, como lo impone el Art. 333.8 del COGEP.

EPÍGRAFE III.

1.3. Beneficios laborales comunes.

El Art. 326 numerales 2 y 3 de la Carta Fundamental, indica que los derechos de los trabajadores son irrenunciables e intangibles, será nula toda estipulación en contrario. Considerando que la irrenunciabilidad de derechos, consiste en que la persona trabajadora no puede desprenderse de los beneficios que la ley laboral y la Carta Magna, le han reconocido. Y, la intangibilidad, se refiere a que tales

derechos si bien no se pueden palpar con los sentidos, existen, están ahí, con el trabajador, convirtiéndose luego en derechos adquiridos, como, por ejemplo: el derecho a la seguridad social, al goce de bonificaciones, beneficios adicionales de ley, como las décimas, vacaciones, el reconocimiento y bonificación por trabajo nocturno, suplementario, extraordinario, etcétera.

Sin embargo, cuando el vínculo contractual se rompe, a parte de los beneficios antes mencionados, el trabajador se hace acreedor a indemnizaciones y bonificaciones contempladas en la ley, y de existir, en el Contrato Colectivo vigente, como resultado de la decisión unilateral del empleador de dar por terminada la relación laboral, en forma abrupta, esto es, sin mediar terminación legal a través de visto bueno. Se hace acreedor a sanciones pecuniarias, por romper la estabilidad en el trabajo, en desmedro de sus colaboradores. Siendo los siguientes:

1.3.1. Indemnización por despido intempestivo.

Sin querer generar polémica de ninguna índole, encontramos que el Código del Trabajo no describe o conceptúa qué es el despido intempestivo: Sin embargo, a lo largo de la historia y jurisprudencia jurídicas, se determina que el despido intempestivo es la decisión unilateral que adopta la parte empleadora en contra de su trabajador, para dar por terminada la relación laboral, sin justa causa. No es preciso que el empleador o quien lo represente, utilice la fuerza para prescindir de los servicios de su trabajador; ésta puede configurarse de varias maneras, que deberá ser probado por la parte trabajadora en el juicio pertinente, porque así también lo determina la doctrina; como por ejemplo, con una misiva, no dejarlo entrar al lugar de trabajo, faltándolo de palabra y obra, echarlo del lugar del trabajo, acosándolo laboralmente, no pagándole cumplidamente sus remuneraciones, cambiándolo de ocupación sin consentimiento del trabajador; o, impidiendo que el trabajador realice sus actividades, no proporcionándole los elementos para cumplir la actividad para la cual fue contratado, concebido esto último, como despido indirecto.

Pese a lo expresado, la penalización laboral por el despido intempestivo, está reglada por el Art. 188 del Código del Trabajo que en resumen indica que la persona despedida que ha cumplido hasta tres años de trabajo, tiene derecho a

tres remuneraciones, considerando para su cálculo, la última que percibió; pasado los tres años, se le pagará una remuneración (la última), por cada uno de los años que laboró, la parte proporcional se lo considerará como año completo; señalando además que si la parte trabajadora despedida hubiere cumplido veinte años de servicios, pero menos de veinticinco, también tendrá derecho al reconocimiento de la pensión jubilar proporcional.

1.1. Tratándose del despido intempestivo de un trabajador pese a estar en trámite una reclamación colectiva, el empleador deberá cancelar la remuneración de un año completo, conforme los Arts. 452 y 455 del Código Obrero, a parte de la general, contemplada en el Art. 188 ibídem.

1.2. Cuando se trata de una persona discapacitada, se le pagará una indemnización especial, que consiste en dieciocho remuneraciones, calculadas con la mejor remuneración percibida, durante el tiempo que duro la relación laboral, con vista a lo señalado en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Independientemente de la regulada por el Art. 188 del Código del Trabajo.

1.3. Tratándose de la declaratoria de la ineficacia del despido, siempre y cuando la parte accionante no desee reintegrarse a sus labores, luego de emitida la sentencia, se cancelará, adicional a la contemplada en el Art. 188 y 184 del Código Laboral, doce remuneraciones, calculadas, por el último sueldo percibido, en consonancia con lo dispuesto en los Arts. 195.2 y 195.3 ibídem.

1.3.2. Bonificación por desahucio. –

Los arts. 184 y 185 del Estatuto Obrero, refieren que el desahucio es el aviso que da la parte trabajadora a su empleador, haciéndole conocer su decisión de no continuar con su trabajo; con el fin de hacerse acreedor al pago de tal beneficio, que consiste en el 25% de su última remuneración, multiplicada por cada uno de los años completos trabajados. Ninguna de estas normas impone que la parte proporcional será considerada como año completo. Siendo menester indicar que este beneficio se reconoce al culminar una relación en forma consensuada, a través de la suscripción del respectivo finiquito.

1.3.3. Remuneraciones adicionales de ley.

1.3.3.1. Décima tercera remuneración. –

Este beneficio está contemplado en el Art. 111 del Código Laboral y consiste en el pago de todo lo ganado en el año, incluidas jornadas suplementarias, extraordinarias y cualquier beneficio considerado como parte del sueldo, dividido para la doceava parte; que se cancelará hasta el 24 de diciembre de cada año. Conocido también como bono navideño. Indicando que, si un trabajador se separa antes de cumplir el año de labores, se le cancelará la parte proporcional.

1.3.3.2. Décima cuarta remuneración.

Este beneficio regulado por el Art. 113 del Estatuto Obrero, reconocido también como bono educativo, porque se lo paga al inicio del periodo de clases en escuelas y colegios en la región Costa y Sierra, respectivamente, consiste en el reconocimiento de un salario básico unificado del trabajador en general, sin considerar que el sueldo del trabajador sea mayor al salario básico. E igual que el beneficio anterior, si un trabajador se separa antes de cumplir el año de labores, se le cancelará la parte proporcional.

1.3.3.3. Vacaciones.

Este beneficio lo contempla el Arts. 69 del Código del Trabajo y equivale generalmente, a una quincena de la remuneración de un mes por cada año de servicio, estableciéndose que las mismas constituyen licencia remunerada y la fórmula de cálculo está contemplada en el Art. 71 ibídem –todo lo ganado en el año de divide para la veinticuatroava parte- y, si no ha laborado el año completo, se pagará la parte proporcional de este beneficio.

1.3.3.4. Fondos de reserva.

Este derecho se lo concibe luego de haber laborado un año íntegro para el mismo empleador, y su disfrute a partir del segundo año y consiste en un sueldo por año, atento a lo dispuesto en el Art. 96 del Estatuto Obrero; este derecho no se pierde por ningún motivo; considerándolo entonces, como un derecho laboral imprescriptible. Si el trabajador no se encontrare afiliado al IESS, se lo reconocerá directamente al trabajador, cuando cesen sus funciones, y si es

menester acción judicial, se suma un interés de un seis por ciento, más el cincuenta por ciento del valor de las dos cantidades referidas.

Hay que resaltar que actualmente, la mayoría de empleadores han decidido pagar las décimas de ley, vacaciones y fondos de reserva en forma mensualizada, conforme las reformas introducidas en el Código del Trabajo con la expedición de la Ley Orgánica Para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, de fecha 20 de abril del 2015, siendo nuestro criterio, que lo reformado ha desnaturalizado el objeto con que fueron concebidos tales beneficios. Es decir, si se lo paga mensualizado, ya en los meses de mayor gasto del bolsillo de los trabajadores (diciembre y marzo, en la Costa; diciembre y septiembre en la Sierra) los trabajadores se van a encontrar limitados económicamente, para enfrentar con mediana holgura siquiera, esas demandas económicas en los meses mencionados; y, los fondos de reserva, dejaron de ser de "reserva", porque se lo paga en forma mensual junto la remuneración, y lastimosamente, por las adversidades y necesidades imperantes, en el país no existe la cultura del ahorro.

Aclarando que, sobre los beneficios de las décimas de ley, fondos de reserva y utilidades, están exentos de su goce los operarios y aprendices de artesanía, como lo percibe el Art. 115 del Código Obrero.

1.3.3.4. Ropa de Trabajo.

Este beneficio está reconocido por el Art. 42.9 del Estatuto Obrero, esto es, que es obligación del empleador proporcionar ropa de trabajo a su trabajador, por lo menos dos veces al año; si no lo hace y emerge un reclamo judicial por tal concepto, el juzgador ordenará su pago en dinero; generalmente el monto se lo designa de manera discrecional.

1.3.3.5. Horas nocturnas.

Están consideradas como horas nocturnas, las que se ejecutan desde las 19:00 hasta las 06:00 del día siguiente, mismas que se hacen acreedoras al reconocimiento de más de un 25% del valor hora, como lo impone el Art. 49 del Código del Trabajo.

1.3.3.6. Horas suplementarias.

Se consideran horas suplementarias, las que se ejecutan luego de cumplidas las ocho horas diarias, pudiendo trabajarse hasta cuatro horas diarias, tres veces a la semana, pero que no excedan de cuarenta y ocho horas al mes. Frenando los excesos, en razón que es vital para la persona trabajadora, descansar para poder rendir mejor en su trabajo. Éstas tienen un recargo del 50% si son ejecutadas dentro del día hasta las 24:00; y, el 100%, si son ejecutadas desde las 24:00 hasta las 06:00, como lo establece el Art. 55 del Código Laboral.

1.3.3.7. Horas extraordinarias.

Son horas extraordinarias, aquellas que cuya jornada laboral acontece en días de descanso obligatorio (sábado, domingo, feriado). Su recargo es del 100% el valor hora, conforme el numeral 4. del Art. 55 ibídem, en concordancia con el Art. 65 del referenciado Estatuto Legal.

Sobre las horas nocturnas, horas suplementarias y extraordinarias, su fórmula de cálculo está regido a lo dispuesto en el numeral 5. del Art. 224 del Código del Trabajo vigente que fuera reformado por la Ley Orgánica Para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, de fecha 20 de abril del 2015, y señala que el cálculo de horas suplementarias o de tiempo extraordinario, deberá calcularse sobre 240 horas mensuales (el sueldo / 240 y ese resultado arrojará la suma de valor hora.) Es mester indicar que dicha fórmula, coincide con otra que, estriba en dividir el sueldo mensual para treinta días y ese resultado diario, se lo divide para ocho horas y ese resultado es el valor hora que se emplea para el pago de los recargos antes previstos.

1.3.3.8. Utilidades.

Este es un derecho del que gozan los trabajadores, siempre y cuando el empleador o empresa las haya generado, correspondiente el 10% para el empleador y el 5% para las cargas familiares si los tuviere, con vista a lo señalado en el Art. 96 del Código del trabajo, jerarquizado constitucionalmente con lo dispuesto en el Art. 328.6 de la Carta Fundamental.

1.3.3.9. Jubilación.

Este derecho universal está garantizado por la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 37.3 y está desarrollado por el At. 216 y siguientes del Código Obrero, del que se establece que este beneficio lo goza la persona trabajadora que haya laborado veinticinco años o más, en forma continuada o interrumpidamente para sus empleadores. Bajo tres reglas diferenciadas; siendo la más usual la primera que consiste en multiplicar lo ganado por el trabajador durante los últimos cinco años, dividiéndolo para la quinta parte, a ese resultado, se le saca el porcentaje del 5% y se lo multiplica por los años de servicios del trabajador; de esa cantidad se la divide para el coeficiente enlistado en el Art. 218 del Código del Trabajo, que tiene que coincidir con la edad de la persona trabajadora, al momento de la culminación del vínculo contractual, cuyo resultado constituye la pensión jubilar anual, que finalmente se la divide para doce, y ese resultado constituye la pensión jubilar mensual.

Lo que dice relación a aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es necesario precisar que el Art. 42.31 del Código del trabajo, impone como obligación al empleador, afiliar a su trabajador desde el primer día de trabajo; cumplido esto deberá realizar las aportaciones en los porcentajes que corresponda; en caso de no hacerlo, la parte trabajadora podrá enderezar su reclamo sobre tal aspecto, ante el referido Organismo estatal que goza de total autonomía; al igual que para acceder al pago de fondos de reservas insolutos, estando afiliado el beneficiario, recurrirá ante tal ente autónomo del Estado, para reclamar su pago, como lo establece el Art. 202 del Código del Trabajo.

EPÍGRAFE IV.

1.4. Principios vulnerados por el problema de la investigación.

Citando a Plá (1988, p.40), (...) *los principios del derecho del trabajo responden a la razón de ser del derecho del trabajo, y como este surgió para defender a los trabajadores, estos principios sólo pueden ser invocados por los trabajadores.* Como dechado de esta precisión, en nuestro sistema laboral, con vista a lo señalado en el segundo inciso del Art. 40 del Código Obrero, sólo al trabajador le está permitido solicitar se declare la nulidad de un contrato de trabajo; y, sólo al trabajador le está permitido impugnar un acta de finiquito, como lo dispone el

Art. 595 ibídem. Desarrollando este epígrafe, vamos a determinar escuetamente, qué son los principios constitucionales: de acuerdo con Alexy (1997), los principios son mandatos de optimización, que no señalan con exactitud lo que debe hacerse, sino que da pautas para que se haga algo en defensa de los derechos reconocidos por la Constitución; que las normas que optimicen esos principios no colisionen con otros preceptos normativos, en lo posible. De darse aquello, debe ponderarse entre los principios en conflicto, para su debida aplicación. En el caso de nuestra Carta Fundamental, tenemos un listado de principios como los descritos con antelación, respecto a la jerarquización del trabajo en el Art. 33, la jubilación universal en el art. 33.7, los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales y demás contemplados en los Arts. 326, 328 ibídem, el derecho a la justicia, como lo reseña el Art. 1, y de ello advertimos que ninguno de los principios define cómo debemos hacerlo; pero los decidores al realizar en la mayor medida posible equilibrios para que estos principios se respeten, muchas veces subsumiendo los hechos a normas secundarias, desatienden la verdadera concepción de aplicación de los principios constitucionales, que en muchos casos, perjudican al trabajador, empleando máximas o aforismos jurídicos que ya no tienen cabida dentro del estado constitucional de derechos y justicia que nos rige, a la luz de los tiempos actuales. Como la siguiente: *nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita partium* (no hay juez sin actor, que no vaya el juez más allá de lo pedido), sobre todo en materia laboral, rama del derecho gestada y reconocido como un derecho social; lo que será el centro de estudio del presente trabajo

1.4.1. Irrenunciabilidad de derechos.

Para entrar a analizar este principio constitucionalizado en el numeral 2 del Art. 326 de nuestra Carta Magna, no existe posibilidad de privarse de manera voluntaria de los derechos laborales que los reconoce y concede la ley laboral, como lo sostiene Hernáinz Márquez (1969, p.89). Esto está ligado al andarivel protectorio o tuitivo, por donde discurre el derecho del trabajo, en el afán de proteger a la parte más débil de la relación laboral, en lo que dice relación, sobre todo, con los derechos que la propia legislación, manifestada a través de varios cuerpos legales, le ha concedido (Tratados Internaciones, Código del Trabajo, Ley de Seguridad Social). Por tanto, la irrenunciabilidad de derechos representa

indisponibilidad aun con consentimiento del trabajador. Rosa Elena Bosio (2019, p.25, en Monesterolo 2020, p.29), indica: “*El Derecho del Trabajo considera que cuando el trabajador renuncia a un derecho lo hace por falta de capacidad de negociación o ignorancia, conminado por la desigualdad jurídico-económica existente con el empleador, con el objetivo de reservar su fuente laboral*”. Este concepto constituye una descripción de la realidad, tanto así que, en el mundo de los hechos, en el día a día, por citar un ejemplo, al revisar actas de finiquito, nos enfrentamos con liquidaciones que distorsionan en la cantidad con los valores que corresponden a la persona trabajadora. Pero sobre este aspecto, la Ley es sabia, al contemplar el Art. 595 del Código Obrero, que este tipo de actos, pese a reunir las formalidades de ley, esto es, ser practicada ante el inspector del trabajo quien cuidará su pormenorización; puede ser impugnada por el trabajador, cuando de ella se desprenda renuncia de derechos laborales, como también lo conforma y lo ratifica la jurisprudencia nacional, con sobradas razones doctrinarias y con apego al respeto de nuestra carta Fundamental que también resguarda la irrenunciabilidad de derechos en el Art. 326 numeral 2.

Resumiendo, que *el principio general de irrenunciabilidad impide al trabajador abandonar niveles protectores establecidos en la ley, convenio colectivo, costumbres negocio jurídico laboral, decisión unilateral del empleador. Este principio disuade tanto la renuncia anticipada de derecho como la renuncia de derechos obtenidos. Así lo sostiene Gentile (2015, p. 75). De lo transcrito, el trabajador está impedido de renunciar a los derechos laborales reconocidos por la ley, el contrato colectivo e individual si lo hubieren, ni conformarse si el empleador ha decidido romper la relación laboral, porque este es un acto ilegal sancionado por el Código Laboral (Art. 188) con el aval constitucional dispuesto en el numeral 5 del Art. 328 de la Carta Fundamental. Sin embargo, el numeral 11 ibídem, valida el acuerdo o la transacción en materia laboral que se adopte entre las partes involucradas, cuando no implica desmedro a los derechos del trabajador, con el aval de la autoridad del ramo o autoridad administrativa.*

En la práctica, este principio se ve opacado en su aplicación, porque en más de una ocasión en los juicios laborales, sustanciándose la audiencia única, se aborda el estadio de la conciliación y en ella, se arriba a acuerdos que muchas veces, se lesionan la irrenunciabilidad de derechos, porque se dirime sobre las

pretensiones totales; cuando conocemos, conforme se analizó ut supra, que los derechos que otorga la ley no pueden ser renunciados (décimos de ley, vacaciones, fondos de reserva, ropa de trabajo, utilidades, etc.), pero también hay que atender el punto de vista que sostiene que este tipo de acuerdo, convenio o arreglo –como se lo quiera denominar- no constituye menoscabo al principio de derechos irrenunciables, en razón que, encontrándose el proceso en una etapa en que los hechos controvertidos existentes, aún no están comprobados, estos hechos constituyen meras expectativas porque judicialmente no han sido reconocidos; por lo tanto, las pretensiones laborales esgrimidas en la demanda, son objetos de transacción, sin que se considere que menoscaban derechos, sino todo lo contrario, es el reconocimiento de su existencia y que son transigibles. Las dos posiciones, son respetables.

1.4.2. Derechos adquiridos.-

Los derechos adquiridos son aquellos que una vez que entran a ser parte del goce del trabajador (sea por vía de contrato –individual o colectivo- o normativa legal), no pueden ser menoscabados ni disminuidos. Por tanto, es deber ineludible del Estado, a través de sus autoridades judiciales y administrativas, velar por la eficacia de los derechos de las personas trabajadoras, como lo contempla en el Art. 5 de Código Obrero. La fuente jurídica generadora de la obligación y derecho recíproco nace desde la aceptación del vínculo contractual y los derechos adquiridos deben ser protegidos, frente a arbitrariedades, que generalmente comete la parte empleadora en menoscabo de la parte trabajadora. Podríamos considerar este tema, como no de los puntales del trabajo a realizar, porque en casi todas las resoluciones laborales que declaran con lugar total o parcialmente una demanda laboral, se lesiona este tópico, el de derechos adquiridos, porque se confunde este derecho social con el derecho privado que se ventila en el campo civil, ámbito en el que el tratamiento de las cosas, por así decirlo, es frío; mientras que en el derecho laboral, reconocida pero impaga la obligación, a petición de parte, permite activar medidas cautelares aunque las sentencias no estén ejecutoriadas, lo que no ocurre en el ámbito civil.

1.4.3. Progresividad.

Para abordar este novedoso principio, nos remitiremos a lo que establece el Art. 11 de la Carta Fundamental, sobre el ejercicio de los derechos que se regirán por varios principios, entre ellos, el de progresividad, esto es, que la normativa legal que se desarrolla en el poder legislativo, debe tener presente este principio constitucional, no creando leyes que disminuyan derechos, sino que los refuercen; igual suerte corre el deber de los Altos Tribunales de Justicia, como compiladores de sentencias, deben de dejarse de escudar en el famoso principio *stare decisis* y empezar a entender que los derechos se dinamizan con el discurrir del tiempo y que ya no es posible aplicar precedentes jurisprudenciales que tuvieron vigencia, pero que, por las circunstancias actuales, deben ser revisadas, porque entraron en “crisis”, aludiendo a Kuhn (2004), sobre los paradigmas en su teoría de la revolución científica: una nueva teoría relega a la anterior.

Recapitulando, los principios declarativos están reconocidos dentro la Ley de Leyes, imponiendo que la normativa secundaria se encargue de desarrollarlos de manera progresiva, considerando a lo progresivo, como la escalada para conseguir el reconocimiento de un derecho y una vez alcanzado, mejorarlo, ampliar el radio de su aplicación; citando como ejemplo, lo que ocurriría con una personada con capacidades especiales, que sea despedido de su puesto de trabajo; éste no sólo se hace acreedor a la indemnización del Art. 188 del Código del Trabajo (el valor del último sueldo por cada uno de los años de servicio, sino que se beneficia con otro derecho, el reconocimiento de dieciocho remuneraciones, pero de la mejor remuneración que haya obtenido durante el tiempo que duró la relación laboral (Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades); es decir, que la nueva ley – la Orgánica de Discapacidades, no relega a la más antigua –Código del Trabajo- todo lo contrario, se amalgaman en esta aspecto, conservando su independencia en lo que respecta al espectro que abarca cada una, en su radio de aplicación.

Y la parte final de la norma constitucional antes aludida, deja entrever que, por el principio de progresividad, se considera inconstitucional toda acción u omisión

de carácter regresiva, que disminuye, menoscabe o anule injustificadamente lo alcanzado.

Considerando en lo personal, que en su oportunidad se hizo bien revisar los contratos colectivos suscritos por las instituciones públicas y sus diferentes gremios, en lo que dice relación a la eliminación de varias cláusulas que contenían privilegios desmedidos, como por ejemplo, cláusulas descabelladas que obligaban a que el puesto del trabajador adscrito al grupo gremial, en caso de cesación del puesto o fallecimiento, dicha plaza sea ocupada por un hijo o familiar, como si fuese parcela particular, desatendiendo que el sector público pertenece al Estado; repotenciar pensiones jubilares cada seis meses; tener tarifas preferentes o no cancelar los servicios por consumo de energía eléctrica o agua, según el caso. Es decir, cuando se dispone de bienes públicos como si fuesen bienes particulares o propios.

Pero lo que no se puede permitir, es que se rebaje sueldos, se disminuya días de vacaciones, no se reconozca indemnizaciones o se menoscaben derechos reconocidos en los distintos Cuerpos Legales vigentes.

1.4.4. Tutela efectiva.-

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. Del análisis de esta norma, se establece que el Estado debe tutelar los derechos reconocidos en la Carta Fundamental, a sus ciudadanos, sin que tenga que pagar ningún centavo para acceder a la justicia, misma que será imparcial, ágil en su tramitación, que no le permite quedar en indefensión para reclamar sus derechos. Sobre estos aspectos, las autoridades judiciales y administrativas, es lo primero que deben advertir, el ámbito de sus competencias, que los ciudadanos concurrentes, estén asistidos por un abogado defensor privado y si no pueden costearlo; estará asistido por uno que le asigne la defensoría pública. Pero, ello no solo queda ahí, sino que los administradores de justicia y

autoridades administrativas, deben velar que los justiciables no queden en estado de indefensión, sino que se les reconozca sus derechos.

1.4.5. Principio pro operario.

Para acercarnos a este principio, sobre él ya consta una definición más o menos comprensible sobre su significado, con vista al Art. 7 del Código del Trabajo y 326.3 de la Constitución de la República del Ecuador. De lo que se puede distinguir que este principio se activa en su aplicación cuando se refiera a conflictos entre normas contractuales o reglamentarias inherentes a la materia; pero no en cuanto a situaciones de hecho como el despido intempestivo, por ejemplo, que tanto la doctrina como la jurisprudencia reclaman que deben ocurrir en determinado tiempo, espacio y circunstancias y que ineludiblemente debe ser probado por quien lo alega, en este caso, la persona trabajadora. Teniéndose en cuenta inclusive, en los actuales momentos la norma interpretativa que, valedera es la redundancia, interpreta la causal 6 del Art. 169 del Código del Trabajo, de la cual muchos empleadores se acogieron para poner fin a la relación laboral, dejando en el desempleo a un ejército notable de desocupados; la interpretación de la causal antes dicha, debe considerar en su aplicación, que la parte empleadora o razón social debe encontrarse inactiva o cerrada. Confrontada la norma del Código del Trabajo con la de la interpretación de la misma, es aplicable este principio del indebido pro operario.

Aunque revisando la legislación argentina, en la ley de la materia, este principio arroja un poco más en la aplicación de este principio, que no solo apega a la aplicación de la norma más favorable en casos de duda, sino, que inclusive, hasta la apreciación de la prueba sobre casos concretos, Art. 9 del LCT, en la parte pertinente: *“(...) Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarlas se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”*

De lo analizado, podemos decir sin temor a equivocarnos, que los principios antes descritos están concatenados, y en su largo recorrido han conseguido su reconocimiento doctrinario y jurisprudencial; inclusive dentro del espectro de su constitucionalización, éstos deben ser aplicados directamente por las

autoridades sean judiciales y administrativas. Pero que en el plano de los hechos y en la mayoría de los casos no es así, en razón que los operadores de justicia son tan formalistas que, a veces ese formulismo tan enraizado, menoscaba el derecho y la justicia, sobre todo en la parte más débil de la relación laboral, que debe ser tutelada y priorizada.

f) METODOLOGÍA A EMPLEAR

Dentro del método histórico lógico hemos recorrido por la línea del pensamiento de varios doctrinarios del derecho, cuyas posiciones conceptuales abrieron el camino para que los derechos laborales nacidos bajo la concepción de derechos sociales, poco a poco vayan ganando espacio y se encumbren jerárquicamente en el acontecer jurídico, cuyo trayecto los han llevado hasta la constitucionalización, es decir, reconocidos por la Constitución –Ley de Leyes-, cuyos principios inmanentes deben cumplirse por las autoridades judiciales y administrativas, en todas las circunstancias que lo ameriten.

Analizado en forma analítica sintética los actos propositivos de una demanda y la contestación de la misma de manera general, contrastada con una demanda laboral, se establece que sobre ésta, en su resolución declarativa deben constar principios propios de dicha rama del derecho, sea el pro operario o el de favorabilidad, primacía de la realidad, etc., porque se trata de derechos sociales que en ningún modo afecta el equilibrio del estatus procesal entre los debatientes frente a la ley, cuya igualdad formal la reconoce el Art. 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador.

A través de método inductivo, se ha observado los hechos que acontecen entre las sentencias dictadas por Jueces laborales de primer nivel y por los Jueces Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia en Manabí, quienes, ante la falta de unificación de criterios, en la mayoría de los casos, sus decisiones se contraponen. Por ejemplo, reconocida la institución del derecho invocado, el Juez de primera instancia, concede el rubro matemático que corresponde al derecho pretendido, aun cuando el monto sea mayor o menor estampado en la demanda. En cambio, el Juez Plural Provincial, otorga la cantidad que corresponde, siempre y cuando en la pretensión se reclame un monto mayor matemáticamente hablando; y, cuando se trata que el valor pretendido en la

demanda, es menor al que aritmética y legalmente corresponde, conceden ese valor menor. Y es ahí donde se desatiende el derecho social del que están imbuidas las causas laborales, sustentándose en aforismos jurídicos que no se compadecen con la realidad actual y con el verdadero principio axiológico, que constituye el Estado constitucional de derechos, que constituye la **justicia**, impuesto en el Art. 1 de la Carta Fundamental.

Con el método deductivo se pretende razonar en forma lógica la normativa procesal que sopesa una acción laboral con el nuevo procedimiento, en el que en dos o tres artículos, se aborda la temática laboral en forma abierta (Arts. 33, 144.5 , 185 y 356.5), en lo relacionado a que el trabajador, al demandar, lo haga en la persona de quien reciba órdenes, sin que éste sea dueño, condueño o accionista; que las pretensiones laborales deben ser cuantificadas para determinar la cuantía; sobre el juramento deferido y sobre el remuneraciones impagas aun cuando subsista la relación laboral. Determinando que, tanto las demandas civiles, laborales, de niñez, administrativas y otras no penales, se deben ceñir a lo señalado en los requisitos determinados en los Arts. 141 y 142 del COGEP, sin encontrar que sobre las causas laborales, por ser de derecho social, debería existir un plus de proteccionismo real para con la parte trabajadora, cuando esté reconocida plenamente a existencia de la relación laboral, porque así también lo destaca el Art. 5 del Código del Trabajo, que impone a las autoridades judiciales y administrativas tratar con eficacia y protección los derechos de las personas trabajadoras.

TÉCNICA.

La técnica que se ha utilizado es el análisis de caso; misma que constituye un tipo de investigación profundo sobre un caso de relevancia en concreto, con el fin de proporcionar una conclusión. En el presente caso, basado en el análisis de premisas valederas otorgadas por la norma procesal existente, la Constitución y los principios doctrinarios del derecho de trabajo, se pretende formar una teoría que modifique, añada o reforme la norma procesal pertinente, para aclarar el panorama referente a las sentencias laborales, con vista a la vigencia perpetua de los principios de irrenunciabilidad de derechos y derechos adquiridos, que se ven menoscabados en los fallos judiciales cuando se otorgan

rubros menores a los pretendidos en una demanda laboral, porque la defensa técnica de la parte trabajadora, incurrió en error de cálculo al proponerla.

ANÁLISIS DE CASOS.

En los dos casos traídos a la palestra en este análisis, abordaremos las trasgresiones a varios principios fundamentales que se cometieron en las expediciones de estas sentencias laborales dictadas por los Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en las que, se reconoce los haberes a los que tiene derecho la parte accionante, pero por mal calculados matemáticamente como pretensión en la demanda escrita, no se ordena pagar el que corresponde, sino el requerido en el libelo inicial, siempre y cuando el rubro sea menor. Aduciendo que no pueden conceder más allá de lo que la parte ha pedido en la demanda. Siendo así entonces, reconocido el derecho, ¿qué hace el juzgador cuando el rubro pedido al respecto en la demanda, es mayor al que realmente corresponde?

Resumen. Caso uno. - El presente caso se ventiló en la Unidad Judicial del Trabajo de la ciudad de Manta, en el año 2018, indicando la parte accionante que empezó a laborar desde **el 5 de enero del 2004**, hasta el **30 de noviembre del 2017**, fecha en la que pretendió reintegrarse al trabajo luego de haberse acogido a una licencia por enfermedad, pero fue despedido intempestivamente. Su último sueldo fue la suma de \$550,00. Demandando el pago por despido intempestivo, la suma de \$7,150, desde enero del 2004 hasta el 30 de noviembre del 2017; las décimas tercera y cuarta remuneraciones de ley, en la suma de \$3,575, cada una, calculadas desde el 5 de enero del 2004 hasta el 20 de noviembre del 2017; el pago de vacaciones desde el 5 de enero del 2004 hasta el 20 de noviembre del 2017, el pago de uniforme desde el 5 de enero del 2004 hasta el 20 de noviembre del 2017, en la suma de \$450,00, más intereses y costas procesales.

Mediante sentencia dictada por el Juez A quo, el despido intempestivo queda reconocido y se ordena su pago en la cantidad de **\$7,750.00**, habiéndose realizado la operación matemática en forma correcta $\$550,00 \times 14$ años. Se ordena el pago de las décimas de ley y vacaciones, pero solo desde el año 2012 hasta el año 2017. La décima tercera remuneración, en la suma de \$3,017,52. La décima cuarta remuneración en \$1,795,75; y vacaciones, en \$1,508,.15, más

honorario profesionales. Sentencia que subió al Superior, por haber apelado solamente la parte accionada.

La sentencia del Juez Plural Provincial, concuerda con el criterio del juez de primer nivel, respecto al pago por concepto del despido intempestivo, sin embargo, la Sala observa que la pretensión del actor por este rubro –refiriéndose al requerido en la demanda- es de \$7,150.00, por lo que en aplicación del Art. 91 del COGEP, se establece el pago de **\$7,150.00**.

Resumen Caso dos.- El presente caso se ventiló en la Unidad Judicial del Trabajo de la ciudad de Manta, en el año 2020, indicando la parte actora que empezó a laborar desde **el 1 de marzo del 2013**, hasta el **17 de julio del 2019**, fecha en la que se resolvió un visto bueno propuesto por falta de pago puntualmente y constituye despido intempestivo. Su último sueldo fue la suma de \$1,104.37. Demandando el pago por despido intempestivo, la suma de \$6,700.00; bonificación por desahucio en \$1,700.00, más otros emolumentos.

Mediante sentencia dictada por el Juez A quo, el despido intempestivo queda reconocido y se ordena su pago en la cantidad de **\$7,730.59**, habiéndose realizado la operación matemática en forma correcta $\$1,104.37 \times 7$ años. Se ordena el pago de otros rubros, excepto la bonificación por desahucio, en el sentido que la relación laboral entre los justiciables no culminó por petición directa del trabajador a su empleador, ni por acuerdo de partes, con vista a los Arts. 184 y 185 ibídem. Sentencia que subió al Superior, por haber apelado solamente la parte accionada.

La sentencia del Juez Plural Provincial, concuerda con el criterio del Juez primario, respecto al pago por concepto del despido intempestivo, sin embargo, la Sala observa que la pretensión de la parte actora por este rubro –refiriéndose al requerido en la demanda- es de \$6,700.00, por lo que en aplicación del aforismo jurídico **nemo judex sin actore, ne eat judex ultra petita partium** (no hay juez sin actor, que no vaya el juez más allá de lo pedido) y al **no haberse apelado** por la parte actora, se ordena el pago de lo solicitado en la demanda.

En lo que refiere al no pago de la bonificación por desahucio, el Tribunal Ad quem, pese a que la parte actora no apeló de la sentencia, aplicando el principio pro operario, le concede tal derecho en la suma de \$1,753.14 por los 6 años, 4 meses y 16 días.

Análisis en lo que respecta a los casos uno y dos.

El Art. 91 del Código Orgánico General de Procesos, señala: *Omisiones sobre puntos de derecho. La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes.*

La norma referida, permite corregir al juzgador, las omisiones o errores de derecho en que incurran las partes en el juicio, tratándose de erróneas disposiciones legales en que se amparan éstas para reclamar una pretensión. Pero no podrá otorgar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda. En este punto, también converge la parte primera del caso **DOS: nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita partium** (no hay juez sin actor, que no vaya el juez más allá de lo pedido).

En las demandas laborales por la condición de derecho social, están basadas en principios propios de esa rama del derecho (que no tienen que ver con asuntos civiles, administrativos, penales, mercantiles, etc.,) al solicitar el pago por despido intempestivo, el decidor mediante las pruebas practicadas en forma adecuada, le permitirán reconocer ese derecho, y por ende el rubro que corresponde, porque ello se convierte en producto o derivación de tal reconocimiento, y debe aplicarse imperativamente el principio de **tutela efectiva**, consagrada en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, que consiste en un mínimo que el Estado debe tutelar los derechos reconocidos en la Carta Fundamental, a sus ciudadanos, como el de **intangibilidad e irrenunciabilidad** de derechos, **derechos adquiridos**; y sobre todo lo contemplado en el Art. 1 ibídem, que resalta que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. No conceder el rubro que corresponde, menoscaba los principios laborales y los derechos antes mencionados que no se ven, pero existen, que no se renuncian porque están normados y que forman parte per se, como una prolongación de su ser. ¿Dónde queda la justicia, entonces? ¿Y, sobre la progresividad de los derechos y la prohibición expresa de regresividad de los mismos?

Se dice y se pregona que los operadores de justicia son los guardianes de los derechos reconocidos en la Constitución; pero al no conceder la cantidad que matemáticamente corresponde al trabajador, aunque su cuantificación en la pretensión haya sido menor y por tanto lo perjudica, echa al traste los principios reconocidos en la Carta Fundamental, que han sido señalados.

Recapitulando, no se está otorgando, declarando o concediendo diferentes o más derechos a los pretendidos en la demanda; probado el derecho al pago por despido intempestivo, debe cancelarse en el valor que corresponde numéricamente, aunque el actor se haya equivocado en su cálculo. Se pregunta entonces: ¿Cómo decide el juez cuando por la figura del despido intempestivo se le solicita el pago de un rubro mayor al que realmente le corresponde? Obviamente decidirá, que el rubro de dicho pretensión, según el cálculo matemático, no es el correcto y concederá el que corresponde, amparándose en el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), pero esta precisión no solo debe quedar en conocer el derecho, sino aplicarlo; y esa aplicación estriba en una vez reconocido y probado un derecho, otorgar lo justo, que no es más ni menos; y que no se puede confundir con aforismos jurídicos de otorgar más de lo pedido, porque si en una demanda laboral solamente se reclama el pago por desahucio y despido intempestivo, el juez a cuenta de que conoce el derecho, ordenaría el pago de las décimas, utilidades, vacaciones etc., eso sí está proscrito al Juez, y a eso es lo que se refiere el texto del Art. 91 del COGEP y el aforismo jurídico **nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita partium** (no hay juez sin actor, que no vaya el juez más allá de lo pedido). Y esto último, que se aplica a las contiendas frías que constituyen las causas civiles en lo que dicen relación a contratos y obligaciones.

Otra cosa distinta es cuando en un fallo laboral la parte demandante (trabajadora) no apela, ni se adhiere al recurso de apelación concedido a la parte demandada (empleadora), obviamente que dicha sentencia en el trabajador reclamante en primera instancia, le causará estado en la segunda.

No obstante, en la segunda parte del segundo caso, advertimos que la Sala de lo Laboral, resuelve conceder un derecho negado (bonificación por desahucio) a la parte actora, pese a que ésta ni ha apelado y se ha adherido al recurso de

apelación concedido oportunamente, aplicando el principio pro operario, en una sentencia que, para el accionante ha causado estado, por no haber recurrido del fallo expedido en primera instancia. Calculando tal rubro no solo por los años completos, sino considerando la parte proporcional de meses y días; cuando la norma aplicada, el Art. 185 del Código del Trabajo, no refiere en forma literal, el reconocimiento de parte proporcional de un año, sino por cada año completo.

g) PROPUESTA

Documento de análisis crítico que establece la necesidad de incluir en el Código Orgánico General de Procesos, una norma que obligue a los jueces a conceder en forma correcta lo que corresponde a haberes laborales, cuando existe errores matemáticos incurridos en la demanda, a fin de garantizar los principios de tutela efectiva, irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos y derechos adquiridos.

Introducción

El derecho del trabajo es de orden social, por lo tanto, es prioritario como el derecho de niñez y adolescencia que también es social, y propende del Estado su protección en lo que dice relación a su reconocimiento a través de los entes de la administración de justicia laboral. Y esto se traduce en que los inalienables derechos de las personas trabajadoras deben ser velados y protegidos eficazmente por las autoridades correspondientes. En esto orden de ideas, se vuelve imperioso que, la legislación secundaria, bajo los principios establecidos en la Norma Constitucional vigente que los reconoce y los adapte a su normativa, con la finalidad de que dichos principios no se vuelvan líricos; como por ejemplo la penalización del fraude y la simulación laboral recogidas en el Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador, expedida en el año 2008; y recién casi algo más o menos ocho años, se los consideró aplicables en el Código Orgánico Integral Penal.

Siendo así, la dinámica constitucional moderna impone el reconocimiento de derechos y justicia, refiriéndonos al Art. 1 de nuestra Carta Fundamental, y ese reconocimiento de derechos corresponde al Juzgador cristalizarlo en su resolución, respetando las normas del debido proceso y luego de valorar las pruebas presentadas. Quedando de lado el aforismo “le doy los hechos al juez, concédame mi derecho” por el de “le doy los hechos probados al juez,

concedame el derecho”. Dentro del actual Código Orgánico Procesal no existe norma alguna que favorezca en este sentido a la parte trabajadora, esto es, que, reconocido el derecho reclamado, se le conceda por tal derecho, el rubro matemático que corresponde, con vista al estado de derechos y justicia que arroja constitucionalmente a nuestra nación.

Desarrollo del cuerpo central.

Señalado que nuestro país es un Estado constitucional de derechos y justicia, se debe conjugar con tales preceptos en las resoluciones que adopte la administración de justicia laboral, en razón que esta rama del derecho, es social, como ya se indicó; por lo que se debe proteger a la clase trabajadora de la arbitrariedad de los empleadores; pero en muchas ocasiones, los operadores de justicia se convierten en opositores de la clase trabajadora, porque pese a reconocer el derecho sobre determinada pretensión, cuantitativamente no conceden el rubro o valor que corresponde, sino al que consta en la demanda cuando este valor es menor, porque fue calculado en forma errónea; lo que no acontece cuando el rubro solicitado es mayor, y tiene derecho a ese reclamo, no lo ordenan a pagar, sino que conceden el que matemáticamente corresponde.

He ahí donde existe un error de conceptualización de lo que es equidad, esto es, sinónimo de justicia, porque con la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) reconocido éste, el juzgador debe conceder el rubro que corresponde, aunque la parte demandante, sea en más o de menos, se haya equivocado profesa y ex profesamente en su cálculo –el juez al conocer el derecho, debe aplicar lo que corresponde-.

En resumen, reconocido mediante probanza un derecho laboral, se torna ineludible distinguir el valor que corresponde a la pretensión, aunque fuese mal calculada matemáticamente. Porque a través de ello, se está reconociendo el principio constitucional de irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos y se estaría aplicado en toda su extensión el principio de tutela judicial efectiva lo que en modo alguno constituye otorgar mayores derechos a los pedidos en la demanda.

El derecho laboral es inmanente, pero una vez reconocido, tal reconocimiento lo convierte en cuantificable y al juez no le queda más que en estricta justicia,

aplicar la fórmula matemática que corresponde, sin temor ni favor. Sustentándose en los principios constitucionales y preceptos doctrinarios, señalados a lo largo de este trabajo. Según Echandía (2009 p.34), en la legislación laboral colombiana, el juez de primer nivel inclusive, puede otorgar a la parte trabajadora que demanda, más de lo pedido, pero para que esto acontezca, tiene que probar su derecho.

En el segundo inciso del Art. 100 del nuestro actual Código Orgánico General de Procesos, permite corregir errores de escritura, de citas legales, nombres, de cálculo, de oficio o a petición de parte, sobre las sentencias aun en la ejecución de las mismas. Pero no es tan claro su contenido porque se deja entrever que ello se aplicaría cuando emitida la sentencia o estand en mandamiento de ejecución, los yerros o deslices a corregirse, correspondería a una situación de escritura, o cuando se debió citar numéricamente un determinado artículo que sustente la decisión y se invocó otro; o, en vez de aplicar la operación aritmética que corresponda, se hizo otra, por ejemplo, en vez de sumar se resta o en vez de multiplicar se divide.

Se propone entonces, que se agregue como último inciso en el Art. 100 del Código Orgánico General de Procesos, el siguiente: *En materia laboral se ordenará el pago de los rubros que correspondan matemáticamente a los derechos reconocidos mediante sentencia, aunque la parte a la que beneficie no los haya invocado en forma correcta.*

h) CONCLUSIONES GENERALES

- No conceder la cantidad que corresponde a un reclamo laboral por yerro matemático incurrido en la demanda, afecta principios del derecho del trabajo, como el de derechos adquiridos; y, los principios constitucionales de: tutela efectiva, irrenunciabilidad e intangibilidad.
- La administración de justicia laboral, no otorga lo que corresponde al derecho laboral reclamado, por creer que aquello acarrea vicios de congruencia como ultra petita o extra petita.
- Como se tiene una cultura civilista, los juzgadores conceden la cantidad equívoca impuesta en la demanda por la parte actora, siempre que el rubro es menor al correcto.

- Los juzgadores no reconocen el valor impuesto en la demanda, cuando este es mayor al que matemáticamente corresponde y conceden el que es correcto.

i) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Roberth (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid – España.

Diccionario jurídico ESPASA (1999) Editorial ESPASA . Madrid – España.

Echandía, Hernando (2009) *Nociones Generales de Derecho Procesal*, 2ª Edición, Edit. Temis. Bogotá – Colombia.

Gallo, Gustavo (2013) *Manual de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina.

Gentile Elsa (2015) *La Prueba en los Procesos Laborales*, Nova Tesis Editorial jurídica, Buenos Aires – Argentina.

Hernáinz, Miguel (1969) *Tratado elemental del derecho del trabajo*, 10ª ed, Madrid.

Kuhn, Thomas (2004) *La Estructura de la Revoluciones Científicas*, 2ª Edic. Fondo de Cultura Económica, México.

Monesterolo, Graciela (2020) *Sistema Regulatorio de Empleados Privados y Obreros*, Edit. Centro de Publicaciones CEP. Quito – Ecuador.

Plá R. Américo (1998) *Los Principios del Derecho del Trabajo*, tercera edición, Edit. Depalma, Bnos Aires, Argentina.

Sala de Lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia -2012- Juicio N° 0745-2011 (Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez)

Vásquez, Jorge (2017) *Nuevo Derecho Laboral Ecuatoriano*, Editora Jurídica Cevallos . Quito – Ecuador.

Véscovi, Enrique (2006) *Teoría General del Proceso*, Reimpresión de la Segunda Edición, Editorial TEMIS S.A. Bogotá – Colombia.

LEGISGRAFÍA

Código del Trabajo (2018) Asamblea Nacional del Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador (2008) Asamblea Nacional del Ecuador.

Ley Orgánica de Discapacidades (2010) Asamblea Nacional del Ecuador.

Ley Orgánica Para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar
(2015) Asamblea Nacional.

LCT reformado por la Ley 26.428 (2008)

j) DATOS PERSONALES

Nombre: José María López Domínguez

Teléfonos: 052 922842 / 09803760 49

Maestría: Derecho Laboral

Correo: lopezdomlaw@hotmail.com