

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

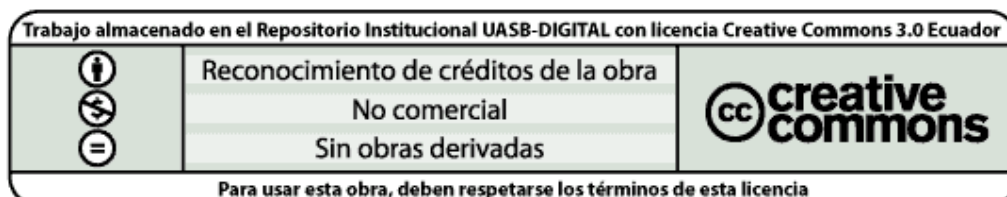
Programa de Maestría Profesional en Derecho Procesal

El principio de congruencia en el proceso laboral

Autor: Edison Marcelo Jácome Freire

Tutora: Vanesa Aguirre Guzmán

Quito, 2016



Yo, Edison Marcelo Jácome Freire, autor de la tesis intitulada “El principio de congruencia en el proceso laboral”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local e internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

8 de diciembre del 2016

RESUMEN

En el capítulo primero se trata sobre la naturaleza del Derecho del trabajo, como un conjunto de normas jurídicas protectoras del trabajador, analizando en adelante los principios favorables y procesales específicos en materia laboral.

Además, se le introduce al lector en lo que constituye el principio de congruencia dentro de la visión actual de la Constitución; por último se analiza disposiciones legales específicas contenidas en el Código del Trabajo, que flexibilizan el principio de congruencia como se lo concebía tradicionalmente.

En el segundo capítulo se inicia analizando el fin del proceso, y las facultades que tiene el juez para llegar a tal objetivo, haciendo hincapié en la facultad oficiosa, se hace un breve análisis comparativo y de evolución de la prueba de oficio, para después centrarnos en la facultad oficiosa específicamente en el caso del juez laboral.

La tesis continúa su desarrollo determinando los límites del juez frente a los principios de favorabilidad del Derecho laboral, iniciando con la garantía de la imparcialidad del juez, analizando su importancia como garantía de los usuarios de la administración de justicia; los desbordes que existen con respecto a la mala interpretación y aplicación de los principios de favorabilidad en materia laboral.

Se continúa analizando los límites de la actuación del juez laboral, específicamente frente al debido proceso, principalmente las garantías de la igualdad de armas y el derecho a la defensa.

DEDICATORIA

A mi madre, Hilda Marina Freire Zapata, por su infinito amor y ser mi referente de principios y valores.

A mi compañera de vida, mi esposa, Nancy Tapia Molina.

A mis queridos hermanos, Oscar, Patricio, Gustavo y Maxwel.

AGRADECIMIENTOS

A la Doctora Vanesa Aguirre Guzmán, mi supervisora, por sus orientaciones y exigencias en el presente trabajo académico, quien, sin reserva alguna, ha compartido sus conocimientos y experiencia.

A mi amigo Edwin Quinga Ramón, que al conocerle he comprendido que la sabiduría hay que compartirla.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
---------------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

LOS PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN MATERIA LABORAL

1. El Derecho del trabajo como un derecho tuitivo	9
2. Los principios favorables al trabajador	11
3. Los principios procesales específicos en materia laboral	24
4. El principio de congruencia en el nuevo paradigma constitucional	34
5. El principio de congruencia en el Código del Trabajo	40

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ROL DEL JUEZ FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL ACTOR, EN LOS PROCESOS LABORALES

1. El fin del proceso y la facultad officiosa del juez laboral	49
2. La imparcialidad del juez frente a los principios de favorabilidad del Derecho Laboral	57
3. Límites en la actuación del juez laboral	66

CONCLUSIONES	81
---------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	84
---------------------------	----

INTRODUCCIÓN

En materia laboral, partiendo del reconocimiento de la desigualdad material en la relación trabajador-empleador, se justifica que en el ordenamiento jurídico Constitucional y legal existan principios favorables al trabajador, pero hay que considerar que las normas jurídicas laborales protectoras las ha elaborado el legislador, no el juez, si bien el operador de justicia debe tomar en cuenta que se encuentra frente a sujetos que no son iguales y que existe favorabilidad jurídica a uno de ellos, no puede, a pretexto de ello, inobservar garantías fundamentales como su imparcialidad, la igualdad de armas, el derecho a la defensa, entre otros.

Uno de esos principios laborales tratados de diferente manera que en materia civil, por ejemplo, es el de congruencia entendido generalmente en el sentido que los jueces deben resolver de acuerdo a las pretensiones hechas por el actor en su demanda, y las excepciones deducidas por el demandado en su contestación a la demanda, esos son los límites de actuación del juez; sin embargo, en materia laboral tal principio se ve atenuado, existen disposiciones en el Código del Trabajo que conceden al trabajador beneficios que se los debe otorgar, aunque no se los haya solicitado.

Comúnmente se ha manifestado que lo único que el juez debe considerar para dictar su sentencia es la realidad procesal; actualmente lo dicho tiene otro matiz, el artículo 169 de la Constitución establece que el fin del proceso es la justicia, para llegar a tal objetivo se han incorporado facultades a los jueces para tratar de encontrar la verdad material, por ejemplo la prueba de oficio, establecida en el artículo 130 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, la prueba para mejor resolver señalada en el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, los hechos que no requieren prueba enumerados en el artículo 163 del COGEP, en fin.

Sin embargo, tal situación mal entendida y en consecuencia mal aplicada podría generar el cometimiento de toda clase de arbitrariedades.

Lo manifestado se aplica en la interpretación de los principios de favorabilidad que existen en nuestro ordenamiento jurídico, entre ellos los de materia laboral, por los cuales en varias ocasiones se justifican resoluciones sin sustento procesal alguno. No se analiza que ningún derecho, principio, garantía es absoluto, que existen límites franqueados por la misma Constitución y la ley.

En los procesos laborales, donde existen principios tuitivos a favor del trabajador, no puede dejarse de tomar en cuenta las garantías que conforman el debido proceso que garantizan un juicio justo.

Capítulo primero

Los principios de favorabilidad y el principio de congruencia en materia laboral

1. El Derecho del trabajo como un derecho tuitivo

Cuando se aborda el tema de la clasificación del derecho por su finalidad, era común hacerlo en derecho público y derecho privado, el primero entendido como el conjunto de normas jurídicas que tienen que ver con las instituciones del Estado, y cuya finalidad es el servicio a la comunidad; en tanto que al derecho privado se lo conceptúa como el conjunto de normas jurídicas que regulan los intereses de los particulares, y su finalidad es el interés privado. Tal diferenciación entre derecho público y privado, no implica que no exista una constitucionalización de este último, por ejemplo en cuanto a violación de derechos constitucionales, es decir que aunque particulares, debe observarse el cumplimiento de los mandatos constitucionales, que se constituyen en sus límites.

Actualmente en la clasificación del derecho por su finalidad, a más de lo señalado, se acepta la inclusión del derecho social, entendido como el conjunto de normas jurídicas que tratan, a través del ámbito jurídico, igualar una desigualdad material, su finalidad es proteger al más débil de la relación que se entable.

Parafraseando a Alberto Trueba y Radbruch, lo que pretende el Derecho social no es la igualdad de personas como podría pensarse, sino que por medio del orden jurídico, trata de lograr la nivelación de las desigualdades, así mediante principios, instituciones y normas se tutelaré y protegeré a la parte económicamente débil.¹

Autores como Néstor de Buen Lozano, Jesús Cruz Villalón, Julio César Trujillo, Graciela Monesterolo, ubican al Derecho del trabajo dentro del derecho social. Vale decir que se acepta que entre empleador y trabajador existe una desigualdad material,

¹ Alberto Trueba Urbina y Radbruch, Nuevo Derecho del Trabajo e *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Op. Cit., págs. 155 y 161, citados por Néstor de Buen Lozano, en *Derecho del Trabajo*, (México: PORRÚA, 2013), 12 y 80.

traducida en que el primero tiene medios de producción y capital y el segundo únicamente su fuerza de trabajo, de ahí que sus relaciones tengan que ser observadas por el legislador de manera distinta que del Derecho civil por ejemplo, de igualdad contractual y consiguiente neutralidad del legislador.²

Esta desigualdad de inicio, como acertadamente dice Jesús Cruz Villalón, “se puede corregir por una doble vía. En primer lugar, a través del establecimiento de reglas de proteccionismo individual, básicamente en el sentido de fijar límites directos a la autonomía contractual de las partes a través de la normativa estatal que introduce mínimos de obligado respeto. [...]”³

En Ecuador, el surgimiento del Código del Trabajo (en adelante CT), aprobado el 5 de agosto de 1938, bajo la presidencia del general Alberto Enríquez Gallo, fue producto de una serie de acontecimientos de lucha por la clase trabajadora, expresión de la desigualdad material existente entre empleadores y trabajadores.

Al realizar un análisis de la relación entre el nacimiento del CT Ecuatoriano y su contexto, podemos observar la necesidad de que el ordenamiento jurídico laboral ecuatoriano tenga una naturaleza propia como derecho de protección y tutela, dada la situación de desigualdad del trabajador frente al empleador, pues en él “se encuentran los principios de salvaguardia y equidad del derecho social, se establecen normas especiales por la desigualdad de condiciones entre el capital y el trabajo. El Estado establece estas disposiciones para proteger a la parte más débil en la relación: el trabajador, ya que en la realidad en el desarrollo del trabajo, no hay igualdad de condiciones entre contratante y contratado.”⁴

De esa desigualdad material es que se ha desarrollado el Derecho del trabajo como un derecho tuitivo, protector al trabajador.

La Constitución ecuatoriana (en adelante CE) de 1998, en el art. 35 numeral uno decía: “[...] La legislación del trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del

² Véase, en tal sentido, a Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo* (Madrid: TECNOS, 2014), 62 y 63.

³ Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 62 y 63.

⁴ Jorge Vásquez López, *Derecho Laboral Ecuatoriano*, (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2004), 54.

derecho social.”, existiendo un reconocimiento en cuanto a que la legislación o derecho del trabajo está dentro de lo que se conoce como derecho social conceptualizado en los términos ya señalados, y que inclusive el derecho social tiene principios, que tienen como fundamento la desigualdad material a la que ya nos hemos referido.

A pesar de que tal principio constitucional ya no está redactado en los mismos términos en la CE del 2008, los principios protectores del trabajador si están desarrollados tanto en la CE como en el CT.

Conocer, aunque en forma superficial, los principios tuitivos al trabajador, podrá explicar que estamos frente a un área del derecho que reconoce una desigualdad entre los sujetos que los regula, sirviendo además de base para comprender por qué muchas instituciones procesales, entre ellas el principio de la congruencia, se atenúan.

2. Los principios favorables al trabajador

La CE de octubre del 2008, ha establecido una serie de principios protectores a favor del trabajador, constantes principalmente en los artículos 33, 325 hasta 333 inclusive; principios que han sido desarrollados en el CT, entre ellos resulta de trascendencia citar a:

2.1 El trabajo como un derecho, un deber social y un derecho económico (Art. 33 de la CE)

El trabajo como un derecho y un deber social guarda relación con la obligación del Estado de impulsar el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo, establecido en el art. 326 numeral 1 del texto constitucional.⁵

⁵ El pleno empleo hace referencia a la situación en que todos los ciudadanos en edad laboral productiva tienen trabajo estable, y por ende una remuneración permanente; en tanto el desempleo es cuando los ciudadanos en edad laboral productiva no tienen trabajo. El subempleo, conocido en economía como el sector informal, son aquellos ciudadanos que no tienen un trabajo estable, sus características son: que sus ingresos dependen de la ley de la oferta y la demanda, que su horario lo fijan ellos mismos, y que se presentan por temporadas, sin embargo de que ésta última en ciertos grupos ya no es así.

Mientras la CE del año 1998 al inicio del art. 35 decía únicamente que el trabajo es un derecho y un deber social, la CE actual, en su art. 33, ratifica que el trabajo es un derecho y un deber social, pero añade que es un derecho económico, entendido como lo que permite a los trabajadores y sus familias ingresos que puedan solventar sus necesidades, por lo que no puede ser reducido, embargado, se constituye en crédito privilegiado de primera clase, en fin.

Como se puede evidenciar, que se considere al trabajo también como un derecho económico, tiene relación con el derecho a una vida digna establecido en el art. 66.2 de la CE: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...]. 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.”

Los procedimientos laborales por los cuales se reclaman indemnizaciones, en cuanto a sus etapas, términos y demás, deben considerar que el trabajo es un derecho económico, generador de ingresos, es decir deben tener tiempos cortos a fin de que la resolución llegue en el menor tiempo posible, porque entre más se demore un proceso laboral en mayor grado se verá afectado el principio de que el trabajo es un derecho económico.

Entonces que el derecho del trabajo además de ser un derecho y un deber social, sea un derecho económico tiene que ver con un principio procesal como es la celeridad procesal, que en materia laboral es de suma importancia.

De ahí que la celeridad del proceso sea una necesidad en materia tan delicada como es el Derecho del Trabajo, que consagra principios esencialmente intangibles e irrenunciables y que confiere una especial protección a la remuneración que sirve para la subsistencia del trabajador y su familia, por lo que una innecesaria dilación de los procesos laborales, lesiona aquellos principios y otros inspirados en el Derecho Social que se recogen en gran medida en el artículo 326 de la Constitución de la República.⁶

⁶ Andrés Páez Benalcázar, *El procedimiento oral en los juicios de trabajo*, (Quito: CEP, 2010), 16.

2.2 El reconocimiento por parte del Estado ecuatoriano a todas las modalidades de trabajo (Art. 325 de la CE)

Que tiene su importancia en tanto en cuanto no sólo se considera trabajo al que está en relación de dependencia, sino también al autónomo como por ejemplo de los artesanos, de los que conforman el sector informal de la economía, los que se dedican a la agricultura, a la pesca, en fin, lo cual conlleva que exista protección en las políticas públicas y normativa; por ejemplo créditos en las mejores condiciones, exoneraciones tributarias.

2.3 La intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores (Art. 326.2 de la CE)

Que significa que los derechos de los trabajadores no pueden ser tocados, salvo para su mejoramiento y/o ampliación, esto es que los actuales derechos de los trabajadores sirven de base, son un mínimo, a partir del cual las partes pueden mejorar las condiciones laborales, nunca empeorarlas, por ejemplo con respecto a la remuneración básica unificada general y a las remuneraciones básicas por cada categoría ocupacional que cada año son revisadas, esos son los límites remunerativos, de ahí para mejorarlas.

La Corte Constitucional, respecto a éste principio se ha pronunciado en los siguientes términos: “El concepto de intangibilidad de los Derechos Laborales implica que ninguna ley o decreto pueda establecer normas que menoscaben los derechos otorgados a los obreros, lo que es conocido como *inderogabilidad in peius*, ya que las normas que conforman los Derechos Laborales sirven como un mínimo para las normas posteriores que sólo podrán mejorar dichas condiciones, nunca empeorarlas.”⁷

⁷ Sentencia No. 025-09-SEP-CC, dictada el 12 de octubre del 2009, publicada en el RO No. 50, del 20 de octubre del 2009.

Este principio debería ser el limitante para las reformas infra constitucionales que se plantean cada vez y cuando, tendientes a lesionar los derechos laborales.⁸

2.4 La irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores (Art. 326.2 de la CE en concordancia con el Art. 4 del CT)

Que significa que los derechos de los trabajadores no pueden ser renunciados, considerando toda renuncia nula, sin ningún valor.

Debido al reconocimiento de la desigualdad material planteada entre empleador y trabajador, sucede que la parte empleadora establece una serie de condicionamientos a la parte trabajadora para acceder o mantenerse en su trabajo, situaciones que conlleva inclusive a la renuncia de derechos, de ahí que este principio no permita que tales renunciaciones surtan efectos pues se consideran nulas, sin ningún valor; por ejemplo no cabe que el trabajador renuncie a recibir la remuneración mínima legal vigente por su labor, o a los beneficios sociales como las remuneraciones adicionales, vacaciones, utilidades, ropa de trabajo, etc., o que renuncie a su domicilio, por citar algunos ejemplos.

2.5 El indubio pro operario (Art. 326.3 de la CE en concordancia con el Art. 7 del CT)

Traducido que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.

Este es uno de los principios más nombrados al momento de resolver conflictos de trabajo, y por el cual, interpretándolo en forma errónea, se cometen en muchas ocasiones arbitrariedades, pretendiendo, por ejemplo, conceder pedidos donde la norma

⁸ Por ejemplo, cuando se ha pretendido reducir del 15% al 10% el porcentaje de las utilidades a que tienen derecho los trabajadores (Art. 97 CT); o cuando se establece en los arts. 47.1 y 47.2 del CT, introducidos mediante la Ley orgánica para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo, publicada en el RO No. 720, del 28 de marzo del 2016, que la jornada de trabajo puede reducirse a seis horas diarias, y que se puede trabajar hasta diez horas diarias.

no dejaba duda, peticiones que nunca fueron sometidas a debate, como se verá en su momento.

Inclusive se sostiene que el principio de la norma más favorable, tal como lo manifiesta Jesús Cruz Villalón, es de carácter eminentemente residual, quedando reducido su aplicación a casos muy contados y, sobre todo, hay una expresa remisión a la aplicación de este precepto.⁹

2.6 La irreductibilidad de la remuneración proveniente del trabajo (Arts. 326.4, 328 inciso tercero de la CE, en concordancia con los Arts. 79, 87 y 90 del CT)

Que significa que lo que percibe el trabajador por sus servicios no puede ser reducido, debiendo extenderse tal principio al hecho de que si un trabajador percibía por su trabajo una cantidad determinada en concepto de remuneración, dicho rubro en adelante no pueda ser disminuido.¹⁰

2.7 La inembargabilidad de la remuneración proveniente del trabajo (Art. 328 inciso primero de la CE, en concordancia con el artículo 91 del CT)

Que significa que todo lo que el trabajador percibe por su trabajo no puede ser embargado es decir no puede ser retenido, salvo que el propio trabajador lo autorice o que la deuda provenga de pensiones alimenticias atrasadas.¹¹

Cuando se dice que la remuneración proveniente del trabajo no puede ser embargada, deberá entenderse que se trata de todos los rubros que el trabajador percibe

⁹ Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo* (Madrid: TECNOS, 2014), 97 y 98.

¹⁰ El principio en análisis se lo vioenta cuando los arts. 47.1 y 47.2 del CT, introducidos mediante la Ley orgánica para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo, publicada en el RO No. 720, del 28 de marzo del 2016, permiten que trabajadores que recibían mensualmente una remuneración, pueda ser reducida; y que al facultarse que los trabajadores puedan laborar hasta diez horas diarias, no se les reconozca con el recargo de ley las horas suplementarias y/o extraordinarias que superan las ocho horas diarias; lo cual hace que la referida ley sea manifiestamente inconstitucional.

¹¹ Dentro de los grupos y personas de atención prioritaria, las niñas, los niños y adolescentes son los primeros; el art. 44 de la CE establece el principio de su interés superior, que prevalecerán sobre los de las demás personas, entre ellos los trabajadores. El art. 11 del Código de la niñez y la adolescencia desarrolla lo que comprende el interés superior, del cual se concluye que es razonable que si la deuda proviene de pensiones alimenticias, lo que recibe el trabajador por su trabajo, pueda ser retenido.

por su trabajo, esto es su sueldo o salario, pago por horas suplementarias y extraordinarias, décimos, utilidades y en general todo lo que el trabajador se beneficia por su trabajo.¹²

2.8 La transacción en materia laboral (Arts. 3 numeral 8, 97, 190 y 326 numerales 2, 10 y 11 de la CE, en concordancia con los artículos 4 y 595 del CT)

En materia laboral se permite un método alternativo al judicial para resolver los conflictos, esto es la transacción, figura a la que también se refiere el artículo 235 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), pero debido a la naturaleza social del Derecho del Trabajo la voluntariedad de las partes no rige en forma absoluta en materia laboral, dicho en otras palabras existen requisitos que deben observarse para que dicha transacción pueda surtir efectos legales: 1.- Que dicho acuerdo no implique renuncia de derechos; y, 2.- Que sea celebrado ante autoridad administrativa o juez competente.

Por mi experiencia como juez laboral, puedo decir que es frecuente la confusión que existe entre transacción y derechos irrenunciables, por un lado se cree que al igual que cualquier mercancía el trabajo se puede transar libremente, sin límites, que su disposición únicamente se requiere de la voluntad de las partes; pero de otra parte también se considera que al ser los derechos de los trabajadores irrenunciables no hay posibilidad de transacción, cuando hay que tomar en cuenta que dentro de un proceso lo que existen son apenas pretensiones.

Según el artículo 235 del COGEP, parecería que el empleador y trabajador pueden transar ante un notario por ejemplo, para después presentar la transacción ante el

¹² El principio de inembargabilidad es muy importante, en relación a proteger todo lo que proviene del trabajo, en cuanto a que lo hace intocable, excepto para pensiones alimenticias y cuando el trabajador lo autorice. De ahí que la “contribución obligatoria” de un día de remuneración de trabajadores públicos y privados, cuyas remuneraciones sean superiores a los mil dólares mensuales, constante en los artículos 2 y 3 de la ley orgánica de solidaridad y de corresponsabilidad ciudadana para la reconstrucción y reactivación de las zonas afectadas por el terremoto de 16 de abril de 2016, publicada en el ROS No. 759 del 20 de mayo del 2016, atenta contra dicho principio, volviéndolo inconstitucional.

juez laboral, quien debería verificar, en todo caso, que en dicho acuerdo no exista renuncia de derechos, y de no haberlo, apruebe la transacción y disponga la conclusión del proceso.

La conciliación también es procedente en materia laboral, conforme los artículos 233 y 234 del COGEP, pero a diferencia de la transacción ésta tiene lugar dentro del proceso. En la conciliación también deberá observarse los presupuestos anteriormente señalados.

Resulta contradictorio que en el inciso segundo del artículo 233 del COGEP, se diga que uno de los principios de la conciliación sea la confidencialidad, y que la misma tenga que darse dentro del proceso cuya información, de acuerdo al artículo 8 ibídem, es pública.

La transacción y la conciliación tiene relación con el principio de irrenunciabilidad de derechos consagrado en el artículo 326 numeral 2 de nuestra Ley suprema en concordancia con el artículo 4 del CT, en consecuencia es obligación Constitucional y legal del operador de justicia verificar si el acuerdo al que han llegado las partes cumple con lo referido anteriormente.

La transacción y/o conciliación no puede darse sobre las pretensiones que devienen de la propia relación laboral reconocida, por ejemplo los proporcionales de las remuneraciones adicionales y vacaciones: ahí estaría el límite del acuerdo, es decir, estarían comprendidos dichos conceptos, sin perjuicio del plazo y con qué se va a cancelar.

La oportunidad de la conciliación, de la transacción, de la mediación inclusive, se da a lo largo de todo el proceso, incluso después de sentencia. Su fundamento constitucional está en los artículos 3 numeral 8, 97, 190 y 326 numerales 10 y 11. Su objetivo sería incentivar una cultura de paz.

Es pertinente manifestar que los llamados métodos alternativos de solución de conflictos, entre ellos los brevemente analizados, no deberían ser vistos como residuales de la justicia ordinaria, todo lo contrario debería acudir a la misma, únicamente después de haberse agotado la conciliación, la transacción, que son la materialización

del diálogo entre las partes. La justicia ordinaria debería ser la alternativa; lo dicho sin embargo de reconocer que es un tema cultural.¹³

Por último, sin embargo de que el artículo 326 de la CE dice: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:”, ubicando en el numeral 11 a la transacción como un principio más, luego del análisis realizado, podemos concluir que la transacción laboral es un procedimiento favorable más que un principio en sí, tanto que deben practicarse una serie de actuaciones o diligencias ligadas entre sí, deben agotarse una serie de etapas, para que el juez pueda pronunciarse al respecto.

2.9 La prohibición de toda forma de precarización en materia laboral; de la simulación, del incumplimiento de obligaciones laborales (Art. 327 de la CE)

Considerada la contratación por horas y la tercerización como formas de precarización en materia laboral, estas fueron eliminadas por el Mandato Constituyente número 8¹⁴; sin embargo de que está vigente el contrato de trabajo a tiempo parcial establecido en el artículo 82 del CT, así como la prestación de servicios complementarios en las actividades de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, que tienen características propias, que no son motivo del presente trabajo.

En cuanto a la simulación sucede muchas veces que como forma de eludir las obligaciones laborales se recurre a formas engañosas de esconder una relación de dependencia sujeta al CT, una de ellas es celebrar contratos de servicios profesionales, de ahí que en materia laboral prevalece el principio de supremacía de la realidad, al que en adelante me referiré.

En lo que tiene que ver al incumplimiento de obligaciones laborales y las sanciones respectivas, se ha tipificado como delito contra el derecho a la seguridad social, la retención ilegal de las aportaciones y la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica, constante en los artículos 242 y 243 del Código Integral Penal; en tanto que en el artículo 244 ibídem se

¹³ Véase, en tal sentido, a Jaime Vintimilla Saldaña y Santiago Andrade Ubidia, *Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria* (Quito: CIDES, 2005).

¹⁴ ROS No. 330, del 30 de marzo del 2008.

ha tipificado como contravención contra el derecho al trabajo, por falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona natural.

2.10 El principio de supremacía de la realidad (Art. 37 del CT)

Entendido en forma resumida como que lo que debe observarse es el contrato realidad y no el contrato forma.

Graciela Monesterolo lo conceptúa en los siguientes términos:

El principio de la primacía de la realidad se aplica cuando existe disconformidad entre los hechos y la forma que adopta una situación particular en relación con cualquier aspecto del contrato de trabajo. Dicha disconformidad puede resultar de la intención deliberada del empleador de simular una situación jurídica distinta de la real para así evadir las obligaciones que la legislación laboral le impone en beneficio de la parte más desvalida de la relación. En todo caso se aplicará siempre el principio de primacía de la realidad que se refleja en varios enunciados: vale el derecho y el *nomen iuris* o verdad formal, los documentos no cuentan frente a los datos de la realidad y la verdad vence a la apariencia.¹⁵

Así, el artículo 37 del CT dispone que: “Los contratos de trabajo están regulados por las disposiciones de este Código, aun a falta de referencia expresa y a pesar de lo que se pacte en contrario”, porque en Derecho Laboral se han invertido los términos, de tal manera que la verdad jurídica cede ante la verdad fáctica y esta inversión produce una forma nueva y diferente dentro del proceso laboral.

El principio del Derecho Civil de que el contrato es ley para las partes (Art. 1561 del Código Civil), no tiene validez absoluta en el Derecho Laboral, pues aunque hubiere existido libre consentimiento entre las partes para celebrar un contrato no laboral, siendo su naturaleza jurídica de naturaleza laboral, el contrato celebrado no tiene validez en tanto y en cuanto sus cláusulas contradicen la realidad de los hechos.

Por ejemplo, si en un proceso, la parte demandada alega inexistencia de relación laboral porque existe un contrato de prestación de servicios profesionales, se prueba que

¹⁵ Graciela Monesterolo Lencioni, *Instituciones de Derecho Laboral Individual* (Quito: CEP, 2013), 71.

existieron los elementos esenciales de una relación laboral de dependencia sujeta al CT, como son acuerdo de voluntades, servicios lícitos y personales, remuneración y dependencia, se aplicaría la realidad antes que el contrato. Como diría Mario de la Cueva, en el contrato de trabajo interesa la esencia y no la apariencias, es un “contrato realidad”.

2.11 Los créditos a favor del trabajador gozan de privilegio de primera clase (Art. 328 inciso cuarto de la CE, en concordancia con el Art. 88 del CT y los Arts. 2374 y 2388 del Código Civil)

Que se traduce en que todo lo que se le adeude al trabajador por su trabajo está entre los primeros créditos que se deben pagar, inclusive por encima de un crédito con garantía hipotecaria.

A nivel procesal, el COGEP materializa este principio en el art. 386. En efecto, ordenado un embargo en materia laboral sobre bienes que ya están embargados, excepto el de alimentos, se debe cancelar el embargo anterior y se efectuará el ordenado en materia laboral; sin que en ningún caso pueda suspender la ejecución de una sentencia laboral, salvo que el deudor pague lo adeudado en dinero en efectivo o cheque certificado.¹⁶

2.12 El principio de protección a la juventud trabajadora; a los trabajadores pertenecientes a las diferentes etnias; a los del sector informal; a los trabajadores en el exterior; a los trabajadores con discapacidad (Art. 329 de la CE)

La CE en su artículo 35 identifica a los grupos de atención prioritaria, esto es aquellas ciudadanas y ciudadanos que merecen del Estado una especial protección, una atención prioritaria, producto de la presencia de grandes desigualdades y exclusiones.

¹⁶ Con respecto a la palabra “colectivo” a que se refiere el artículo 386 del COGEP, esta fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional el 19 de abril del 2007, publicada en el RO No. 70 del 24 de abril del 2007, y que hubiera sido de esperarse que el COGEP ya lo hubiere incorporado, es decir retirando dicha palabra del texto.

Nuestra CE en su artículo 66.4 reconoce no únicamente el derecho a la igualdad formal, sino también a la igualdad material y no discriminación, esto significa que en el Ecuador existen posiciones económicas y hasta históricas de determinados grupos de personas que son mejores que otros, de ahí que el Estado deba intervenir en procura de que tengan las mismas posibilidades.

Con respecto a la igualdad material y no discriminación, hay que considerar lo manifestado por la CIDH:

“El sistema interamericano [...] avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho.”¹⁷

Partiendo de esta realidad, es que se justifica las acciones afirmativas a las que se refiere el artículo 11.2.inc.3ro. de la CE, que dice: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situaciones de desigualdad.”.

Las manifestaciones que en materia laboral se han dado al respecto, entre otras, son: Las políticas públicas como “mi primer empleo” para los adolescentes; las acciones afirmativas en los concursos de merecimiento y oposición en cuanto al puntaje adicional por consideraciones étnicas, ubicación geográfica, discapacidad; la prohibición de toda forma de confiscación de los productos materiales o herramientas de trabajo de los que conforman el sector informal de la economía –subocupados-; los controles de las relaciones laborales de los trabajadores ecuatorianos en el exterior, por parte de nuestro representantes en los diferentes países, esto es a favor de los emigrantes; la obligatoriedad de mantener por lo menos el 4% del total de trabajadores de una empresa, con discapacidad.

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, párrafo 99.

En materia laboral nos encontramos con situaciones de doble vulnerabilidad, donde el juez debe actuar tomando en cuenta el derecho a la igualdad material a la cual ya nos hemos referido, y además lo que dispone el artículo 35 en su última parte “El Estado prestará especial protección a las personas en condiciones de doble vulnerabilidad.”, tal como ya se ha pronunciado la Corte Constitucional en un caso en concreto.¹⁸

2.13 El principio de protección a la mujer trabajadora (Arts. 331, 332 y 333 de la CE, en concordancia con los artículos 152 al 156 del CT)

Debido a la vulnerabilidad de la mujer trabajadora, como por ejemplo en el acoso laboral; a las desigualdades existentes entre el varón y la mujer trabajadora, como por ejemplo las remuneraciones inequitativas, la no consideración de méritos académicos y experiencia en la mujer para su promoción laboral; en fin, existen una serie de principios, derechos y garantías tendientes a proteger a la mujer que se encuentra en tales circunstancias.¹⁹

En cuanto a la mujer trabajadora en estado de embarazo y lactante, hay normativa protectora, como la prohibición del desahucio y del despido intempestivo asociado a su condición (Art. 154 CT), la licencia por maternidad de tres meses con remuneración (Art. 152 CT) –que en realidad son 84 días-, la de dos horas para lactancia durante los doce meses posteriores al parto (Art. 155 CT), la licencia opcional y voluntaria sin remuneración, hasta por nueve meses adicionales a la licencia o permiso por maternidad o paternidad, para atender al cuidado de los hijos, dentro de los primeros doce meses de vida del niño o niña, que consta como reforma al CT, mediante la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo²⁰, entre otras.

El 20 de abril del 2015, se publicó la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (en adelante Ley para la justicia laboral); por medio del art. 35, se añadieron los artículos 195.1, 195.2 y 195.3 al CT, incorporando al

¹⁸ Sentencia No. 258-15-SEP-CC, dictada el 12 de agosto del 2015, dentro del caso No. 2184-11-EP.

¹⁹ Véase, en tal sentido, a Elisa Lanús Medina, *La prueba en demandas laborales por discriminación*, en Revista de Derecho, *Derecho Procesal 14*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2010)

²⁰ Publicada en el ROS No. 720, del 28 de marzo de 2016.

referido cuerpo legal la figura del despido ineficaz, que pretende fundamentalmente proteger el principio de inamovilidad en el trabajo tanto de trabajadoras en estado de embarazo o asociada a su condición de gestación o maternidad, como de dirigentes sindicales.²¹

El COGEP ha incorporado la figura del despido ineficaz, dentro del procedimiento sumario, en el artículo 332 numeral 8, lo cual nos genera algunos cuestionamientos, que vale la pena analizarlos brevemente.²²

Por otro lado es importante mencionar que dichas reformas legales aparentemente de protección, surten efectos contrarios de los que se pretenden si no van acompañadas de acciones afirmativas (Art. 11.2, inciso tercero, de la CE) que protejan a los sectores que se desea favorecer, de lo contrario sucede que en la práctica muchos empleadores se abstienen de contratar mujeres y toman medidas para que no existan organización sindicales.

²¹ Publicada en el ROS No. 483.

²² Partiendo que el COGEP es ley supletoria de la ley laboral -así lo establece el art. 6 del CT constante en el numeral 1 de la reformatoria sexta del COGEP-, el art. 195.2 del CT indica el trámite que debe seguirse en el caso del despido ineficaz, de ahí que no cabría remitirse al procedimiento que indica el COGEP. Resultaba muy difícil estructurar en un solo cuerpo legal peculiaridades de las diferentes materias jurídicas, por ejemplo de la laboral, de ahí que existan estas remisiones circulares que pueden producir mucha confusión. No se trata de plantear que hubiere sido preferible un código procesal civil, un código procesal laboral, un código procesal comercial, pero sí es necesario evidenciar ciertos inconvenientes, como el de haber caracterizado al despido ineficaz como un procedimiento sumario, lo cual significaría que cabría reconvencción, aunque sea conexas, también se podría presentar casación porque se reconoce que es un proceso de conocimiento y además porque únicamente en los procesos de ejecución, esto es el ejecutivo y el monitorio, en forma expresa el COGEP establece que no cabe casación (Arts. 354 último inciso y 359 inciso primero) todo lo cual desnaturalizaría al despido ineficaz en cuanto a la protección y celeridad.

Otro cuestionamiento es: si se acepta que el despido ineficaz debe tramitarse mediante procedimiento sumario, que en caso de apelación de las sentencias dictadas se lo concedería con efecto suspensivo (Art. 333.6 COGEP), dicha norma se refiere a los casos donde las resoluciones tiene efecto no suspensivo, entre ellos no está la materia laboral, en cambio el último inciso del art. 195.2 del CT dice “Contra la sentencia que admita la ineficacia será admisible el recurso de apelación con efecto devolutivo”. El art. 76.3 de la CE establece que “Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con la observancia del trámite propio de cada procedimiento”, si el despido ineficaz en el CT tiene un trámite propio, ese es el que debe seguirse y no otro.

Por último, si analizamos el procedimiento monitorio en cuanto al reclamo de remuneraciones adicionales no pagadas oportunamente (Art. 356.5 COGEP), podremos observar que la naturaleza de la acción por despido ineficaz se asemeja más al monitorio que al sumario, tomando en cuenta que en el monitorio no cabe reconvencción (Art. 359 inc. segundo COGEP), ni cabe casación, y se privilegia la celeridad de la respuesta del órgano jurisdiccional (tutela judicial efectiva).

Lo nombrado es en cuanto a la mujer trabajadora en dependencia, pero la CE también se refiere a la protección de la mujer trabajadora no remunerada en el hogar, estableciendo temas como la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares, sin embargo de que tal situación responde más a un tema cultural que a una cuestión normativa; la afiliación al seguro social, aun limitada, si podría considerarse un avance.

Estos principios constitucionales son la base o por lo menos deberían ser la base en que se sustentan las diferentes leyes, códigos, decretos, acuerdos, que son expedidos en materia laboral.

3. Los principios procesales específicos en materia laboral

De hecho en el CT, recogidas algunas de ellas en el COGEP, existen disposiciones que materializan los principios de favorabilidad al trabajador, por citar algunos ejemplos:

- Resulta de trascendental importancia en materia laboral la inversión de la carga de la prueba. Probada que ha sido la relación laboral que le corresponde al trabajador, es el empleador el que está obligado a demostrar que ha cumplido con las obligaciones laborales que se reclaman, excepto el despido intempestivo, que debe ser probado por el actor, salvo que el demandado haya alegado abandono de trabajo caso en que se invierte la carga de la prueba, así lo ha aceptado la doctrina y la jurisprudencia.²³

La inversión de la carga de la prueba tiene su fundamento legal en el Art. 42 del CT, que establece las obligaciones del empleador, que están presentes en todo momento, tanto en los procesos administrativos y judiciales en que se vea involucrado;

²³ Sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral y Social, de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el RO No. 13, del jueves 27 de agosto del 2009, dentro del Juicio No. 409-05, Alay Cepeda Holanda Candelaria vs Distribuidora Salvatierra; sentencia publicada en el ROS No. 410, del 13 de marzo del 2013, en el Juicio No. 675-2010, María Alexandra Córdova Valarezo (Dr. Leonidas Efraín Plaza Verduga – Procurador judicial) vs Luis Medardo Garcés Mendoza y otros; así como en la sentencia dictada por la Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio No. 327-2011, seguido por Galo Florentino Jiménez Espinoza contra Ing. Luis Chonillo, por sus propios y personales derechos y por los derechos que representa de la empresa POLIGRÁFICA C.A.

de ahí que podemos observar que ante una demanda del trabajador en las Inspectorías del Trabajo por supuestos incumplimientos de su empleador, la autoridad administrativa exija al empleador su comparecencia y la presentación de justificativos del pago de remuneraciones mensuales, décimo tercera, décimo cuarta remuneraciones, utilidades, horas suplementarias, extraordinarias, goce de vacaciones, afiliación al IESS y demás documentos que acrediten el cabal cumplimiento de pago de obligaciones laborales; lo mismo sucede en los juicios de trabajo.

A manera de ejemplos, y sobre la base de lo que disponen los numerales 1 y 7 del Art. 42 CT, podemos concluir que es obligación del empleador tener los roles de pago de las remuneraciones mensuales y adicionales que debe pagar a sus trabajadores; igual, tomando en cuenta el numeral 29 del Art. 42 CT, es obligación del empleador tener los documentos que justifiquen la entrega de la ropa de trabajo, cada año, a sus trabajadores.

Sin embargo de que la regla es que está obligado a probar quien afirma algún hecho, salvo los que no lo requieran (Art. 162 inc. primero del COGEP), la inversión de la carga de la prueba en materia laboral se justifica en el hecho de que el poder probatorio se encuentra fundamentalmente en manos del empleador (Art. 42.7 CT), como ya lo hemos analizado.

Por mi experiencia como juez laboral, debo manifestar que antes de la vigencia del COGEP -sin el efecto que tiene ahora la no presencia del actor en la audiencia única, esto es el abandono (Art. 87.1)-, ante la ausencia de la parte actora a la audiencia preliminar y la comparecencia de la parte demandada, la audiencia si se practicaba, en este escenario sucedía muchas veces que el demandado al momento de contestar la demanda aceptaba la existencia de la relación laboral, lo cual implicaba, por la inversión de la carga de la prueba, que el demandado tenga que probar que ha cumplido con todas las pretensiones del actor constantes en su demanda, excepto el despido intempestivo. Muchos de estos casos, donde el actor no practicaba prueba, terminaban en sentencia favorable al actor en relación a las pretensiones que el demandado no pudo justificar su cumplimiento, por este principio de inversión de la carga de la prueba.²⁴

²⁴ Causa No. 05371-2016-00023, planteado por el señor Byron Fabián Quinga Chicaiza en contra del señor Juan Abel Minta Sangucho en su calidad de propietario de la Hacienda “La Rinconada”.

Actualmente, conforme a lo establecido en el artículo 87 numeral 1 del COGEP, la situación relatada anteriormente no podría darse, toda vez que el efecto de la falta de comparecencia del actor a la audiencia es el abandono, aunque comparezca la parte demandada, lo que producirá los efectos señalados en el artículo 249 del COGEP²⁵, situación que si bien fortalece la responsabilidad con que el actor debe actuar, deja sin posibilidad que el demandado acepte la relación laboral y se invierta la carga de la prueba, con las consecuencias manifestadas.

- La protección judicial y administrativa a la que están obligados los funcionarios judiciales y administrativos con respecto a los derechos de los trabajadores, establecida en el artículo 5 del CT.

- La supletoriedad de las normas civiles respecto a las laborales es de trascendental importancia, por cuanto es en el CT donde se ha centrado el carácter tuitivo del derecho laboral ya analizado²⁶.

Al respecto, el CT -en el artículo 6 reformado- deja claro que el Código Civil y el COGEP, son leyes supletorias de la ley laboral; sin embargo en la primera disposición final del COGEP se dice que las disposiciones del CT son supletorias del COGEP, contradicción que evidentemente complica la interpretación.

Una de las interpretaciones razonadas que cabe considerar es que no existe contradicción alguna, que el artículo 6 reformado del CT rige para lo sustantivo, en tanto que la disposición final del COGEP rige para lo adjetivo, porque no tendría sustento que el COGEP en lo procedimental pueda ser supletorio del CT; sin embargo, tal interpretación no soluciona temas tan puntuales como es el caso del procedimiento que debe darse al despido ineficaz, al cual ya me he referido en la cita número 17, y que el COGEP establece un procedimiento distinto al que establece el CT²⁷.

²⁵ Si se declara el abandono de la primera instancia, no podrá interponerse nueva demanda.

²⁶ Sentencia dictada el 6 de febrero del 2009, las 08h40, por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 0857-2007, seguido por José Alcívar Chica contra Petroindustrial y Procurador General del Estado.

²⁷ Tal contradicción debería ser superada tomando en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

Que las disposiciones reformativas y finales son normas jurídicas, lo dicho es una analogía que hago con el pronunciamiento que hizo la Corte Constitucional, con respecto a una acción de interpretación constitucional sobre la disposición transitoria primera de la actual C, mediante sentencia interpretativa

Ante tal escenario nos encontramos que existe una norma general (COGEP) que se encuentra en contraposición con una norma especial (CT), en cuyo caso nos remitimos a lo que dispone el artículo 12 del Código Civil, Título Preliminar, “Conflicto entre disposiciones generales y especiales.- Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales.”, en este caso la del CT.

Si nos remitimos a los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria que nos trae el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, encontramos que: “ [...] cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicarán la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.”; de dichos criterios las normas jurídicas en análisis únicamente se diferencian en cuanto a la especial o especialidad, que en este caso es la materia laboral.

El CT recoge sustantiva y en forma excepcional adjetivamente el carácter social de la materia laboral, de ahí que el Código Civil y el COGEP deben ser supletorios de la ley laboral para el caso del despido ineficaz.

- La figura del contrato tácito de trabajo, constante en el inciso segundo del art. 12 del CT, donde a pesar de no haber acuerdo de las partes existe relación de trabajo, por cumplirse los elementos de prestación de servicios lícitos y personales, remuneración y dependencia.

- La responsabilidad solidaria del representante legal con respecto a la persona jurídica obligada, la de los condueños socios o copartícipes interesados en la misma empresa.

Por la responsabilidad solidaria en materia laboral no sólo es responsable el obligado directo esto es quien celebró el contrato de trabajo sino aquel quien se beneficia de la prestación del servicio o la ejecución de la obra, el art. 35 numeral 11 de

No. 0001-09-SIC-CC, caso No. 0019-09-IC, del 25 de febrero del 2010, en donde a la referida disposición transitoria le dio la categoría de norma jurídica.

Que al ser las disposiciones reformativas y finales normas jurídicas, que se encuentran en un mismo cuerpo normativo legal y que se contradicen, estamos frente a un conflicto normativo llamado antinomia. Que la disposición reformativa es temporal en el sentido que se traslada al cuerpo normativo que reforma, en el caso en análisis la reformativa sexta numeral 1 al CT; en tanto que la disposición final sigue perteneciendo al mismo cuerpo normativo donde está, en este caso al COGEP.

la CE de 1998 decía “Art. 35.11. Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario.”. Los artículos 36 y 41 del CT vigente conservan la responsabilidad solidaria en protección de los derechos del trabajador.

- La necesidad por parte del empleador de contrato escrito cuando fuere alegar alguna circunstancia donde se requiera del mismo, por ejemplo jornada parcial, situación que no es necesaria en el caso del trabajador. En general, el motivo de nulidad que afecte a un contrato de trabajo sólo podrá ser alegado por el trabajador, como lo señala el artículo 40 del CT.

- La responsabilidad asumida por el nuevo empleador: Para el caso de cesión, enajenación o cualquier otra modalidad por la cual la responsabilidad patronal sea asumida por otro empleador, el nuevo empleador estará obligado a cumplir los contratos de trabajo del antecesor, lo cual se encuentra establecido en el artículo 171 del CT.

- La irrenunciabilidad del domicilio por parte del trabajador, al cual ya nos referimos anteriormente: El artículo 570 del CT decía: “Las demandas contra el trabajador sólo podrán proponerse ante el juez de su domicilio. Queda prohibida la renuncia de domicilio por parte del trabajador”; el artículo 11 numeral 1 del COGEP actualmente señala: “Únicamente serán competentes para conocer las siguientes acciones: 1. La o el juzgador del domicilio del trabajador en las demandas que se interpongan contra este. Queda prohibida la renuncia del domicilio por parte de la o del trabajador”, esto significa que cuando el trabajador va a ser demandado tiene que serlo ante el juez de su domicilio, sin que tenga valor alguno la renuncia a su domicilio, si lo hubiere.

La importancia de la irrenunciabilidad del domicilio radica en que el trabajador que ha sido demandado no tenga que asumir mayores costos en su defensa, pues ello implicaría el hecho de trasladarse de su domicilio al lugar donde él acepto se resuelva cualquier controversia que se origine por la celebración del contrato de trabajo; por

ejemplo si un trabajador tiene su domicilio en la ciudad de Latacunga y celebra un contrato de trabajo para laborar en la ciudad de Guayaquil, acordando en una de las cláusulas que: “Las partes contratantes renuncian fuero y domicilio, y convienen que cualquier controversia que se origine por la celebración del presente contrato de trabajo, sea sometida a las autoridades administrativas y judiciales de la ciudad de Guayaquil”, en ese caso, si no existiere esta prohibición de renuncia de domicilio por parte del trabajador, al ser demandado, tendría que trasladarse a la competencia de las autoridades administrativas y judiciales a las que se sometió, lo cual implicaría costos para el trabajador que atenta con el considerar al trabajo como un derecho económico, que goza de la protección del Estado.

Lo manifestado es en cuanto al trabajador como demandado, pero ¿en cuánto sea el actor?. Podríamos señalar que el trabajador tiene varias posibilidades: 1) como regla, puede demandar ante el juez del domicilio del demandado (artículo 9, inciso primero del COGEP); 2) pero además el COGEP establece otros fueros que podrían ser aplicables: 2.1) tratándose de personas jurídicas, - situación muy común en materia laboral-, el actor puede optar por demandar ante el juez donde esa sociedad tenga su matriz, sucursales o simples oficinas, incluso sin que el actor haya laborado específicamente en ellas (artículo 9, último inciso del COGEP), lo cual significa más protección; y, 2.2) puede demandar ante el juez del lugar donde trabajó (artículo 10, numeral 1 del COGEP), porque el lugar donde se cumplió las labores es el lugar donde se cumplió la obligación.

- La incompetencia del juez únicamente cabe invocarla como excepción: El artículo 571 del CT dice: “En los juicios de trabajo, la incompetencia del juez podrá alegarse sólo como excepción previa.” lo cual es reiterado por el artículo 29 del COGEP. Se podría interpretar tal norma en el sentido que en materia laboral no cabe que el agraviado pueda comparecer ante el juez que él si considera competente, para que reclame la competencia de una causa que otro juez esté conociendo, es decir que la única opción que tendría en materia laboral es que, dentro del proceso, alegue la incompetencia como excepción.

Sin embargo si se la interpretase como un limitante del juez para de oficio declararse incompetente, no tendría sentido, incluso resultaría cuestionable porque la competencia al igual que la jurisdicción nacen únicamente de la Constitución y la ley

(Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ); sería nefasto pensar que el juez laboral podría adquirir competencia porque el demandado no alego su incompetencia.

Además, la competencia es una solemnidad sustancial que de no observarse produce nulidad (Art. 107 COGEP), de ahí que dentro de las facultades de juezas y jueces está inhibirse del conocimiento de una causa cuando adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o de los grados, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva. Claro que el art. 129.9 del COFJ advierte que “Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción”

El mencionado artículo ha generado que muchos jueces se inhiban indiscriminadamente, sin considerar que el art. 162 del COFJ prevé la posibilidad de prorrogar la competencia, específicamente en razón del territorio donde no cabe la inhibición de oficio.²⁸

El juez al momento de resolver siempre debe analizar si es o no competente, y no podría decir que lo es porque una de las partes no la planteó como excepción, ya que es un deber constitucional y legal del juez determinar si es o no competente.

- Existe resolución de triple reiteración que ha determinado con claridad y justicia que resulta irrazonado exigir que un trabajador conozca con plenitud y prolijidad jurídica quién es el representante legal de una empresa o institución; es basta que el trabajador justifique haber demandado a la persona de quien recibía órdenes y/o quien se beneficiaba de la prestación de sus servicios lícitos y personales, para que dicha acción prospere. En estos casos no cabe que el eventual desconocimiento del

²⁸ Resolución de la Corte Nacional de Justicia, consultas absueltas en materia de familia (marzo 2015), en [http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Consultas%20en%20familia%20\(mar-15\).pdf](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Consultas%20en%20familia%20(mar-15).pdf)

“verdadero” representante legal de una compañía, genere una falta de legítimo contradictor y la consecuente nulidad procesal.²⁹

Tal situación ha sido reconocida por el COGEP en el inciso segundo del artículo 33, cuando dice: “En el caso de las acciones laborales estas podrán dirigirse contra cualquier persona que a nombre de sus principales ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común.”.

- En materia laboral la reconvención conexas es la única que procede, entendida como la que se origina del mismo contrato de trabajo celebrado, por ejemplo el adelanto de remuneraciones. La posibilidad de la reconvención conexas lo establecían los artículos 578 y 592 del CT, el COGEP lo ha recogido para el procedimiento sumario en el artículo 333 numeral 2; en el caso del procedimiento monitorio no cabe la reconvención, así lo dice el último inciso del artículo 359 del COGEP; y, lo propio sucede en el caso del despido ineficaz, si aceptamos que su trámite debe ser el señalado en el CT.

- En materia laboral se reconoce al juramento deferido del trabajador como un medio probatorio, que permite acreditar por parte del trabajador el tiempo de servicios y la remuneración percibida, y opera de no existir en el proceso mejor prueba³⁰, así lo establecía el artículo 593 del CT; el COGEP lo recoge en el artículo 185 inciso tercero, pero añade que además probará “[...] En el caso de las o los adolescentes, además la existencia de la relación laboral”.

- El artículo 594 del CT, -que no fue reformado ni derogado por el COGEP-, dice: “Medidas precautelatorias.- La prohibición, el secuestro, la retención y el arraigo, podrán solicitarse con sentencia condenatoria, así no estuviere ejecutoriada”,

²⁹ Resolución de triple reiteración, recopilación 1996, de 1 de enero de 1996: Primera Sala de lo Laboral y Social, juicio propuesto por Nube Naula en contra del Banco Central del Ecuador, publicada en el ROS No. 58 del 31 de octubre de 1996; juicio propuesto por Wilson Saquinga en contra de Luz Arcos, publicada en el RO No. 87 del 12 de diciembre de 1996; y juicio propuesto por Manuel Lebro en contra del BEV sucursal Babahoyo, publicada en el ROS No. 59 del 1 de noviembre de 1996.

³⁰ Sentencia dictada el 12 de abril del 2016, por la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Latacunga, dentro del juicio No. 00005-2016, seguido por César Augusto Panchi Canchignia en contra de Walter Rodolfo Osorio Hinojosa.

vale decir que en materia laboral, al dictarse una sentencia favorable al trabajador caben medidas cautelares, a pesar de que la resolución haya sido apelada; esto, como forma de asegurar el cumplimiento de las indemnizaciones ordenadas.

- En materia laboral es muy común encontrarnos con casos en los que se despida en forma conjunta a varios trabajadores de una misma empresa. El artículo 150 inciso segundo del COGEP permite que varios trabajadores puedan demandar en una sola demanda a un mismo empleador, sin importar hoy por hoy la cuantía, limitante que antes existía en el derogado artículo 590 del CT, debiendo, eso sí, designar un procurador común que los represente, y la cuantía se fijará a base de la cuantía individual más alta.

- Cuando se pretenda recusar a un juez de trabajo, de conformidad al inciso segundo del artículo 27 del COGEP, no se tendrá que consignar la caución que se exige para otras materias.

El artículo 22 del COGEP señala las causas de excusa o recusación de la o del juzgador, que tiene como base constitucional el artículo 76.7.k), esto es la imparcialidad que debe tener la persona que va a resolver el conflicto.

De no existir la excusa respectiva, y tenga que el trabajador -que en la mayoría de casos es el actor en juicios laborales- demandar la recusación del juez, esto es su separación del conocimiento del proceso, no puede darse que tenga que caucionar es decir ofrecer garantía -de uno a tres salarios básicos unificados del trabajador en general-, porque es al actor que le interesa que la causa se tramite sin dilaciones, con la celeridad que deben tener los procesos laborales, porque reclama indemnizaciones.

Materias sociales como niñez y adolescencia y laboral, no pueden estar sometidas a obstáculos injustificables de acceso a la justicia.

- En materia laboral se pueden reclamar indemnizaciones correspondientes a varios conceptos (art. 150 inciso primero del COGEP), es decir que se pueden demandar varios rubros en un mismo libelo (despido intempestivo, desahucio, diferencias salariales, remuneraciones adicionales, horas suplementarias y extraordinarias, fondos de reserva, en fin), pero lo manifestado cabe dentro del procedimiento sumario; no podría interpretarse la norma como facultad para que, por

ejemplo, una trabajadora embarazada pueda demandar en una misma demanda los conceptos manifestados así como la declaración del despido ineficaz, considero que en ese caso existiría una indebida acumulación de pretensiones, lo cual, de conformidad al artículo 147.2 del COGEP, haría que el juez inadmita la demanda.³¹

Todos los principios tuitivos del trabajador analizados, no pueden ser entendidos en forma absoluta y aislada, sino en forma integral, pero no únicamente me refiero entre ellos, sino además con las garantías del debido proceso, entendido como ese conjunto de condiciones mínimas que deben ser observadas dentro de una causa, pero también definido como: “un derecho constitucional, por lo tanto, es de rango superior e impregna a todo el sistema jurídico de un país: nadie puede ignorarlo. Todos los actos y procedimientos de los funcionarios y de los órganos del poder público deben ceñirse a él, de lo contrario, atentarían contra el Estado de Derecho y carecerían de validez jurídica. Es el límite entre el derecho y el abuso del derecho. Es la antítesis entre derecho y arbitrariedad”³²

Es necesario para fines del presente trabajo, además de lo manifestado, precisar que le corresponde al Legislador, hoy Asambleísta, el tema de legislar a favor de la parte más débil, no al juez; al respecto Diana Acosta de Loor sostiene que “Si bien es cierto que el juez no puede perder de vista que los sujetos que se enfrentan en juicio no son iguales y que por lo mismo no los pueden tratar como si lo fueran, ello no significa que deba o pueda convertirse en tutor del trabajador, ya que no es él a quien le corresponde tutelar sino al legislador”³³

³¹ En materia laboral existe un procedimiento sumario “especial”, que es aplicable a controversias derivadas de despido intempestivo a mujeres embarazadas o asociado a su condición de gestación o maternidad, y a dirigentes sindicales -Art. 332.8 del COGEP-, con el fin de la declaratoria de ineficacia de dicho despido; en dicho procedimiento los términos se reducen ostensiblemente cotejado con el procedimiento sumario “general” -Art. 575 del Código del Trabajo reformado-, en consecuencia no cabe discutir en el procedimiento sumario “especial” sino aquello para lo cual ha sido establecido, esto es el despido ineficaz y las consecuencias que de ello se deriven, pues para cualquier otro rubro que surja de la relación laboral existe la vía sumaria “general”, donde los términos son más amplios. Lo manifestado tiene base en la garantía del debido proceso constante en el Art. 76.3 de la CE “Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

³² Luis Cueva Carrión, *El debido proceso* (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2014), 79 y 82.

³³ Diana Acosta, “Principios y Peculiaridades Fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo”, Op. Cit., en *El procedimiento oral en los juicios de trabajo*, de Andrés Páez Benalcázar (Quito: CEP, 2010), 38.

Podríamos concluir entonces que los principios revisados son importantes porque reconocen y protegen a la parte más débil de la relación que regula, lo cual considero que es adecuado y necesario, siempre teniendo en cuenta las finalidades ya analizadas, pero que, tergiversados por el juez, pueden ocasionar muchas distorsiones, lo cual se analizará más adelante.

4. El principio de congruencia en el nuevo paradigma constitucional

Lorena Cueva Espinosa, conceptúa al principio de congruencia como “el principio por el cual los jueces encuentran un límite en su actuación, se ven obligados a resolver todo lo controvertido y solamente eso”.³⁴

El principio de congruencia delimita el contenido de la sentencia, en cuanto debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente deducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto.³⁵

El inciso primero del artículo 19 y el inciso segundo del artículo 140 del COFJ, establecen los límites de actuación del juez, cuando señalan que resolverá de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso, que no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

³⁴ Lorena Cueva, *El principio de congruencia en el proceso civil*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 8.

³⁵ Sentencia de 17 de enero del 2011, de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, juicio verbal sumario por indemnización de daños ambientales, planteado por Domingo Cadena Alcívar, Red Amazónica por la Vida en contra de Compañía Oleoducto de Crudos Pesados, OCP Ecuador Sociedad Anónima.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la resolución No. 0278-2013, dentro del juicio No. 0566-2011, se refiere al principio de congruencia en los siguientes términos: “Debe existir conformidad entre la sentencia y lo pedido por las partes, en cuanto a personas, objeto y causa. El juez no puede apartarse de los términos en que quedó planteada la Litis en la relación procesal, además, se debe tener en cuenta que, con la contestación a la demanda se integra la relación procesal, lo que conlleva a que queden fijados los sujetos de la relación y las cuestiones sometidas al pronunciamiento del juez.”, constante en Corte Nacional de Justicia, *cuadernos de jurisprudencia civil y mercantil* (Quito: C.N.J., 2014), 170 y 171. Inclusive en materias sociales donde se estima que la flexibilización del principio de congruencia debe darse, la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado: “En la sentencia o auto el juzgador debe resolver exclusivamente lo que ha sido objeto del litigio, no lo que no fuera materia del litigio.”, constante en Corte Nacional de Justicia, *cuadernos de jurisprudencia laboral* (Quito: C.N.J., 2014), 201 a 205.

En el mismo sentido lo establecía el artículo 273 del CPC. A su vez los artículos 91 y 92 del COGEP recogen lo manifestado en el sentido que el juez 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. Que las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Que resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes.

En definitiva, los jueces no pueden alterar, modificar ni sustituir las pretensiones y las excepciones que fueron sometidas al debate jurídico.³⁶

Si el juez se aleja de lo que las partes hayan introducido al proceso, en cuanto a sus pretensiones y excepciones, comete incongruencia, defecto procesal que puede producirse cuando el juez otorga más de lo pedido (lo que se conoce como *ultra petita*), cuando por ejemplo en un juicio laboral no se pretende ropa de trabajo y sin embargo al momento de resolver se lo concede; también se comete incongruencia cuando se otorga algo distinto a lo pedido (vicio llamado *extra petita*), como por ejemplo en un juicio de trabajo se pretende las aportaciones al I.E.S.S. y el juez en cambio, concede fondos de reserva; y por último existe vicio de congruencia cuando se deja de resolver sobre algo pedido (conocido como *citra petita*), situación que sucedería si, por ejemplo, en la sentencia no existe pronunciamiento sobre la pretensión del pago de diferencias salariales en un juicio laboral.

Actualmente existen posicionamientos con respecto al rol que debe tener el juez frente al proceso, debate que la doctrina define entre dos posiciones denominadas *activismo judicial* y *garantismo procesal*, en el primero se defiende que debe existir una mayor intervención del juzgador en procura de la justicia, en tanto que en el *garantismo procesal* se dice que el juez está únicamente para juzgar lo que las partes digan y prueben.

En nuestro país, sobre la base del artículo 1 de la CE que señala que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, estableciendo la preeminencia de la CE, los derechos ciudadanos como eje central de la CE, y la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares.³⁷, podríamos decir *prima*

³⁶ Véase, en tal sentido, a Lorena Cueva, *El principio de congruencia en el proceso civil*, 25.

³⁷ Véase, en tal sentido, a Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, del Ministerio de Justicia y Derechos

facie que el rol del juez ya no puede ser únicamente el de un mero espectador, de ahí que la norma constitucional ha establecido el paradigma mediante el cual se deben observar y aplicar varias instituciones jurídicas, entre ellas la congruencia.

El artículo 169 de la CE establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia; dicho principio que contiene un valor que persigue el proceso establecido en la ley suprema, determina a la normativa infra constitucional que se la aplique en procura del fin señalado.

Diego Eduardo López Medina al respecto dice:

Aunque la constitución no tiene jerarquías formales, a su interior si existen jerarquías interpretativas. De esta manera el fin o valor más abstracto y moral o políticamente más poderoso actúa como telón de fondo presente en la interpretación o aplicación de cualquier otra norma menos abstracta o políticamente menos poderosa, incluso si se trata de norma de rango también constitucional³⁸

Por tanto, al proceso no se lo puede concebir como un fin en sí mismo, tan sólo es un medio para alcanzar el fin primordial que es la justicia, por ello es que el art. 1 de la CE establece que el Ecuador es un estado constitucional de justicia.

El inciso segundo del artículo 19 del COFJ señala: “Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.”.

El artículo 140 del cuerpo legal citado, después de conceptualizar al principio de congruencia, en el inciso tercero dice: “Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.”.

Humanos del Ecuador, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría editor (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008), 19 a 38.

³⁸ Diego Eduardo López Medina, “*Interpretación constitucional*”, en *Escuela Judicial*, de Rodrigo Lara Bonilla, segunda edición, 2006, disponible en www.ramajudicial.gov.co, 50.

Entonces tenemos a la congruencia que impone límites al juez al momento de resolver, que implica el respeto al principio dispositivo esto es los hechos y las pruebas que traen las partes, que pretende garantizar la imparcialidad del juez (Art. 76.7.k) de la CE), frente a esta conceptualización “novedosa” según el COFJ.

Parecería por tanto que la congruencia podría ceder cuando se traten de derechos constitucionales, de derechos humanos; sin embargo y hasta en estos casos existe el cuestionamiento por la garantía constitucional del derecho a la defensa.

Vanesa Aguirre, al hacer un comentario sobre lo dispuesto en el artículo 140 inciso tercero del COFJ, señala:

No pasa por alto la novedad –por utilizar un término neutro- de esta opción, particularidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano; pero sin duda, esta posición pro-defensa de un derecho que no ha sido invocado por las partes, podría ocasionar una importante distorsión de *activismo* hasta convertirlo en *autoritarismo*, y se socavarían los derechos de defensa y de contradicción al mutar el objeto del controvertido.³⁹

En un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro, considero que, en el caso de los derechos constitucionales y de los derechos humanos constantes en los instrumentos internacionales, resulta razonable lo señalado en el COFJ, porque el eje central del Estado son los derechos constitucionales, porque no es interés únicamente de las partes el respetar y hacer respetar los derechos de la Constitución sino del propio Estado en su conjunto (Art. 11.9 de la CE), porque si bien puede tratarse de un derecho no invocado por la parte accionante, sustancialmente lo fáctico no cambiaría. Aclarando que cuando nos referimos a derechos constitucionales, no únicamente nos referimos a los derechos de las y los ciudadanos, sino a todos los que son sujetos de derechos, como la naturaleza por ejemplo.

Cristian Masapanta defiende la posición garantista que debe existir actualmente bajo el nuevo paradigma constitucional ecuatoriano, en los siguientes términos:

³⁹ Vanesa Aguirre, “*Activismo en la decisión judicial*”, en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2013/04/03/activismo-en-la-decision-judicial> (3 de abril de 2013).

Con el advenimiento del constitucionalismo la soberanía de la ley y su productor el legislador son reemplazados por la supremacía de la constitución, quien impone límites a la denominada soberanía parlamentaria expresada en la ley, aquí el juzgador deberá remitirse no solo al texto de la ley sino también a otras condiciones como la realidad jurídica del momento y sobre todo los derechos fundamentales de las personas, mismos que forman un núcleo duro que en la mayoría de naciones se halla protegido por el texto constitucional⁴⁰

El mayor problema en cuanto a la flexibilización del principio de congruencia se presentaría entonces cuando se trata de derechos que no tengan categoría constitucional o que no estén basados en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Vale decir que es en cuanto a derechos que se encuentran a nivel de la ley que existen complicaciones con la interpretación del principio de congruencia dentro del nuevo paradigma constitucional aquí analizado; parecería, por lo dicho, que inclusive en estos casos existe un alcance y que no debería entenderse al principio de congruencia en los términos que ha sido descrito en las primeras líneas del punto 3.

Ya en determinadas áreas del derecho el principio de congruencia si se ve atenuado. En efecto, “Solo en ciertas áreas se va más adelante, permitiendo al juez intervenir en la fijación del *tema decidendum*, en la iniciación del proceso, y en el dictado de sentencias que vayan más allá (*ultra petita*) o fallen sobre un diferente objeto (*extra petita*).”⁴¹.

La Corte Suprema de Justicia del Perú se ha pronunciado con respecto a que en determinadas áreas del derecho el principio de congruencia si se ve atenuado:

“1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de

⁴⁰ Christian Masapanta, “El juez garantista, un nuevo rol de los actores judiciales en el constitucionalismo ecuatoriano”, en *Debate Constitucional*, de Luis Fernando Torres editor (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2010), 98.

⁴¹ Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso* (Bogotá: TEMIS, 2006), 188.

conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la formula política del Estado Democrático y Social de Derecho. [...]”⁴²

En tanto que en Colombia, la Corte Suprema de Justicia de ese país, hace una diferenciación sobre la aplicación del principio de congruencia en materia civil en relación con las materias llamadas “sociales” como la laboral, pero sobre la base de la existencia de normativa que le ampare al juez para ello, porque como regla deja establecido que el juez, inclusive el laboral, debe pronunciarse únicamente sobre lo que ha sido materia del debate; al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, parafraseándola, sostiene que los jueces laborales, al igual que todos los jueces de las diferentes materias, deben dictar sentencias congruentes, salvo que en el caso en concreto se pueda aplicar la norma expresa existente –artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia- que trata sobre las facultades extra y ultra petita que tiene el juez laboral, y que debe observar al momento de resolver, de ahí que su actuación devenga en una condición objetiva, en este caso la ley.

La congruencia por tanto, es una regla general que orienta la decisión que debe adoptar el juez, en la medida que impone la obligación de estructurar su sentencia dentro del marco que conformen las partes con los planteamientos que hagan en sus escritos de demanda y contestación, y por consiguiente para que la sentencia sea consonante, el fallador judicial debe ajustarse a los postulados que los mismos contendientes le fijan al litigio.

En la legislación colombiana, la <congruencia> está establecida y desarrollada en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos del trabajo, por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Dicho principio señala que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que

⁴² Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, dentro del caso No. 4664-2010-Puno, *Tercer pleno casatorio civil* (Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2011), 29 y 30.

establezcan las normas de procedimiento, así como con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

Lo que significa, que el juez de trabajo tiene la obligación de decidir la controversia sobre la base de los hechos formulados y las súplicas incoadas en la demanda introductoria, así como con lo argumentado en la respuesta al libelo demandatorio y las excepciones; y la circunstancia de que la ley procedimental laboral faculte al sentenciador de única o primera instancia para proferir un fallo extra o ultra petita, no quiere decir que dicho juzgador pueda salirse de los hechos básicos que hayan sido materia del debate, a los cuales debe estar sometido.⁴³

Dentro de las áreas en que se atenúa el principio de congruencia, son las que confluyen en el llamado Derecho Social, entre ellas las reguladas por el CT., “[...] entonces es indudable que si bien el derecho procesal general tiene su naturaleza jurídica propia; el procedimiento laboral tiene ciertas particularidades que claramente lo individualizan”.⁴⁴

En materia laboral, una de esas particularidades a que se refiere Andrés Páez es el principio de congruencia, que se ve atenuado, aquí existen disposiciones legales que contienen beneficios para el trabajador que deben ser concedidos, sin embargo de no haber constado en la demanda como pretensiones del actor.

A continuación se analizarán las disposiciones legales constantes en el CT que atenúan al principio de congruencia.

5. El principio de congruencia en el Código del Trabajo

Debido a la naturaleza de la materia laboral ya analizada, el principio de congruencia “cambia” para proteger a la parte más débil de la relación, esto es el trabajador, así:

5.1 El artículo 94 del CT dice: “El empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones que correspondan al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción

⁴³ Radicación No. 38700, Acta No. 23, Bogotá D. C., siete de julio del año dos mil diez.

⁴⁴ Andrés Páez Benalcázar, *El procedimiento oral en los juicios de trabajo*, 15.

judicial pertinente será, además, condenado al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador.”

Parecería entonces que al estar al frente de una demanda donde se solicita el pago de remuneraciones impagas atrasadas que correspondan al último trimestre, se debe mandar a pagar el triple, a pesar de que el actor no lo haya pedido, pues se trata de un imperativo legal enmarcado dentro del derecho social, por el cual a pesar de que la parte actora no pidió el triple de recargo se lo debe otorgar.

La Corte Nacional de Justicia, en la Resolución No. 14, de 11 de noviembre del 2015⁴⁵, se ha pronunciado en el sentido que se analiza:

“**Art. 1.-** En los juicios laborales, cuando se reclame el pago de remuneraciones atrasadas, generadas durante la relación laboral, que no hubieren sido cubiertas por el empleador, demostrada en el juicio de trabajo esta pretensión, las juezas, jueces y tribunales de lo laboral, dispondrán en sentencia además el pago del triple del equivalente al monto total de los sueldos o salarios no pagados del último trimestre adeudado, en beneficio de la persona trabajadora, previsto en el artículo 94 del Código de Trabajo, aunque no hubiere sido expresamente reclamado en la demanda.”.

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en la resolución No. 0048-2012, dictada el 20 de marzo del 2012, dentro del juicio número 633-2007, al respecto dice:

“El Art. 94 del Código del Trabajo dispone [“...”]. De la norma legal citada se establece con claridad que cuando el trabajador hubiere iniciado un juicio para reclamar sus haberes, entre ellos remuneraciones impagas del último trimestre de la relación laboral, deberá ordenarse su pago con más el triple de recargo. En el caso sub judice como ya se observó la diferencia de la remuneración del mes de mayo y 6 días de junio de 2006, no había sido cancelada al trabajador; por ello ha recurrido a la acción judicial y al reconocer este derecho en la sentencia impugnada, se ha ordenado el pago con el recargo establecido en el citado Art. 94 del Código del Trabajo, observando una correcta aplicación tanto de la norma como del Art. 18 numeral 1 del Código Civil.”.

⁴⁵ Publicada en el RO No. 651, del 17 de diciembre del 2015.

El artículo 94 del CT “castiga” al empleador por la morosidad del pago de remuneraciones, que se produce, de conformidad al art. 83 del CT, cuando el salario no se paga dentro de una semana posterior a los servicios, y en el caso de los sueldos cuando no se lo cancela dentro del mes posterior al trabajo.

Para evitar esta “sanción” de pagar el triple de recargo, el obligado debe consignar las remuneraciones impagas, pudiendo hacerlo en la Inspectoría de Trabajo, haciéndole conocer a la autoridad la dirección en que puede notificarse al trabajador para que se acerque a retirar las remuneraciones impagas consignadas.

El art. 356 del COGEP establece los casos que deberán seguir el procedimiento monitorio, en el numeral 5 dice: “La o el trabajador cuyas remuneraciones mensuales o adicionales no hayan sido pagadas oportunamente, acompañará a su petición el detalle de las remuneraciones materia de la reclamación y la prueba de la relación laboral”. Con respecto a la competencia, existen criterios que indican que es el juez civil el competente porque lo que se reclama son obligaciones no satisfechas, es decir cuestiones patrimoniales, pero también se estima que es el juez de trabajo, tomando en cuenta que el origen de lo que se reclama es una relación laboral, pero además hay que considerar el tema de la especialidad que garantiza un tratamiento adecuado de la controversia.

Nos inclinamos porque el competente es el juez de trabajo⁴⁶, en cuyo caso también cabe mandar a pagar el triple de recargo al que se refiere el art. 94 del CT,

⁴⁶ A la competencia de los jueces civiles, aspecto sustancial con categoría constitucional inherente al debido proceso (Art. 76.7.k), no les corresponde la materia laboral. El Art. 356.5 del COGEP se refiere a remuneraciones mensuales y adicionales no pagadas, lo cual nace de una relación laboral, es decir que el origen de las pretensiones es una relación de dependencia sujeta al CT, donde el competente es el juez de la materia que, conforme el artículo 238 del COFJ que dice: “Corresponde a las juezas y los jueces del trabajo conocer y resolver, en primera instancia, los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad.”, es el juez de trabajo. Hay que considerar también, que la tutela judicial efectiva (Art. 75 de la CE), pilar del Estado constitucional de derechos y justicia, se efectiviza de manera plena con que los jueces que conozcan los temas sean los que de mejor manera puedan dar respuestas a las y los usuarios de la administración de justicia, siendo uno de los parámetros a considerar en lo manifestado la especialidad. No estaría bien, además, retroceder en el tiempo, me refiero a que sin considerar lo manifestado y únicamente tomando en cuenta que las remuneraciones impagas nacidas de una relación laboral son un tema patrimonial, terminar diciendo que el competente es el juez de lo civil, eso significaría volver hasta antes de 1919, donde el trabajo era considerado como una mercancía -“En el Tratado de Versalles que pone fin transitorio a la Primera Guerra Mundial (1919), la Declaración de Derechos Sociales afirma que: “El principio rector del derecho

siempre y cuando la deuda sea de una relación laboral, corresponda al último trimestre de labores, y que no haya sido consignada oportunamente, y deberá mandarse a pagar incluso sin petición expresa, según la Resolución 14-2015 ya señalada.

Con relación a la aplicación del Art. 94 del CT, hay que tomar en cuenta que el COGEP trae cambios en lo adjetivo, mas no en lo sustantivo.

5.2 Otra disposición del CT que atenúa el principio de congruencia, está en el inciso quinto del artículo 188 del CT, que trata sobre la indemnización por despido intempestivo, donde se dice: “El cálculo de estas indemnizaciones se hará [...], sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código.”, es decir que si se acepta el despido intempestivo, que la parte actora si solicitó en su demanda, se debe mandar a pagar el desahucio en los términos del artículo 185 del CT, a pesar de que dentro de las pretensiones no esté la indemnización por desahucio.

La causa de la indemnización por desahucio está en el reconocimiento al trabajador por los años laborados, lo cual se lo hace a la terminación de la relación laboral, en un 25% de la última remuneración por los años de servicio prestado a la misma empresa o empleador (Art. 185 CT), de ahí que al ser el despido intempestivo una forma de finalización de la relación laboral, tenga que pagarse además la indemnización por desahucio, incluso sin haberlo solicitado⁴⁷

internacional del trabajo consiste en que el trabajo no debe ser considerado como mercancía o artículo de comercio”- (Néstor de Buen Derecho del Trabajo, pág. 5); por último se debe tomar en cuenta también que en la Ley de la Jurisdicción Social de España existe el procedimiento monitorio propio en materia laboral, que es de competencia de la jurisdicción social y no de la civil, lo cual abona en que lo que debe guiar en cuanto a la competencia es el origen de la deuda, o sea la materia, más no la pretensión como una cuestión patrimonial.

⁴⁷ El desahucio entendido como el aviso que da el empleador al trabajador o viceversa, que es su voluntad de dar por terminada la relación laboral; en el caso de un contrato de trabajo con plazo indefinido, el desahucio únicamente puede plantearse por parte del trabajador, y actualmente ya no es necesario hacerlo con la intervención del Inspector del Trabajo. Ver el acuerdo ministerial No. MDT-2015-0088, dictado el 23 de abril del 2015, publicado en el ROS No. 494 del 6 de mayo del 2015.

5.3 Otro caso donde se atenúa el principio de congruencia, nos trae el inciso tercero del artículo 202 del CT que dice: “Si para recaudar los fondos de reserva el trabajador tuviese que proponer acción judicial y la sentencia la aceptare en todo o en parte, el empleador pagará el monto correspondiente, más el cincuenta por ciento de recargo en beneficio del trabajador”.

Entonces, si en una demanda laboral consta únicamente como pretensión el pago de los fondos de reserva, y al momento de dictar sentencia se acepta tal pedido, se debe condenar al demandado al pago de tal concepto más el cincuenta por ciento de recargo, aún si no se ha solicitado.

Hasta el 31 de julio del 2009, el empleador tenía la obligación de, a partir del segundo año, depositar en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, una remuneración mensual a favor del trabajador (Art. 196 y siguientes del CT), a manera de un fondo en caso de desempleo.

Desde el 1 de agosto del 2009, el empleador está obligado a cancelar cada mes, a partir del segundo año, el 8.33% de la remuneración mensual al trabajador por concepto de fondos de reserva, salvo que el afiliado solicite por escrito que dicho pago no se realice cada mes sino que dichos valores se los deposite en su fondo individual de reserva en el IESS, pero dicho pago también será cada mes.⁴⁸

En consecuencia, el inciso tercero del art. 202 del CT condena la morosidad en la obligatoriedad del pago de los fondos de reserva, con el 50% de recargo, aunque no se lo hubiere pedido.

5.4 Otro concepto donde se puede apreciar la flexibilización en materia laboral es en el rubro correspondiente a vacaciones. El art. 69 del CT establece que todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, pero a partir del sexto año de trabajo para el mismo empleador, el trabajador tendrá un día adicional por cada uno de los años excedentes, con un tope de quince, salvo acuerdo en contrario.

⁴⁸ Ley para el pago mensual del fondo de reserva y régimen solidario de cesantía expedida por la Asamblea Nacional, publicado en el ROS No. 644 del 29 de julio del 2009, y el Reglamento para el pago o devolución del fondo de reserva por parte del IESS, publicado en el RO No. 201 del 27 de mayo del 2010.

Por tanto, de reclamarse y probarse las vacaciones no gozadas de seis años en adelante, deberá disponerse el pago de las vacaciones tomando en cuenta el adicional desde el año 6, aunque no se hubiere reclamado expresamente.

5.5 La congruencia en materia laboral se flexibilizaba también en cuanto a los intereses que se debían mandar a pagar, de los rubros expresamente señalados en el artículo 614 del CT, aunque no hubieren sido reclamados expresamente en la demanda, conforme a la Resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia, el 29 de marzo de 1990.⁴⁹

Sin embargo, el COGEP derogó el artículo 614 del CT, situación que es regresiva con respecto a los derechos laborales, toda vez que el referido artículo ordenaba pagar intereses de los rubros mandados a pagar, desde la fecha que debieron cumplirse las obligaciones impagas hasta el momento en que en forma efectiva sean pagados; en tanto que, en el procedimiento monitorio, cuando se trate del reclamo de remuneraciones mensuales o adicionales que no hayan sido pagadas oportunamente, el art. 360 del COGEP dice que la deuda devengará el máximo interés convencional y de mora legalmente permitido, *desde que se cite el reclamo*; se entendería entonces que los intereses no podrían calcularse desde cuando efectivamente debían ser pagadas.

Anteriormente al momento de las liquidaciones, éstas se las practicaban tomando en cuenta cuando el concepto debía ser cancelado, por ejemplo la décima tercera remuneración del 2013, desde el 30 de noviembre del 2013, y de esa fecha hasta cuando se practicaba la liquidación, situación que, tal como está redactado el art. 360 del COGEP ya no podría darse.

Lo anotado en cuanto al procedimiento monitorio, pero con respecto al procedimiento sumario –que es la mayoría de casos en materia laboral- no existe norma expresa en el COGEP al respecto.⁵⁰

⁴⁹ Publicada en el RO No. 412 del 6 de abril de 1990.

⁵⁰ A base de los principios tuitivos que rigen al derecho del trabajo, así como por lo dispuesto en el Art. 6 del CT reformado que dice: “En todo lo que no estuviere expresamente previsto en este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil y del Código Orgánico General de Procesos”, debería considerarse, para el pago de los intereses en los procedimientos sumarios en materia laboral, lo que dispone el Art. 1567 numeral 1 del Código Civil “El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;”. Valores como la décima tercera remuneración (Art. 111 CT), décima

5.6 La congruencia en materia laboral se atenúa también con respecto a las costas judiciales y honorarios de la defensa del trabajador, que deberá mandarse a pagar al demandado, aunque el actor no lo hubiere solicitado en la demanda, siempre y cuando la sentencia favorezca total o parcialmente al trabajador (Art. 588 inciso segundo del CT).

5.7 Continuando con el tema de la flexibilización de la congruencia, se debe considerar que en materia laboral la cuantía fijada en la demanda no es un límite para el juez.

El 10 de noviembre de 1982, se reformó el art. 593 del CT, incorporando el inciso segundo que decía “En ningún caso podrá mandarse a pagar al reclamante una cantidad mayor a la fijada como cuantía del juicio”⁵¹; sin embargo, el Tribunal de Garantías Constitucionales, decidió suspender los efectos de la referida disposición, porque “implica un detrimento de los derechos del trabajador”⁵².

De ahí que en las causas laborales el juez de trabajo puede resolver que la parte demandada (empleador) pague a la parte actora (trabajador) por encima de la cuantía fijada en la demanda, sin que por ello se pueda decir que ha fallado ultra petita.⁵³

Que el juez pueda resolver mandando a pagar un valor por encima de la cuantía fijada en la demanda, se justifica por la naturaleza de la materia laboral a la que nos hemos referido.

Tanto en el procedimiento anterior (Art. 576 CT) como en el actual (Art. 233 del COGEP), la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio es permanente, para ello el punto de partida debería ser la cuantía fijada por la parte actora,

cuarta remuneración (Art. 113 CT), vacaciones (Art. 69 y siguientes CT), fondos de reserva (Art. 196 y siguientes del CT), entre otros, son obligaciones que tienen determinados tiempos en que deben ser canceladas, de no hacerlo en estos plazos se entendería que la obligación se vuelve exigible, y es desde esa fecha que debería mandarse a pagar los intereses legales respectivos, hasta cuando efectivamente se cumplan las obligaciones impagas. Lo manifestado se evidencia cuando la Corte Nacional de Justicia, mediante la Resolución No. 08-2016, dictada el 26 de octubre del 2016, publicada en el ROS No. 894, del 1 de diciembre de 2016, ha resuelto en tal sentido.

⁵¹ Registro Oficial No. 365, del miércoles 10 de noviembre de 1982.

⁵² Registro Oficial No. 663, del lunes 15 de abril de 1991.

⁵³ Sentencia dictada por la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, el 31 de mayo del 2013, dentro del juicio No. 0231-2009, seguido por James Smith Salcedo Iñiguez en contra de la compañía Minera del Austro S.A.

sin embargo, tal como lo hemos manifestado, el juez puede fallar por encima de lo fijado por el actor, lo que debe tomar en cuenta la parte demandada al momento de un arreglo.

Por lo dicho, resulta positivo que el art. 144.5 del COGEP, disponga que un requisito de la demanda laboral sea cuantificar cada una de las pretensiones de la o del actor para establecer la cuantía de la acción, conociendo así el demandado en forma precisa cuáles son las pretensiones del actor y sus valores.

Podría pensarse que el referido requisito que no constaba en el artículo 67 del CPC, afecta a la tutela judicial efectiva en cuanto a requerir algo adicional al trabajador(a) que acude al órgano judicial, sin embargo considero que no es así, la práctica común ha sido que la parte actora ponga en su demanda una cuantía arbitraria, sin ninguna lógica, sin ningún sustento, ni siquiera tomando en cuenta sus propias pretensiones.

El artículo 615 del CT establece que “No se admitirán a trámite las demandas cuya cuantía no estuviere determinada”, tal requisito en su gran mayoría se lo cumplía formalmente, es decir sin ninguna base real, que debería haber sido la sumatoria de la cuantificación de cada una de las pretensiones del actor(a).

Sobre la importancia de fijar en forma precisa la cuantía de una demanda, la Corte Suprema de Justicia ya señaló la importancia que tiene la fijación de la cuantía, fijar el quantum de la pretensión, es decir que se deje determinado en forma clara y precisa la pretensión que se exige.⁵⁴

En materia laboral fijar la cuantía de cada una de las pretensiones de la parte actora, redundaría en beneficio del derecho a la defensa y la igualdad de armas, tanto para la conciliación, la transacción, así como en el proceso en sí; de ahí que, de no cumplirse con tal requisito, se deberá mandar al actor a completar la demanda.

Además, la obligatoriedad de fijar la cuantía de cada pretensión, y la cuantía de la demanda como resultado de las anteriores, dará como resultado que los fallos por encima de la cuantía fijada en la demanda decrezcan.

⁵⁴ Resolución No. 210-2003, dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en el juicio ordinario No. 114-2003 (Recurso de casación), que por indemnización por daño moral, siguió el Dr. Galo Irigoyen del Pozo, Procurador Judicial de George Rodamis en contra de Giuseppe Torri Olivari; publicada en el RO No. 189, del 14 de octubre del 2003

Uno de los argumentos por los que se cuestiona la flexibilización del principio de congruencia en materia laboral, en los términos aquí analizados, es que la parte demandada no pueda ejercer su derecho a la defensa de algo que no fue pedido; sin embargo, en las normas revisadas parecería que no se afecta el derecho referido, porque las pretensiones de los conceptos principales, esto es despido intempestivo, remuneraciones impagas del último trimestre, vacaciones, fondos de reserva, la parte demandada si los conoce, por tanto si sabe de qué defenderse, a lo que tiene que contradecir.

Lo que hacen las normas jurídicas analizadas es otorgar un adicional a lo principal, es decir algo accesorio a lo principal.

Lo que se ha pretendido con el presente capítulo es establecer que la materia laboral posee características propias, que devienen del reconocimiento de la existencias de ramas del derecho que pretenden en lo jurídico ser tuitivas con el más débil, agrupadas en lo que se denomina derecho social.

De ahí que se justifique que principios como el de congruencia no sean aplicados de la misma manera en materia civil por ejemplo, que en materia laboral.

Sin embargo, no puede tampoco creerse que no existan límites frente a estos principios favorables, que los jueces laborales deban abandonar su imparcialidad en pro del actor, que es lo que principalmente se analizará en el siguiente capítulo.

Capítulo segundo

El rol del juez frente a las pretensiones del actor en los procesos laborales

1. El fin del proceso y la facultad oficiosa del juez laboral

El proceso judicial es el conjunto de actos dirigidos a la resolución de un conflicto. El Estado ha encontrado en el proceso el medio adecuado para resolver los conflictos.⁵⁵

Del tenor del artículo 169 de la CE, surge que el fin del proceso no es únicamente resolver conflictos, sino en forma justa, es decir que el fin último del proceso es alcanzar la justicia. El artículo 18 del COFJ reitera lo dicho, cuando señala que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. [...] No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

Pero previo a resolver en forma justa una controversia, es necesario que el juez haya encontrado, parafraseando a Devis Echandía, la *verdad verdadera*.

La manera como se administra justicia en nuestro país, hace que todavía nos remitamos a la verdad procesal entendida según Devis Echandía, como lo que surge del proceso, es decir la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Sin embargo ésta puede ser diferente de la verdad real. Esto significa que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, y que su decisión tendrá que ceñirse a ella para ser recta y legal, aunque en ocasiones la realidad pueda ser diferente.⁵⁶

Jorge Baquerizo Minuche, sobre la base del pensamiento del profesor Jordi Ferrer Beltrán, analiza si a través del proceso judicial se encuentra la verdad; dice que

El núcleo de la tesis de Ferrer es que la finalidad de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de las proposiciones fácticas del caso. Cuando los medios probatorios abonan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de la

⁵⁵ Véase, en tal sentido, a Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso*, 88 y 89.

⁵⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Universidad, 2004), 59.

proposición (lo que no necesariamente significa que la proposición sea verdadera), el juez debe insertarla en su argumentación y tenerla por verdadera.⁵⁷

El artículo 158 del COGEP dice: “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.”, es decir que lo que las partes deben propender es que los hechos y circunstancias que relatan en la demanda y contestación a la demanda tengan respaldo probatorio, que convengan al juez que lo dicho es la verdad.

En el marco constitucional, lo manifestado tiene otro matiz, debido a que han existido una serie de incorporaciones de instituciones a nuestra legislación, y facultades jurídicas para los jueces, en procura de alcanzar ya no de la verdad formal (la producida dentro de un proceso judicial) sino la verdad material (la existente en la realidad del mundo externo), comenzando por lo que dispone el artículo 169 de la CE que consagra un valor guía -“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.”-, y del cual se ha desprendido, entre otros, la no necesidad de prueba de los hechos públicos y notorios en la resolución judicial, a que se refiere el artículo 27 del COFJ; o la facultad de los jueces de ordenar prueba de oficio, establecida en el artículo 130 numeral 10 del COFJ, en procura precisamente de encontrar la verdad material y como consecuencia la justicia a la que se refiere la norma constitucional, claro que, dentro de los hechos traídos a colación por los sujetos procesales en los actos de postulación.

Ahora bien, respecto a la verdad material, sí resulta cuestionable que revisando lo dispuesto en el artículo 78 de la CE, parecería que ésta interesa “más” en el área penal que en otras.

En efecto, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado: “[...]. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.”⁵⁸

⁵⁷ Véase, en tal sentido, a Jorge Baquerizo Minuche, *La búsqueda de la verdad a través del proceso judicial ¿mito o posibilidad real?*, en *Novedades Jurídicas* No. 100 (octubre del 2014), Ediciones Legales, 7 a 13.

⁵⁸ Sentencia No. 001-13-SCN-CC, dictada el 6 de febrero del 2013, dentro del caso No. 0535-12-CN, publicada en el ROS No. 890 del 13 de febrero del 2013.

También hay que considerar que actualmente las partes ya no son las únicas interesadas en resolver el conflicto y si acaso encontrar la verdad, parecería que bajo el nuevo paradigma constitucional, el proceso también le interesa al juez, quien finalmente es quien va a resolver el conflicto planteado e impartir justicia, por ello es que ya no puede ser un convidado de piedra que simplemente observa el actuar de las partes; ahora él direcciona el debate, propone acuerdos en una fase preliminar, resuelve motivadamente el conflicto, pero sobre todo imparte justicia.

Existe entonces una especie de confrontación entre la concepción tradicional del principio dispositivo, en que el juez únicamente debe dedicarse a resolver, como tercero imparcial, un conflicto planteado por los particulares, sin que pueda intervenir en el debate, y la nueva concepción que propugna que el juez debe tener una participación activa en el proceso, y así utilizar todas las herramientas que le brinda la Constitución y las leyes para dar una respuesta que se acerque a la justicia.⁵⁹

Por tanto, la justicia, fin primordial del proceso, ya no es una aspiración que interesa alcanzar únicamente a las partes -cuando no es objetivo de una o ninguna de ellas-; ese valor interesa al juez como representante de la sociedad, y para ello el juez procura encontrar la verdad y obtener justicia.

Sin embargo nos encontramos que, con respecto a las nuevas instituciones, por ejemplo la no necesidad de prueba de los hechos públicos y notorios, la norma del COFJ –Art. 130.10- no ha desarrollado los presupuestos que se deben cumplir para aplicarla; así, no indica cuáles son sus limitantes, en qué casos deben aplicarse, entre otros aspectos importantes, dejando abierta tal facultad que bien pudiera mal interpretarse, y que va a tratarse más adelante. Igual cosa sucede con el artículo 163.3 del COGEP que señala cuáles son los hechos que no requieren ser probados, entre ellos, dice los hechos notorios o públicamente evidentes, pero sigue sin indicarnos los requisitos que deberían ser observados para que tales hechos no requieran de prueba y ser considerados en una sentencia (me refiero específicamente a tiempo, lugar, en fin).

Con respecto a la facultad officiosa del juez, hay que decir que la misma también existe en otros países, y que, al igual que en el Ecuador, también ha recibido reparos.

⁵⁹ Lorena Cueva, *El principio de congruencia en el proceso civil*, 21.

Ahora bien, los sistemas procesales civiles vigentes en Perú y Argentina si bien son básicamente dispositivos contienen regulaciones inherentes al sistema inquisitivo, que se traducen en las normas que promueven el activismo judicial. Se trata fundamentalmente de disposiciones legales que atribuyen a los jueces poderes o facultades para esclarecer los hechos controvertidos, intentar la conciliación o reprimir inconductas procesales con la finalidad de asegurar la eficacia de la intervención jurisdiccional y la operatividad efectiva del derecho sustancial. De estos “poderes-deberes” del juez, el que es objeto de mayores reparos por quienes postulan un sistema dispositivo puro es precisamente la iniciativa probatoria del juez y sus facultades con relación al contenido del proceso.⁶⁰

Los sistemas procesales peruano y colombiano, por citar dos cercanos al Ecuador, contemplan esta posibilidad: El artículo 51 numeral 2 en concordancia con el artículo 194 del Código Procesal Civil peruano, establece la potestad de disponer oficiosamente, por decisión motivada e inimpugnable, prueba de oficio cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción; el artículo 42 numeral 4 del Código General del Proceso colombiano, establece como deber del juez, el emplear los poderes que ese código le concedan en materia de prueba de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.

De lo manifestado hasta el momento, haciendo un ejercicio valorativo, podemos concluir que en los tres ordenamientos jurídicos se ha dado una prioridad al valor justicia, es decir que los jueces al momento de resolver ya no sólo deberían considerar sin beneficio de inventario lo que dice la ley, sino recurrir además a ciertos principios y valores, entre ellos la justicia para, utilizando las facultades que les han sido otorgadas en las reglas, tratar de encontrar aquella, lo cual hace que la congruencia ya no responda únicamente a lo aportado por las partes (principio dispositivo) sino incluso a lo considerado esclarecedor por el juez.

En definitiva, la justicia ya no es un tema que interesa únicamente a las partes en conflicto, sino también a la administración de justicia y sus operadores.

⁶⁰ Mabel De los Santos, *Postulación y flexibilización de la congruencia (Su análisis con relación al Código Procesal Civil Peruano)*, 3.

Pragmáticamente podemos decir que el fin determinado que se busca es la verdad real, y de ahí la justicia.

Resulta mucho más evidente el análisis contextual del porqué de la necesidad de este cambio:

Sin pretender satanizar a esta Función del Estado, por lo menos en el Ecuador, ninguna otra institución ha generado mayor resistencia popular en cuanto a su aceptación como la judicatura, a quien se le ha estereotipado como aletargada, corrupta, e inequitativa; enraizándose dentro de la creencia popular que la tan mentada justicia “es solo para los de poncho”, y que el juez lejos de ser un garantista se ha convertido en un opresor a quien poco le importa los derechos de las personas, realizando una actividad mecánica al administrar justicia, sin mirar las peculiaridades condiciones que cada caso presenta, emitiendo resoluciones en una suerte de factoría, rindiendo culto exclusivamente a las formalidades que la ley le impone.⁶¹

Sin embargo de las coincidencias, antes de la vigencia del COGEP, en el Ecuador existía un atraso con respecto a otros países en donde existía una mayor conciencia en cuanto a la flexibilización del principio de congruencia a través de la prueba de oficio; por ejemplo el código procesal civil peruano establece ciertos presupuestos en cuanto a la actividad oficiosa del juez, que la decisión sea motivada, inimpugnable y que debe operar cuando los medios probatorios por las partes no sean suficientes.⁶²

La falta de desarrollo en la legislación procesal ecuatoriana de los parámetros de la prueba de oficio, hacía que la eficacia de la misma resulte mínima, por cuanto no se la aplicaba, y cuando se lo hacía muchas veces respondía a la arbitrariedad del juez.

El artículo 168 del COGEP hace un avance significativo con respecto al artículo 130.10 del COFJ, cuando establece: “Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. [...]”.

⁶¹ Christian Masapanta, “El juez garantista, un nuevo rol de los actores judiciales en el constitucionalismo ecuatoriano”, en *Debate Constitucional*, de Luis Fernando Torres editor, 102.

⁶² Artículo 51 numeral 2 en concordancia con el artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano.

La norma establece requisitos que deben observarse previo a dictar prueba para mejor resolver, requisitos que, en definitiva, se constituyen en límites de la actuación oficiosa del juez, y que pretenden no vulnerar el principio dispositivo y evitar arbitrariedades; estos requisitos son:

a) La *regla* es el respeto al principio dispositivo establecido en el artículo 5 del COGEP, es decir que sean las partes las que introduzcan las pruebas que crean necesarias para respaldar sus pretensiones en el caso del actor, y sus excepciones en el caso del demandado; la *excepción* es la prueba de oficio;

b) Debe explicarse las *razones* suficientes que justifiquen la necesidad de utilizar esta facultad del juez, siendo éste un límite a la arbitrariedad porque habrá que diferenciar por qué en estas causas si prueba de oficio y por qué en otras causas similares no.

Una de esas razones podría ser que las partes hicieron todo el esfuerzo posible por obtener dicha prueba pero no la consiguieron, sin embargo ahí no estaríamos frente a una prueba de oficio porque ha surgido de las partes y no del juez.

c) La prueba de oficio recaerá sobre *hechos controvertidos, esto es hechos que han sido invocados por las partes al proceso (principio dispositivo)*; en consecuencia el juez no puede dictar prueba para mejor proveer de hechos que no han sido invocados; la prueba de oficio que pueda dictar el juez únicamente deberá incidir en los elementos probatorios que están en el proceso (*principio de imparcialidad*).

Sin embargo de que la norma en análisis nada dice al respecto, la prueba de oficio debería ser sometida, como cualquier otra prueba, al principio de contradicción, es decir *que deberá dictarse en audiencia con contradicción de las partes*. (Art. 165 COGEP).

Hasta aquí se ha visto lo relativo al proceso en general, haciendo un análisis respecto a la actuación del juez igualmente en términos generales, a continuación abordaremos ciertas particularidades que en materia laboral se presentan.

Respecto a la libertad oficiosa abierta del juez de trabajo, Luis Cueva Carrión, tomando como referencia el antiguo artículo 577 del CT decía que, por varias razones, las partes pueden omitir la aportación de pruebas al proceso y esto dificulta el trabajo

del juzgador por carencia de elementos para dictar sentencia; en este caso, en forma amplia y sin limitación alguna, el juez de la causa puede ordenar la realización de las pruebas que “estime procedentes para establecer la verdad de los hechos materia del juicio”⁶³

Considero que es correcto establecer al juez presupuestos que debe observar para aplicar la prueba de oficio, y no dejar abierta tal facultad como lo hacía el artículo 577 reformado del CT, de ahí que al igual que en el caso de la prueba de oficio, debe contarse con parámetros claros de aplicación de determinadas figuras que pretenden atenuar la validez procesal como la producida únicamente por las partes procesales.

Dejar en la ley, con intencionalidad o no del asambleísta, abierta la aplicación de nuevas figuras, como lo hacía el artículo 577 del CT, esto es sin requisitos, resulta peligroso, pues para llegar a ello es necesario un proceso -sobre todo de capacitación profunda en los operadores de justicia-, y una etapa inicial es establecer requisitos claros de cuando poder aplicarlas, como se lo ha hecho.

A pesar de las críticas y de los problemas que puedan generarse en la práctica, la facultad oficiosa del juez le hace bien a la justicia porque bien aplicada generaría mayor claridad sobre las pretensiones y excepciones deducidas, y en consecuencia las decisiones serían más justas, advirtiéndose, naturalmente, que ello no significa tampoco, que a través de la prueba de oficio deba suplirse la deficiencia probatoria de las partes.⁶⁴

Además hay que señalar que tal como lo establece el artículo 168 del COGEP, la prueba de oficio es una facultad, no una obligación del juez, quien “podrá” acudir a ella cuando lo considere necesario, siguiendo los parámetros que se han expuesto, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, a propósito del artículo 584 del CT:

⁶³ Luis Cueva Carrión, *El juicio oral laboral* (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2013), 155. Actualmente el Art. 577 del CT fue reformado por la disposición reformativa sexta.7 del COGEP.

⁶⁴ En efecto, “La facultad probatoria de oficio tampoco debería servir para suplir la incuria de las partes, a título de “mejorar” la prueba ofrecida. Caso contrario, el juez corre el riesgo de parcializarse y vulnerar la garantía de igualdad de oportunidades de defensa de las partes. Las diligencias para mejor proveer han de dictarse –expresa Tavorari- “ante la presencia del principio de prueba” o, *contrario sensu*, no pueden ser dictadas en su ausencia. Vanesa Aguirre, “*Poderes y facultades en el ejercicio jurisdiccional*”, en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2013/04/03/poderes-y-facultades-del-juez-en-el-ejercicio-jurisdiccional> (30 de abril de 2013).

TERCERO: El casacionista ataca el fallo de alzada también por no pedir pruebas de oficio, por lo que vale destacar en este tema que es potestad discrecional de la Sala de instancia el disponer de oficio la evacuación de pruebas cuando creyere necesario para efectos de esclarecer alguna duda, así lo dispone el Art. 584 del código señalado que dice: “En caso de apelación, ...el proceso pasará a conocimiento de la respectiva Corte Superior del Distrito, la cual resolverá por los méritos de lo actuado en el término de veinte días, sin perjuicio de que de oficio pueda disponer la práctica de las diligencias que estime necesarios para el esclarecimiento de los hechos...”, por ende el no hacer uso de esta facultad no significa que aquello vaya en desmedro de las partes, atente al debido proceso, al derecho de defensa, o incurra en violación de los derechos y principios consagrados en los artículos 23, 24 y 192 de la Constitución Política de la República como asegura el casacionista. Son los litigantes los que están obligados a probar sus afirmaciones y excepciones teniendo en cuenta la naturaleza del juicio oral laboral que determina como obligación de los litigantes la de ofrecer las pruebas en la audiencia preliminar, a fin de que se las tramite en la audiencia definitiva. En consecuencia, el recurso de casación carece de fundamento. [...].⁶⁵

Como se ha visto, la facultad officiosa incumbe a todos los jueces en las diferentes materias; sin embargo dentro del área social como la laboral, la prueba de oficio parece cobrar más sentido; en efecto, existen reglas y principios, como los analizados en el capítulo I, que razonadamente justifican la aplicación de la prueba de oficio. Al respecto es pertinente manifestar que el COGEP no reformó ni derogó al artículo 5 del CT que dice: “Protección judicial y administrativa.- Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos.”, de lo que puede deducirse que los jueces de trabajo deberíamos actuar siempre con “hermenéutica jurídica y amplio sentido social”⁶⁶.

⁶⁵ Sentencia dictada el 26 de julio del 2006, las 16h15, por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el RO No. 63, del 13 de abril del 2007. Actualmente el Art. 584 del CT fue derogado por la disposición derogatoria octava del COGEP; sin embargo, el Art. 168 del COGEP que se refiere a la prueba para mejor resolver, conserva que es una facultad del juez, cuando dice “La o el juzgador podrá, [...]”.

⁶⁶ Sentencia dictada por la Sala de lo Social y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 2, del 7 de septiembre de 1994, 367.

Y es que, como lo ha dicho el máximo órgano de justicia ordinaria en materia laboral, no se trata únicamente de la no necesidad de prueba de los hechos notorios o públicamente evidentes, o de la facultad de ordenar prueba para mejor resolver, sino de todas las facultades que se le otorgan a los jueces para cumplir con el valor justicia, señalado como aspiración de la administración de justicia en nuestra CE, y que en materias sociales como la laboral cobra mayor sentido. Así,

Se atribuyen importantes facultades procesales de intervención al Magistrado. No se trata de un proceso puramente dispositivo, en el que el órgano judicial aparece como mera instancia de recepción de las iniciativas de las partes. El Juez ostenta importantes facultades de dirección y avance del proceso, para asegurar la efectividad de lo que se ha denominado como búsqueda de la «verdad material»; en particular, posee importantes competencias en el control del resultado de los actos conciliatorios, del desarrollo de la práctica de las pruebas en el acto de juicio o la posibilidad una vez concluido el acto de juicio de practicar otras pruebas para mejor proveer e igualmente facultades sustanciales de rechazo de peticiones dilatorias o que entrañen manifiesto abuso de derecho.⁶⁷

Sin embargo, los jueces en la búsqueda de la verdad y de impartir justicia, aplicando las facultades a ellos otorgadas, no pueden dejar de lado su esencia que es la imparcialidad, tema que a continuación analizaremos.

2. La imparcialidad del juez frente a los principios de favorabilidad del Derecho Laboral

El conflicto que se genera por el choque de intereses entre las partes, debe ser resuelto por un tercero llamado juez, siendo la característica principal de ese tercero la imparcialidad.

⁶⁷ Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 643.

Tan importante es el tema de la imparcialidad del juez que tiene categoría constitucional y consta dentro de las garantías del debido proceso, (artículo 76.7.k) de la CE).

El Pacto de San José de Costa Rica hace lo propio en el párrafo primero del artículo 8, cuyo texto con el nombre de “Garantías Judiciales”, es el siguiente: “1o.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Luis Pásara destaca la importancia de la imparcialidad del juez, como garantía en la ejecución de un contrato hasta de la propia democracia, de ahí que parafraseándolo podemos decir que un juez debe actuar libre de condicionamientos, sin ataduras que lo lleven a pronunciarse indebidamente en un sentido o en otro. Tanto Luis Pásara como Ramiro Ávila consideran que la independencia judicial, que implícitamente conlleva la imparcialidad del juez al momento de resolver, es un derecho humano, no siendo en consecuencia un privilegio que se lo otorga al juez, sino una garantía de las y los ciudadanos.⁶⁸

Esta imparcialidad del juez fundamentalmente se materializa en tratar a las partes en términos de igualdad.

Las partes en el proceso no son normalmente titulares de derechos y obligaciones en sentido estricto (aunque también existen), sino de expectativas (de obtención de una ventaja o de una resolución favorable como consecuencia de la realización de una actividad) y de cargas (constreñimiento a la realización de dicha actividad para evitar una consecuencia desfavorable). Ambas gozan en el proceso de iguales medios de ataque y de defensa para alegar y probar las razones que les asisten⁶⁹

⁶⁸ Véase, en tal sentido, a Luis Pásara Pazos, *La independencia judicial en la experiencia Latinoamericana*, en *Novedades Jurídicas* No. 85 (julio del 2013), Ediciones Legales, 25 y 26; así como a Ramiro Ávila Santamaría, *El derecho humano a la independencia judicial*, en *Novedades Jurídicas* No. 90 (diciembre del 2013), Ediciones Legales, 6 a 11.

⁶⁹ Faustino Córdón Moreno, *Manual de Derecho Procesal Civil* (Pamplona: Editorial Ulzama, 2004), 36.

Por tanto, tal como ya lo manifestamos, le corresponde al legislador, cuando se encuentre regulando relaciones en que exista desigualdad material, dictar normativa a favor del sector más débil de la relación, por ejemplo en el caso de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, donde se favorece al trabajador. Sin embargo, no es papel del juez favorecer a ninguna de las partes procesales, no puede romper la igualdad con que debe tratarlas dentro de un proceso.

El proceso de trabajo se diseña legalmente como una variante del proceso civil común, de modo que responde a las pautas típicas de todo enjuiciamiento de una pretensión civil, donde se dilucidan intereses privados entre ciudadanos. Prueba de ello es que, [...], la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Social califica como supletoria la legislación relativa al proceso civil. De ahí que se modele el proceso laboral en base al principio de igualdad de las partes en el proceso: las partes procesales y las dos posturas procesales en que se contraponen los intereses defendidos por éstas «deben ser absolutamente equivalentes en expectativas y cargas», en términos que la actuación del órgano judicial debe ser exquisitamente neutral, limitándose a aplicar el Derecho al caso concreto, otorgando el amparo judicial a quien le asiste la razón desde el punto de vista de la norma sustantiva.⁷⁰

En las causas laborales la ley ha colocado al trabajador en posición de “ventaja”, pero han sido los constituyentes y legisladores a través de los principios constitucionales del derecho ecuatoriano del trabajo y la normativa legal constante en el Código del Trabajo quienes lo han hecho, y no el juez. Al respecto, cabe recordar ciertos casos que avalan lo manifestado: por ejemplo, cuando la carga de la prueba se revierte, recayendo en el empleador (Art. 42.1 CT); igual sucede con el juramento deferido (Art. 185 inciso tercero del COGEP); en la celeridad en la tramitación del proceso laboral; inclusive esa facultad del juez de trabajo de realizar una “investigación propia” mediante la prueba de oficio en busca de la verdad material (Art. 168 del COGEP); el mismo motivo de nuestro estudio, esto es que el principio de congruencia se atenúa en materia laboral, entre otros.

⁷⁰ Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 635.

Lo manifestado tiene importancia porque los jueces laborales pudieran confundir su rol, interpretando los principios de favorabilidad en materia laboral como mandatorios de su actuar dentro de un proceso laboral, a favor de los actores (trabajadores), inclusive muchas veces sin soporte probatorio alguno en el proceso que respalde sus pretensiones.

Por ello es preocupante que algunos jueces laborales, interpretando y aplicando indebidamente el principio constitucional y legal de favorabilidad, integrado por los principios ya analizados (intangibilidad, irrenunciabilidad, pro operario, entre otros), puedan afectar en sus decisiones otros principios fundamentales dentro de un proceso, por ejemplo el principio de igualdad de armas, el derecho a la defensa, a la contradicción, entre otros.

Jesús Cruz Villalón al respecto manifiesta: “En resumen, todo lo anterior refuerza la idea de que el principio de la norma más favorable queda reducido en su aplicación a casos muy contados, en los cuales no es posible aplicar los principios anteriores y, sobre todo, hay una expresa remisión a la aplicación de este precepto.”⁷¹

Para visualizar lo antes señalado, traemos a colación dos casos: El primero que tiene que ver con demandas laborales de tres ciudadanos, que han sido indemnizados por despido intempestivo de acuerdo al contrato colectivo vigente que les regía, pero no con lo dispuesto en el artículo 188 del CT, llegando el reclamo ante la Corte Constitucional, por las acciones extraordinarias de protección deducidas. En dichos casos, la cláusula del contrato colectivo respecto a indemnización en caso de despido intempestivo, establecía una mejor indemnización que la del CT, pero sobre todo no se hizo constar que tal indemnización debería cancelarse, sin perjuicio de la establecida en el artículo 188 del CT.

Los accionantes impugnan los fallos de casación dictados por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia, porque violan, a decir de ellos, entre otros, los numerales 1, 3, 4 y 6 del artículo 35 de la Constitución de 1998, esto es: “1. La legislación del trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del derecho social. 3. El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento. 4. Los

⁷¹ Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 98.

derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración. [...]. 6. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.” -actualmente se mantienen dichos principios en el artículo 326 numerales 2 y 3 de la CE del 2008-, solicitando se declare la nulidad de los fallos de casación, y se disponga el pago de la indemnización establecida en el artículo 188 del CT, además de las ya canceladas.

La Corte Constitucional para el período de transición resuelve desechar las acciones extraordinarias de protección, porque no cabe la acumulación de indemnizaciones por despido intempestivo, cuando no han sido pactadas.⁷², situación que evidencia que los principios de favorabilidad en materia laboral no son ilimitados.

El siguiente caso, en el que la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, casa la sentencia venida en grado que ordenó indemnizar a una mujer embarazada, cuya terminación de la relación laboral fue por desahucio que cabía legalmente.

El caso se trata de una mujer que prestó sus servicios a la empresa pública de hidrocarburos del Ecuador PETROECUADOR E., en la modalidad contractual de plazo fijo, desde el 15 de agosto de 2008 hasta el 14 de agosto de 2009. La señora plantea una demanda por liquidación de haberes y por despido intempestivo, basándose en el hecho de que se encontraba embarazada cuando se produjo la terminación de la relación laboral, a más de que su modalidad contractual, a decir de la actora, era indefinida, por efecto del contrato colectivo.

En tanto en primera instancia se negó la demanda de la actora, en apelación, la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de Pichincha reformó la sentencia emitida por el juez de primer nivel, aceptó la demanda y ordenó el pago de varios rubros a favor de la actora. Inconformes con la sentencia dictada por el tribunal de alzada, ambas partes interpusieron recurso de casación. En lo principal, la actora fundamentó el recurso en la falta de aplicación de los principios in dubio pro operario, intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos del trabajador; mientras que la demandada alegó la indebida aplicación de las normas referentes a la valoración de la prueba.

⁷² Sentencia No. 025-09-SEP-CC, dictada el 12 de octubre del 2009, publicada en el RO No. 50, del 20 de octubre del 2009.

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, luego del análisis respectivo, resolvió casar la sentencia y excluir de la indemnización a percibir por la accionante los rubros que corresponden a indemnizaciones por despido intempestivo y desahucio, así como también, aquel rubro indemnizatorio proveniente por su estado de gestación como causa del desahucio.

Para adoptar esta decisión, la Sala arribó a la conclusión de que la sentencia venida en grado no valoró hechos que se habían probado en el proceso, como el que la causa del desahucio no fue el embarazo y el que se haya ofrecido a la accionante una nueva modalidad contractual con la que pudiera cubrir solamente sus necesidades (de atención de maternidad y las posteriores doce semanas), cuando lo que pretendía era la indemnización suntuosa de un contrato del que estaba excluida por su modalidad contractual a plazo fijo.

Ratio decidendi:

El principio *in dubio pro operario*, que custodia al trabajador, a la parte más débil, más no puede significar que por éste se convierta en la parte opresora del orden constitucional, pues la modalidad contractual que en este caso es el contrato a plazo fijo, se excluyen de los beneficios de la contratación colectiva.

Extracto del fallo:

“(…) 5.3. Estudio de los Recursos propiamente. 5.3.1 Recurso de la actora. Cargo único (…) En lo que refiere al principio *in dubio pro operario*, es sabido que éste opera en situaciones de duda, no como un principio que rompa la ecuanimidad que les asiste a las partes en litigio. Por supuesto que el principio custodia a la parte débil de la relación laboral, quien es el trabajador, más no puede significar que por este principio la parte débil de una relación se convierta en la parte opresora del orden constitucional (…)⁷³”

Del último caso anotado podemos constatar que a veces sí existen desbordes en la actuación del juez laboral inferior, creyendo que su rol es proteger a la parte más débil sin realizar ningún análisis adicional, casi sin ningún límite; parecería que en el caso citado se cree que bajo ningún concepto ni causa legal puede desvincularse a una mujer en estado de gestación, lo cual es equivocado, pues, existiendo una causa legal,

⁷³ Resolución No. 577-2013-SL, dentro del juicio No. 1298-2011, constante en los cuadernos de jurisprudencia laboral – Corte Nacional de Justicia 2012-2014, 155 a 158.

acorde al ordenamiento jurídico, es perfectamente válido proceder a, conforme las normas laborales y siguiendo los procedimientos pertinentes, desvincular laboralmente a una mujer en estado de gravidez, con las indemnizaciones que sean procedentes.

Por mi experiencia como juez laboral me permito citar otros casos, en abstracto, que ejemplifican cómo podría tergiversarse los principios de favorabilidad en materia laboral:

- Dentro de un proceso laboral en el que la parte demandada niega la existencia de la relación laboral, y el actor no ha aportado prueba que justifique la misma –requisitos señalados en el artículo 8 del CT-, no podría dictarse sentencia a favor del actor, invocando el principio indubio pro operario.

- Si en los fundamentos de hecho de una demanda laboral se hace alusión a un concepto no cancelado, pero en las pretensiones no se lo hace constar, no debería concedérselo: El artículo 67 del CPC señalaba lo que debe contener una demanda, en el numeral 3 decía: “Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión”, en el numeral 4 constaba “La cosa, cantidad o hecho que se exige”; el artículo 142 del COGEP establece de la misma manera lo que de contener la demanda, en el numeral 5 dice: “La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.”, el numeral 9 señala “La pretensión clara y precisa que se exige.”, esta diferenciación numérica tiene sentido porque el actor bien puede exponer al juez una serie de hechos e inclusive de incumplimientos, pero será al momento de indicar sus pretensiones cuando se conozca realmente lo que ha decidido pedir, es decir que una cosa es lo que relata en cuanto a lo sucedido y otra es lo que realmente ha decidido reclamar, que es lo que le interesará que le otorguen, fijando de esta manera el objeto de la controversia, y en consecuencia sobre lo que el demandado ejercerá su defensa y contradicción.

Valga decir que, como regla, no podría otorgarse algo que no conste dentro de las pretensiones de la demanda, alegando los principios de favorabilidad en materia laboral, cuando dicha pretensión no ha sido objeto de la controversia; sin embargo, y analizando cada caso, se deberá resolver en consecuencia. Desde luego, en materia laboral existen excepciones, originadas en lo dispuesto en el Código del Trabajo, en las resoluciones obligatorias de la Corte Suprema y Corte Nacional de Justicia, donde sin

embargo de no ser pedidas se las debe otorgar, tal como hemos analizado en el capítulo primero de este trabajo.

- Sucede que en muchas causas laborales se demanda a quien no es el llamado a contradecir, y la parte demandada se excepciona alegando falta de legítimo contradictor, mas el juez no acepta tal excepción invocando el inciso segundo del artículo 33 del COGEP que dice: “En el caso de las acciones laborales estas podrán dirigirse contra cualquier persona que a nombre de sus principales ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común.”; sin embargo, en el caso en comentario, revisado el proceso, el propio actor en su declaración de parte manifestó que sí conocía quién era su empleador, indicando sus nombres y apellidos, señalando que él era quien le contrató, que era él quien le pagaba, que a favor de él prestaba sus servicios –persona distinta a quien había demandado– consecuentemente cabía la excepción de falta de legítimo contradictor deducida.

En este caso no cabría negar la excepción propuesta invocando los principios protectores al trabajador, ni que no es su obligación conocer con precisión quien es su empleador, porque lo conocía al momento de presentar su demanda.

- Sucede que ante casos “difíciles” de resolver, se invoca el principio pro operario, cuando de lo señalado por la CE (Art. 326.3) y el CT (Art. 7), se establecen requisitos que deben ser observados para aplicar tal principio (que efectivamente exista duda, y que de existir, debe ser sobre normas legales, reglamentarias o contractuales).

No cabría entonces, por ejemplo, mandar a pagar en un desahucio el 25% de la última remuneración de un trabajador por seis años, cuando éste ha trabajado cinco años y tres meses, si el art. 185 del CT que se refiere a la indemnización por desahucio establece que se liquidará con el 25% de la última remuneración por los años de servicio, norma en la que no consta que la fracción de año se considerará como año completo. Este ejemplo demuestra que es difícil invocar la “duda” y, en consecuencia no cabe invocar el principio pro trabajador.

La “confusión” puede nacer, como lo he constatado como juez con algunos colegas, porque en el caso de indemnización por despido intempestivo, el inciso cuarto del artículo 188 del CT dice: “La fracción de un año se considerará como año

completo”, pretendiéndose extenderlo para los casos de desahucio, lo cual es equivocado porque son conceptos indemnizatorios distintos.

- Sucede que hay demandas laborales con pretensiones del trabajador, redactadas de la siguiente manera: “Que se me indemnice con todos los rubros que conceden la Constitución y la ley”; “Las demás indemnizaciones que considere pertinentes con el fin de garantizar los derechos de mi patrocinado”; “El pago de todos los beneficios de ley, la liquidación correspondiente por el tiempo de trabajo realizado, y todas las prebendas que establece el Código del Trabajo”; “Se mandará a pagar todo lo que consta en el Código del Trabajo, debiendo tomar en cuenta que los derechos del trabajador son irrenunciables e imprescriptibles”.

Pedidos como éstos no deberían ser considerados por el juez al momento de dictar sentencia, porque son pretensiones indeterminadas, donde no se especifica a qué rubros, indemnizaciones, beneficios, prebendas, derechos, se refieren; considerarlos sin más implicaría una afectación al derecho a la defensa de la parte demandada, pues tal como se encuentran redactados el demandado no sabría cómo defenderse, o simplemente qué contradecir.

Sin embargo, hay que aclarar que bien pudiera el juez de trabajo considerar que, frente a las peticiones redactadas en los términos como constan en los ejemplos citados, al no existir claridad en las mismas, de conformidad con el inciso segundo del artículo 146 del COGEP, disponer que la parte actora aclare en el término de tres días su demanda, en cuanto al artículo 142 numeral 9 del COGEP, en relación a que especifique en forma clara y precisa las pretensiones que exige. Si la parte actora se ratifica en sus pretensiones, considero que debe negárselos por las razones ya expuestas.

Parafraseando a Enrique Falcón podemos decir que el principal objetivo de la jurisdicción es que el Estado, a través del poder judicial, ejerza su deber de administrar justicia y así no permitir la justicia por mano propia entre los particulares, para cumplir con este objetivo el Estado debe mantener una organización judicial adecuada, garantizará un proceso judicial en el cual se respeten los derechos consagrados en la Constitución y la ley, y para lo cual se necesita de jueces imparciales.⁷⁴

⁷⁴ Enrique Falcón, *Procesos de conocimiento*, tomo I (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000), 123.

De ahí que tan importante es cumplir con el objetivo que persigue todo proceso que es la justicia, como llegar a la misma sin afectar derechos fundamentales que precisamente están ahí como garantías mínimas del proceso, y que constituyen límites en la actuación del juez, que es lo que a continuación vamos a analizar.

3. Límites en la actuación del juez laboral

La flexibilización del principio de congruencia a través de los diversos mecanismos ya analizados, se enmarca dentro del activismo judicial. Así como hay adherentes a tal posición, también parte de la doctrina ha señalado ciertos reparos.

Ramiro Ávila Santamaría tiene una posición pro activismo y defiende otro rol del juez frente a los derechos; sostiene que el juez no puede ser indiferente frente a normas atentatorias a la CE, que su legitimidad está dada por la propia ley suprema, teniendo en consecuencia delegación democrática que le faculta hacer control de actos inconstitucionales. Que su deber, a través de la motivación y argumentación, es la protección de los derechos y minimizar la restricción a los mismos.⁷⁵

Vanesa Aguirre, dice que el activismo mal entendido y en consecuencia mal aplicado podría degenerar en el cometimiento de toda clase de arbitrariedades.⁷⁶

La mala interpretación de conceptos como validez, constitucionalismo ético, la propia relación del derecho con la moral, que utiliza Luigi Ferrajoli⁷⁷ para defender el activismo, puede interpretarse en el sentido de que el juez debe abandonar su papel de tercero imparcial para suplir las deficiencias de una de las partes, en busca de la justicia, lo cual desnaturalizaría la razón misma de la administración de justicia.

Así, sucede que en el día a día de la actividad jurisdiccional, existen desbordes en cuanto al activismo que rayan con la arbitrariedad, como ilustran Ugarte, Aguiló y Presno:

En los hechos, muchas constituciones contemporáneas –dentro de las que se cuentan la gran mayoría de las latinoamericanas– pasaron por alto el prurito kelseniano y

⁷⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo Andino* (Quito: Huaponi Ediciones, 2016), 51.

⁷⁶ Vanesa Aguirre, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador* (Quito: EDLE S.A., 2012), 42-46.

⁷⁷ Véase, en tal sentido, a Luigi Ferrajoli, *garantismo una discusión sobre derecho y democracia*, trad. al español de Andrea Greppi (Madrid: Trotta, 2009), 12-38.

sobrecargaron de normas de principios su apartado dogmático. Esto que bien puede explicarse por el contexto histórico y teórico en el que fueron aprobadas puede resultar peligroso en el ámbito de la justicia en general y de la justicia constitucional en particular. Para decirlo con Francisco Laporta: se corre el riesgo de que “los jueces (obren) sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho”. Y el problema es que los jueces no están preparados para esta tarea porque “su razonamiento moral no pasa de ser vulgar”⁷⁸

De la revisión de los artículos 6 y 29 del COFJ, y partiendo inclusive del principio de interpretación integral de la norma constitucional, se puede concluir que en caso de duda se debe propender a la interpretación que más favorezca la vigencia de los derechos, pero siempre dentro de las garantías constitucionales del debido proceso, haciendo énfasis en el derecho de defensa y la igualdad de las partes, para evitar extremos indeseados.

Si bien los jueces laborales debemos proceder con “hermenéutica jurídica y amplio sentido social”, esto no significa que auspiciemos la inobservancia de las reglas del debido proceso, derecho que debe ser limitante y fundamento de todo juicio.

El debido proceso es un derecho constitucional, por lo tanto, es de rango superior e impregna a todo el sistema jurídico de un país: nadie puede ignorarlo. Todos los actos y procedimientos de los funcionarios y de los órganos del poder público deben ceñirse a él, de lo contrario, atentarían contra el Estado de Derecho y carecerían de validez jurídica. [...] El debido proceso es el derecho al juicio justo e imparcial y debe ser observado y practicado en los procesos judiciales, legislativos, administrativos, electorales, etc. para que una sentencia, una ley o una resolución tengan validez jurídica. [...] Es el límite entre el derecho y el abuso del derecho. Es la antítesis entre derecho y arbitrariedad⁷⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el Debido Proceso, llamado “derecho de defensa procesal”⁸⁰, consiste en “[...] el derecho de toda

⁷⁸ Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera, *Garantismo espurio* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 17.

⁷⁹ Luis Cueva Carrión, *El debido proceso* (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2014), 79 y 82.

⁸⁰ Sentencia del 29 de enero de 1977, Caso Genie Lacayo, párrafo 74.

persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.”⁸¹

Entonces, si bien tenemos garantizada la tutela judicial efectiva –acceso, respuesta y ejecución-, ésta tendrá que darse respetando las garantías del debido proceso.

Al respecto, si hacemos un estudio comparativo sobre la ubicación del principio de tutela judicial efectiva, entre las CE de 1998 y la actual del 2008, podremos observar que mientras en la primera dicho principio se encontraba dentro de las garantías del debido proceso –Art. 24.7-, en la CE actual dicho principio se ha “independizado” del debido proceso, y se halla ubicado en el Art. 75.

Parecería que lo que pretendió el Constituyente es darle a la tutela judicial efectiva la importancia que realmente tiene, no como una garantía más del debido proceso, sino como un pilar del Estado constitucional de derechos y justicia.

La relación de la tutela judicial efectiva y el debido proceso se evidencia cuando se garantiza el acceso a jueces y tribunales, lo que se materializa en la demanda del actor, la cual tiene un proceso, es en él que debe observarse las garantías mínimas llamadas debido proceso.

Sin embargo de que tanto la tutela judicial efectiva y el debido proceso tienen el mismo objetivo, esto es asegurar un juicio justo, sucede que a veces se piensa que la tutela judicial garantiza una respuesta favorable.

El derecho *tutela judicial efectiva* se conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una *demanda*-, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión. Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material.⁸²

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² Vanesa Aguirre, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*, 98 y 99.

Lo que comprende la tutela judicial efectiva es una respuesta razonable, esto es motivada, de conformidad a la garantía del debido proceso constante en el Art. 76.7.1), pero no necesariamente favorable, de lo contrario generaría arbitrariedad por parte del juez.

De ahí que dentro del procedimiento laboral, el limitante del juez de trabajo es el debido proceso, y de las garantías que la conforman resulta de trascendencia enfatizar en los siguientes derechos que lo integran:

3.1 La imparcialidad del juez

Resulta de trascendental importancia para los sujetos procesales en conflicto, tener la certeza que han acudido frente a un tercero imparcial. El mismo debido proceso tiene su base en la imparcialidad del juzgador, partiendo de ahí es que puede hablarse del derecho a la defensa, de la igualdad de armas, del derecho a la contradicción, en fin.

Tal como lo desarrolla Ibed Toro Cornejo, la imparcialidad se ha de medir no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad; y su ausencia tiene que ver no sólo con la persona concreta en el caso específico, sino con la legitimidad del sistema judicial en su conjunto, de ahí su importancia.⁸³

3.2 La igualdad de armas

Dentro de las garantías del derecho a la defensa está el “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones” (Art. 76.7.c).

Que las partes sean tratadas en igualdad de condiciones dentro de un proceso, es esencial. Alfonso Troya Cevallos con respecto al trato igualitario de las partes dice: “Las partes son iguales ante la ley y el juez. Quiere esto decir que tienen el mismo amparo legal y la misma consideración ante el juez, esto es, gozan de las mismas oportunidades.”⁸⁴

⁸³ Véase, en tal sentido, a Ibed Toro Cornejo, en *El Derecho al Debido Proceso*, (Santiago: El Jurista, 2012) 101 a 107.

⁸⁴ Alfonso Troya Cevallos, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, tomo II (Quito: Pudeleco Editores, 2002) 419.

De ahí que uno de los deberes primordiales de todo juez dentro de un proceso, es precautelar la igualdad de armas entre las partes, que es un imperativo de la justicia, pues “[...] domina el proceso y significa una garantía fundamental para las partes. Importa el tratamiento igualitario a los litigantes y se entiende que resulta del principio de igualdad ante la ley (Alsina)”⁸⁵

Por ello cualquier tratamiento diferenciado a las partes que carezca de sustento normativo viola el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el numeral 4 del artículo 66 de la CE, más todavía cuando no existen situaciones jurídicas objetivas que lo justifiquen.

Pero cabría preguntarse, ya que hemos expuesto la posibilidad y diversos casos: dentro de un proceso laboral ¿existen razones que justifiquen un *trato diferenciado* entre las partes?

Al respecto, Jorge Zavala Egas dice: “[...] no está prohibido ni es contrario al derecho a la igualdad que el Legislador pueda determinar diferencias, pero siempre que su establecimiento se justifique racionalmente”⁸⁶, preguntándose más adelante “¿Cuáles son las diferencias *racionales*, legitimadoras de tales diferencias? En primer lugar, se trata de aquellas que hacen relación no al individuo, no a la condición de la persona sino a su específica situación jurídica, esto es, a condiciones *objetivas*.”⁸⁷

Queda claro entonces que ese trato diferenciado nace de la ley. Así se deduce del artículo 11.2 de la CE que en su inciso tercero dice: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentran en situaciones de desigualdad.” Es, por tanto, el Estado a través de la Función Legislativa el que se encargará de implementar una serie de medidas que reconociendo desigualdades, propendan a proteger a la parte más débil en la relación jurídica.

Pero además las condiciones objetivas para un trato diferenciado justificado, están dadas por la jurisprudencia expedida por la Corte Nacional de Justicia, en justicia ordinaria, así como la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, en justicia constitucional.

⁸⁵ Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, 54.

⁸⁶ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional*, tomo I (Guayaquil, EDINO, 2002) 145.

⁸⁷ *Ibidem*, 146.

En el primer caso en los términos expuestos en el inciso primero del artículo 185 de la CE: “Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.”

En el caso de la justicia constitucional, conforme lo dispuesto en el artículo 436.6 de la CE: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.”, sentencias que se constituyen en precedentes constitucionales, con efecto erga omnes.

Si bien en el derecho internacional de derechos humanos, existen derechos que no pueden ser suspendidos ni derogados, por ejemplo la prohibición de tortura, servidumbre, esclavitud, entre otros, inclusive siendo límites de la democracia plebiscitaria de los países; la regla es que ningún derecho, principio y hasta valor es absoluto e ilimitado, los principios protectores del trabajador y su aplicación por parte del juez de trabajo tienen límites, que se enmarcan dentro de la misma Constitución, como es el debido proceso, que es precisamente el principal límite de actuación del juez laboral.

Sin embargo, es necesario aclarar que si bien el juez se debe someter a la ley, lo que no debe es hacer malas interpretaciones que afecten al debido proceso y por ende a las partes. Lo que pretendemos es dejar en claro que el juez debe mantenerse imparcial con respecto a las partes, garantizar el derecho de defensa de las partes. Será el caso en concreto a resolver el que, aplicando el derecho, procure la justicia.

Por eso, “La discrecionalidad del juez es tolerable siempre y cuando esté enmarcado en el marco jurídico, legal, doctrinario, jurisprudencial, que permite motivar sus resoluciones o sentencias, pero es reprochable cuando vulnera principios

constitucionales por parte de los juzgadores obligados a ser garantistas de los derechos constitucionales.”⁸⁸

3.3 El derecho a la defensa

Para Carocca el derecho a la defensa “asegura a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso sus alegaciones y sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia”⁸⁹, esto en la práctica es el derecho a la defensa “la garantía de la participación de los interesados en la formación de la decisión jurisdiccional”⁹⁰

Del concepto citado podríamos concluir que si, por ejemplo, en un proceso laboral el actor no ha pretendido, por ejemplo horas suplementarias y extraordinarias de trabajo, y en consecuencia el demandado no se defendió de lo que no pretendió el actor -lo cual resulta lógico-, el juez en su sentencia no debería conceder al actor las horas suplementarias y extraordinarias; hacerlo significaría una afectación al derecho a la defensa de la contraparte. No se trata de que en documentos constantes en un proceso aparezca que el trabajador haya laborado más de cuarenta horas semanales –Art. 47 del CT-, sino que no fue pedido por el actor y en consecuencia el demandado no se defendió de lo que no fue motivo de la controversia.

Hay que considerar además, que la defensa técnica que contrata la parte demandada, prepara su defensa sobre la base de las pretensiones constantes en la demanda que le es entregada, de ahí que si en la demanda no se reclama, por ejemplo, ropa de trabajo, no tiene por que presentar la documentación que justifique su entrega.

Lo mismo sucedería en el caso de pedidos defectuosos como los analizados anteriormente, contra los cuales nada podría decir o exponer el demandado porque no puede establecer específicamente qué pretendía el actor; por ello el juez de trabajo al pronunciarse en su sentencia sobre tales pedidos, debería negarlos por indeterminados, entre otras razones.

⁸⁸ Nataly Poma Valdivieso, “Principio de Favorabilidad: ¿Discrecionalidad de los Jueces?”, en *Novedades Jurídicas*, (Quito: Ediciones Legales, 2016), 49.

⁸⁹ Carocca, *Garantía Constitucional...*, pág. 100, en *El Derecho al Debido Proceso*, de Ibed Toro Cornejo, 157 y 158.

⁹⁰ *Ibidem*.

En suma, es de tal importancia el derecho a la defensa que nuestra CE ha desarrollado una serie de garantías que lo comprenden (Art. 76.7.a-1).

Sin embargo, si bien la regla debe ser que el juez no debe conceder lo que no fue pretendido por el actor, y en consecuencia no fue sometido a contradicción por el demandado, ello no es absoluto. Es decir: si, por ejemplo, el demandado al momento de contestar la demanda se refiere a pedidos constantes en la narración de los hechos, los contradice, aún más los acepta, el juez podría concederlos, porque han sido motivo de controversia, y el demandado ha ejercido su derecho a la defensa.

El siguiente caso ilustra de manera práctica lo señalado. En la causa laboral No. 00012-2016, el actor dijo en su relato fáctico que no se le cancelaron las remuneraciones de diciembre del 2015 y enero del 2016; sin embargo, en la pretensión reclamó las remuneraciones de noviembre del 2015 y enero del 2016; en el transcurso del proceso, la parte demandada aceptó que le debe del mes de diciembre del 2015, presentó los roles de noviembre y diciembre del 2015: en el primero consta la firma del actor y en el segundo no. Al momento de dictar sentencia se hace la siguiente motivación:

SÉPTIMO.- NOVIEMBRE DEL 2015 Y ENERO DEL 2016.- Conforme consta de la demanda de fojas 1 y 2 de autos, dentro de las pretensiones del actor, en el numeral 11 dice: “Al pago del mes de noviembre de 2015 y enero de 2016”, sin embargo de que en los fundamentos de hecho manifiesta: “A más de ello los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016 aún no me ha cancelado”, para dilucidar lo que se debe mandar a pagar al respecto, se realiza el siguiente análisis: El inciso primero del artículo 19 y el inciso segundo del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, establecen los límites de actuación del juez, cuando señalan que resolverá de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso, que no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, en el mismo sentido lo establece el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, el artículo 169 de la Constitución establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, es decir que dicho principio que contiene un valor que persigue el proceso establecido en la ley suprema, determina a la normativa infra constitucional que se la aplique en procura del fin señalado, por lo tanto, al proceso no se lo puede concebir como un fin en sí mismo, tan sólo es un medio para alcanzar el fin primordial que es la justicia, por ello es que el artículo 1 de la

Constitución establece que el Ecuador es un estado constitucional de justicia, de ahí que deberá ser la revisión de la realidad procesal en la causa sub júdice la que nos lleve a determinar si se trata de un lapsus o no lo pretendido por el actor en el numeral 11 de su demanda, cuanto más que estamos en materia laboral la que se enmarca dentro del derecho social conceptualizado como el conjunto de normas jurídicas que tratan de igualar una desigualdad material existente entre empleador y trabajador, siendo por tanto de carácter tuitivo con la parte más vulnerable, actuando en consecuencia esa protección en todos los principios, entre ellos el de congruencia que no debería ser aplicado de la manera tan rigurosa como lo es en otras materias como la civil por ejemplo. En el caso en concreto, nos encontramos con que el actor deja en claro en sus fundamentos de hecho que no se le ha cancelado las remuneraciones de los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016, situación que al respecto la parte demandada nada dice en su contestación a la demanda de foja 21 de autos, ni durante la sustanciación del proceso; a foja 25 de autos consta el rol de pago del mes de diciembre del 2015 que no se encuentra firmado por el actor, a foja 26 de autos consta el rol de pago del mes de noviembre del 2015 que si se encuentra firmado por el actor; en la confesión judicial de la demandada, constante a fojas 125 y 126 del proceso, a la pregunta “6.- Diga la confesante si usted le canceló el mes de diciembre del 2015 al señor Edwin Cacpata” contesta “RESPUESTA: No está cancelado”; en la finalización del alegato de la demandada, constante a foja 128 de autos, se dice: “[...] no negamos el derecho de la remuneración del mes de diciembre la que estuvimos dispuestos a cancelar.”, queda claro entonces para el operador de justicia que el actor lo que reclama es el pago de la remuneración de diciembre del 2015, que no niega la demandada, todo lo contrario acepta que efectivamente debe tal remuneración, tratándose por tanto cuando el actor dice noviembre del 2015 de un lapsus, por el cual, de conformidad con toda la motivación realizada, la justicia del pedido no puede ser sacrificado por un error que por todo lo dicho resulta evidente.⁹¹

Es decir que si bien se viola inicialmente el derecho a la defensa cuando el demandado no sabe contra qué defenderse exactamente, o cuando las pretensiones son incoherentes o indeterminadas, ello a la larga no sucedería si, como en el caso citado, ha sido la parte demandada la que en su contestación a la demanda y demás actos

⁹¹ Sentencia dictada por el juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Latacunga, el 31 de mayo del 2016, causa laboral seguida por el señor Edwin Enrique Cacpata Coque en contra de la señora Elsa Guadalupe Balarezo Páez.

procesales se ha pronunciado sobre dichos pedidos, identificando claramente el objeto de la controversia.

Al respecto, Lorena Cueva dice: “que la desviación de la incongruencia sea de tal naturaleza que modifique completamente los términos en que se produjo el debate procesal, ya que de esta manera se vulnera el principio de contradicción y, por ende, el derecho fundamental de defensa.”⁹²

El demandado se defendió por un supuesto despido intempestivo al actor, quien en su demanda señala que es consecuencia de la falta de pago de la remuneración pactada por más de tres meses, sin embargo el actor al momento del alegato le pide al juez aceptar la pretensión de indemnización por despido intempestivo, por haber demostrado que el demandado ha decidido en forma unilateral despedirle del trabajo al actor; en este caso la desviación de la incongruencia es evidente, aquí el demandado presentó los roles de pago de las remuneraciones del actor, pero nunca contradujo ni se defendió de un supuesto despido intempestivo por su voluntad.

Al contrario, lo que el juez laboral deberá observar es lo que fue objeto de la controversia, como garantía del derecho a la defensa del demandado; deberá observar cuales puntos fueron debatidos y objetos de contradicción, como garantía del principio de contradicción del demandado. Si la parte demandada contradice y se defiende de algo que el actor en su demanda no lo pretendió en forma precisa, el juez deberá pronunciarse sobre ello, no hay afectación alguna.

El actor en su demanda relata que siempre cumplió las funciones de chofer, que se ha enterado que el vehículo que manejaba ha sido vendido, que al preguntarle a su empleador que iba a hacer, le contesta que va a realizar trabajos de riego y otros, en su pretensión solicita despido intempestivo, de conformidad al artículo 188 del CT, sin manifestar que lo solicita por cambio de ocupación; sin embargo, en el proceso el objeto de la controversia es precisamente el cambio de ocupación, la prueba evacuada por las partes gira alrededor de este hechos, a los testigos presentados por las partes se los interroga y conainterroga respecto a un cambio de ocupación del actor, aquí el juez

⁹² Lorena Cueva, *El principio de congruencia en el proceso civil*, 17.

debe pronunciarse sobre tal situación, porque el demandado no fue afectado en su derecho a la defensa.⁹³

Por su importancia e ilustración respecto a la flexibilización y los límites del principio de congruencia y por ende del juez, nos permitimos insertar y comentar determinados párrafos sobre el pronunciamiento que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto:

C) Principio de congruencia entre la acusación y la sentencia 24.

“[...] En este caso, se ha puesto en juego un dato del proceso penal en una sociedad democrática: la congruencia entre la acusación y la sentencia, que no sólo entraña una conexión lógica entre dos actos procesales de extrema importancia, sino atañe a la defensa del inculpado --porque la afecta profundamente--, y por lo tanto se proyecta sobre el conjunto del proceso y gravita en la validez de la sentencia misma.”

Es sobre la base de lo que se demanda que el demandado plantea su defensa; así mismo es sobre la base de la demanda que el juez debe pronunciarse en su sentencia, de lo contrario cometería incongruencia.

“[...] En efecto, pone en evidencia la separación entre el órgano que acusa y el órgano que sentencia, y reconoce que la función persecutoria incumbe a aquél, no a éste. Si no fuera así, es decir, si el juzgador pudiera rebasar los términos de la acusación, desatenderlos o sustituirlos a discreción, estaríamos en presencia de un desempeño judicial inquisitivo: el órgano de la jurisdicción llevaría por sí mismo a la sentencia hechos y cargos que no ha esgrimido el órgano de la persecución, y se convertiría, en buena medida, en un acusador”.

La regla es que corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme al principio dispositivo, como corresponde a las partes delimitar los puntos sobre los que el juez debe pronunciarse en sentencia.

⁹³ Causa No. 05371-2016-00050, planteado por el señor Juan José Zapata Páez en contra de la señora Jacqueline Elizabeth Gómez Flores, en su calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de la compañía MILROSE sociedad anónima, así como por sus propios y personales derechos.

“[...] Lo anterior no sólo funda la exigencia de información precisa, completa y oportuna sobre las imputaciones --que es un derecho elemental del encausado, un dato crucial del debido proceso, sin el cual declina la condición del inculpado como sujeto del enjuiciamiento, para reinstalarlo como objeto de la investigación--, sino también la indispensable relación que debe existir entre la acusación que propone el tema del proceso y la sentencia que dispone sobre ese tema, no sobre otro u otros que pudieran ser aledaños a él, pero en todo caso no fueron materia de la prueba, del debate, de las defensas, y por lo tanto sólo podrían ser, si acaso, cuestiones para un proceso diferente en el que se observen las correspondientes garantías de información y defensa.”

Es de trascendental importancia que la parte demandada conozca sobre lo que debe defenderse, pues la deducción de sus excepciones dependerá fundamentalmente de las pretensiones constantes en la demanda; en otras palabras, debe tener claro qué va a contradecir, el objeto de sus pruebas, las razones a esgrimir contra las pretensiones del actor, en suma, es imprescindible que el juzgador garantice el derecho a la defensa como integrante del debido proceso.

“[...] Nada habría que oponer, en mi concepto, a lo que la ley del Estado denomina recalificación de los hechos, es decir, a la observación de éstos desde otra perspectiva técnica, bajo una clasificación o designación diversas de las que inicialmente fueron aplicadas, pero conservando invariable la identidad de aquéllos, como materia o tema del proceso. En este supuesto queda en pie la defensa que hicieron y sigan haciendo el inculpado y su asistente legal, porque ésta se ha referido y se refiere a unos hechos que no han sido alterados, modificados, incrementados, sino apenas denominados con otros términos. Dicho de manera diferente: los hechos quedan inalterados; sólo cambia el nomen juris con el que se los designa, y esta variación no tiene más trascendencia que la depuración técnica en el empleo de los conceptos, pero no toca la defensa. [...] Y si las cosas permanecen en ese punto, no hay violación del derecho a la defensa.”

El artículo 169 de la CE establece dos aspectos fundamentales a considerar dentro de la administración de justicia, el primero, que el sistema procesal es únicamente un medio para alcanzar la justicia, vale decir que el proceso no es un fin en sí mismo; y el segundo, que la justicia no debe ser sacrificada por la omisión de formalidades. Si el demandado conoce en forma precisa y clara de lo que tiene que defenderse y lo hace, es decir ejerce plenamente su derecho a la defensa, la tipificación

de las figuras jurídicas no resulta trascendental, y el juez debe pronunciarse sin temor a incurrir en incongruencia, como por ejemplo, cuando el demandado se defiende del despido intempestivo que alega el actor, pero el juez rechaza el pedido porque en la demanda consta que “se le ha cancelado” y no “que se le ha despedido”, o cuando el demandado al defenderse del despido dice que “no corresponde a la verdad lo manifestado por la actora, la misma que se retiró del trabajo sin razón alguna y nunca más volvió”, lo cual debe ser interpretado como que el demandado está alegando abandono de trabajo, y en consecuencia debe respaldar su afirmación con el expediente de visto bueno –Arts. 172.1, 621 y 622 CT-, pero el juez resuelve rechazar el despido intempestivo porque el demandado no dijo que la actora haya abandonado el trabajo, sino que afirmó únicamente que la actora se ha retirado del trabajo.

Una de las novedades positivas que trae el COGEP es lo que doctrinariamente se conoce como litigar con las “cartas abiertas”, esto es que tanto actor como demandado conocen previo a la audiencia de juicio, no únicamente las pretensiones y excepciones, sino además las pruebas con las que cuentan; de ahí que no se pueda –en materia laboral- reformar la demanda.

Y es que, en efecto, los trámites contemplados para las pretensiones de carácter laboral, el sumario y el monitorio, imponen este esquema, ya que se desarrollan en una sola audiencia, con dos fases: la primera, de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación; y la segunda, de prueba y alegatos -333.4 y 359 del COGEP-. La fase de fijación de los puntos en debate –o en otras palabras lo que será objeto de la controversia-, dependerá principalmente de las pretensiones constantes en la demanda, pero también de lo manifestado en la contestación a la demanda, de ahí que es trascendental dejar en claro lo que será motivo de conciliación, y de no existir acuerdo, lo que será objeto de prueba.

“[...] No es esto lo que sucede si se modifica lo que la sentencia de la Corte Interamericana ha designado como “base fáctica” del proceso penal. [...] Si la condena se emite por hechos diferentes de los que señaló la acusación, se habrá vulnerado el nexo de congruencia entre ésta y la sentencia. Sólo la integridad de ese nexo acredita que el inculcado ejerció adecuadamente el derecho a la defensa que el Estado le reconoce y está obligado a respetar y garantizar. 32. A la luz del artículo 8 de la Convención Americana, no se tiene en pie una sentencia adoptada de esa manera.”

Lo que se debe proteger a toda costa es el derecho a la defensa como garantía del debido proceso, relacionada con lo que conoce el demandado pretende el actor, y sobre lo cual se defiende; de ahí que si una sentencia no tiene relación con lo constante en la demanda, ni tampoco se sustenta en lo que el demandado se defendió, será incongruente. De ahí que, como ha señalado la Corte IDH,

“[...] la violación del debido proceso priva de soporte jurídico a la sentencia y obliga al Estado, como lo ha mencionado la Corte, a llevar adelante, si así lo resuelve, un enjuiciamiento en el que se observen la exigencias del debido proceso para arribar a la conclusión que derive de los hechos aducidos por quien acusa, las pruebas presentadas por las partes o traídas por el 9 tribunal y el debate en torno a aquéllos --no acerca de otros hechos-- con sustento en éstas.”⁹⁴

Tal como lo hemos manifestado anteriormente, el juez debe observar en todo procedimiento las garantías del debido proceso, por lo que resulta ser un limitante en cuanto a la flexibilización de la congruencia en materia laboral.

3.4 El derecho a la contradicción

El artículo 168 numeral 6 de la CE establece que la sustanciación de los procesos se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y el dispositivo.

El artículo 76.7.h) de la CE posibilita a las partes “[...] replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.”

El poder contradecir deviene, como es lógico, de lo que la otra parte ha expuesto. En los procesos judiciales sería para el demandado de lo que dice el actor en su demanda, de lo que pretende, de lo que aporta como prueba, de lo que alega, y viceversa en cuanto a la parte actora, con respecto a las excepciones deducidas por el demandado en la contestación a la demanda.

⁹⁴ Sentencia dictada el 20 de junio del 2005, dentro del caso Fermín Ramírez vs Guatemala.

Ibed Toro, al tratar sobre la facultad de contradecir dice: “[...], para constituirlo se requiere que haya dos sujetos que actúen como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que sea efectivamente un tercero en la relación litigiosa y que, consecuentemente, se comporte siempre como tal.”⁹⁵

De ahí que el juez de trabajo deba garantizar la facultad de contradecir de las partes.

En este capítulo hemos querido develar que esa búsqueda por la verdad material, por la justicia, con la que estamos de acuerdo, tiene limitantes.

Intentamos demostrar que la inobservancia del debido proceso deviene precisamente en actuaciones que además de inconstitucionales e ilegales, son injustas; de ahí que el rol del juez como vigilante del debido proceso en todas sus actuaciones jurisdiccionales es muy importante, manteniendo principalmente su imparcialidad como la mejor garantía de un fallo justo, que es un derecho de las y los ciudadanos.

Los jueces de trabajo deben considerar que el límite de la flexibilización del principio de congruencia, está en las garantías del debido proceso, fundamentalmente en la imparcialidad del juez, y de ahí la igualdad de armas, el derecho a la defensa, y el derecho a la contradicción.

⁹⁵ Ibed Toro Cornejo, *El Derecho al Debido Proceso*, (Santiago, El Jurista, 2012), 214.

CONCLUSIONES

En sociedades tan inequitativas como las nuestras, donde existen relaciones entre desiguales, es necesario un ordenamiento jurídico protector. El ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene valores, principios y reglas tuitivas en el ámbito social. Una de esas leyes es el Código del Trabajo que, reconociendo la desigualdad material existente entre empleador y trabajador -el primero tiene medios de producción y capital, en tanto el trabajador únicamente con su fuerza de trabajo- ha desarrollado principios constitucionales de carácter laboral, entre otros, la intangibilidad de los derechos del trabajador, la irrenunciabilidad de sus derechos, la inembargabilidad de la remuneración proveniente del trabajo, el principio *indubio pro operario*, la protección a la mujer trabajadora, etc., que pretenden, en parte, en el ámbito jurídico, atenuar la inequidad referida.

En las relaciones de trabajo se observa, entre otras realidades, que se encuentra en poder del empleador la mayoría de medios de prueba, o que ciertos empleadores pretenden eludir obligaciones laborales, bien que determinados empleadores, cuando son demandados, acuden a una serie de incidentes procesales con el afán de dilatar el proceso, entre otras conductas, lo cual hace que se justifique la existencia de principios procesales específicos que protejan a los trabajadores, por ejemplo -y en el orden de los casos citados-, la inversión de la carga de la prueba, el principio de primacía de la realidad, la posibilidad de que se dicten medidas cautelares con sentencia favorable al trabajador aun cuando no estuviere ejecutoriada, y considerar al trabajo como un derecho económico lo cual tiene que ver con el principio de celeridad procesal.

La Constitución de 1998, en el artículo 192 decía que “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. [...]”; la Constitución vigente, dictada en el año 2008, en el artículo 169, reitera este precepto, lo cual deja en claro que el fin primordial del proceso es la justicia, y como consecuencia de ello ha sido y es una preocupación permanente la manera en que ese valor justicia se haga realidad; es en esa búsqueda que, entre otros, el principio de congruencia –que impone el juez al momento de dictar su sentencia, tener como límites las pretensiones del actor y las excepciones deducidas por el demandado- se ha flexibilizado; de acuerdo a los artículos 19 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, la congruencia tal como ha sido definida tradicionalmente no rige si de por medio está la vulneración de derechos reconocidos en

la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; pero además, en otras materias de carácter eminentemente tuitivo, como la laboral, donde la congruencia se ha atenuado; y tanto es así que en el Código del Trabajo existen disposiciones que indican que se deben reconocer pretensiones adicionales, aunque no hubieren sido expresamente pedidas por el actor, si tienen relación con derechos reconocidos por la norma.

En el Ecuador, ciertos jueces, al amparo de lo que dispone el artículo 130.10 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dice “Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: 10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad;”, han ordenado de oficio la práctica de pruebas, sin límite alguno, muchas veces con total arbitrariedad, situación que quizá no sucede con tanta frecuencia en países vecinos como Perú y Colombia, debido a que en sus legislaciones se ha desarrollado bajo qué presupuestos cabe expedir la llamada prueba de oficio. Recién con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (artículo 168), se incorporó requisitos que el juez debe observar para ordenar de oficio la práctica de prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo cual considero que es positivo, pues, como se ha visto en esta tesis, dejar abierta tal facultad al juez puede llevar, como en efecto ha sucedido, a cometer arbitrariedades que paradójicamente vulneran principios y garantías básicas del proceso.

En las causas laborales ciertas veces sucede que determinados jueces, mal interpretando los principios de favorabilidad que rigen en las relaciones de trabajo, confunden su rol y en el proceso se inclinan por favorecer a la parte actora-trabajador sin ninguna justificación jurídica, sin comprender que el constituyente y el legislador han colocado en “ventaja” a los trabajadores, por las razones ya estudiadas, sin que esta situación de carácter eminentemente material deba extenderse a la decisión judicial, pues el juez debe mantenerse imparcial, lo cual garantiza un proceso justo donde ambas partes van a ser tratadas por igual, concediéndoles las mismas oportunidades.

La actuación del juez laboral en búsqueda de la verdad, en su facultad de dictar prueba de oficio para mejor resolver, en la flexibilización del principio de congruencia específicamente en los casos que nos trae el Código del Trabajo, no es absoluta e

ilimitada; tiene límites, especialmente en ese conjunto de garantías mínimas que siempre deben ser observadas dentro de una causa regida por un derecho fundamental, que es el debido proceso: esencialmente, la imparcialidad del juzgador; la igualdad de armas con que éste debe tratar a las partes -entendida como el asegurar que gocen de las mismas oportunidades-; el derecho a la defensa, que garantice que las partes puedan hacer las alegaciones en derecho que creyeren conveniente para sus intereses; el derecho a la contradicción, entendido en esencia como el poder replicar los argumentos y pruebas de la contra parte.

Estamos de acuerdo con un juez laboral activo, que esté consiente que las partes que acuden a un juicio laboral no son iguales materialmente, que conozca que existen principios constitucionales favorables al trabajador, normas legales protectoras, y jurisprudencia ordinaria y constitucional pro trabajador, pero si no comprende adecuadamente los límites de su actuación ya analizados, se provocarán más problemas que soluciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Diana, “Principios y Peculiaridades Fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo” en *El procedimiento oral en los juicios de trabajo*, de Andrés Páez Benalcázar. Quito: CEP, 2010.
- Aguirre Guzmán, Vanesa, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*. Quito: EDLE S.A., 2012.
- “Activismo en la decisión judicial”, en <http://www.derechoecuador.com/> <http://detalle/archive/doctrinas/funciónjudicial/2013/04/03/activismo-en-la-decision-judicial>, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia” en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- “El derecho humano a la independencia judicial”, en *Novedades Jurídicas*, revista de derecho, No. 90, Ediciones Legales, 2013.
- *El Neoconstitucionalismo Andino*. Quito: Huaponi Ediciones, 2016.
- Baquerizo Minuche, Jorge, “La búsqueda de la verdad a través del proceso judicial ¿mito o posibilidad real?”, en *Novedades Jurídicas*, revista de derecho, No. 100, Ediciones Legales, 2014.
- Cordón Moreno, Faustino, *Manual de Derecho Procesal Civil*. Pamplona: Editorial Ulzama, 2004.
- Cueva Carrión, Luis, *El juicio oral laboral*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2013.
- *El debido proceso*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2014.
- Cueva, Lorena, *El principio de congruencia en el proceso civil*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Cruz Villalón, Jesús, *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: TECNOS, 2014.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad, 2004.
- Falcón, Enrique, *Procesos de conocimiento*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2009.

- Lanas Medina, Elisa, “La prueba en demandas laborales por discriminación”, en *Derecho Procesal*, revista de derecho, No. 14, Corporación Editora Nacional, 2010.
- López Medina, Diego, “Interpretación Constitucional”, en Rodrigo Lara Bonilla, *Escuela Judicial*, www.ramajudicial.gov.ec, 2006.
- Lozano, Néstor de Buen, *Derecho del Trabajo*. México: PORRÚA, 2013.
- Masapanta, Christian, “El juez garantista, un nuevo rol de los actores judiciales en el Constitucionalismo ecuatoriano”, en Luis Fernando Torres, *Debate Constitucional*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2010.
- Monesterolo Lencioni, Graciela, *Instituciones de Derecho Laboral Individual*. Quito: CEP, 2013.
- Páez Benalcázar, Andrés, *El procedimiento oral en los juicios de trabajo*. Quito: CEP, 2010.
- Pásara Pazos, Luis, “La independencia judicial en la experiencia Latinoamericana”, en *Novedades Jurídicas*, revista de derecho, No. 85, Ediciones Legales, 2013.
- Poma Valdivieso, Nataly, “Principios de Favorabilidad: ¿Discrecionalidad de los Jueces?”, en *Novedades Jurídicas*, revista de derecho, Ediciones Legales, 2016.
- Salazar Ugarte, Pedro, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera, *Garantismo Espurio*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Toro Cornejo, Ibed, *El Derecho al Debido Proceso*. Santiago: El Jurista, 2012.
- Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Quito: Pudeleco Editores, 2002.
- Vásquez López, Jorge, *Derecho Laboral Ecuatoriano*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2004.
- Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*. Bogotá: TEMIS, 2006.
- Vintimilla Saldaña, Jaime y Santiago Andrade Ubidia, *Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria*. Quito: CIDES, 2005.
- Zabala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional*. Guayaquil: EDINO, 2002.

Normas ecuatorianas

Constitución del Ecuador, RO No. 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

Código de Procedimiento Civil, Codificación, RO Suplemento No. 58, Quito, 12 de julio de 2005.

Código Orgánico General de Procesos, RO Suplemento No. 506, Quito, 22 de mayo de 2015.

Código Orgánico de la Función Judicial, RO Suplemento No. 544, Quito, 9 de marzo de 2009.

Código del Trabajo, Codificación, RO Suplemento No. 167, Quito, 16 de diciembre de 2005.

Código de la Niñez y la Adolescencia, RO No. 737, Quito, 3 de enero de 2003.

Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía, RO Suplemento No. 644, Quito, 29 de julio de 2009.

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, RO Suplemento No. 483, Quito, 20 de abril de 2015.

Ley Orgánica para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo, RO No. 720, Quito, 28 de marzo de 2016.

Ley Orgánica de solidaridad y de corresponsabilidad ciudadana para la reconstrucción y reactivación de las zonas afectadas por el terremoto de 16 de abril de 2016, RO Suplemento No. 759, Quito, 20 de mayo de 2016.

Mandato Constituyente No. 8, RO Suplemento No. 330, del 30 de marzo del 2008.

Reglamento para el pago o devolución del fondo de reserva por parte del IESS, RO No. 201, Quito, 27 de mayo de 2010.

Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-0088, de 23 de abril del 2015, RO Suplemento No. 494, Quito, 6 de mayo de 2015.

Tribunal Constitucional

Sentencia del 19 de abril del 2007, RO No. 70, del 24 de abril del 2007.

Corte Constitucional

Sentencia No. 024-09-SEP-CC, del 12 de octubre del 2009, RO No. 50, del 20 de octubre del 2009.

Sentencia interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, caso No. 0019-09-IC, del 25 de febrero de 2010.

Sentencia No. 001-13-SCN-CC, caso No. 0535-12-CN, del 6 de febrero del 2013, RO Suplemento No. 890, del 13 de febrero de 2013.

Sentencia No. 258-15-SEP-CC, caso No. 2184-11-EP, del 12 de agosto del 2015.

Resoluciones judiciales publicadas en el Registro Oficial

RO No. 412, Quito, 6 de abril de 1990.

ROS No. 58, Quito, 31 de octubre de 1996.

ROS No. 59, Quito, 1 de noviembre de 1996.

RO No. 87, Quito, 12 de diciembre de 1996.

RO No. 189, Quito, 14 de octubre de 2003.

RO No. 63, Quito, 13 de abril de 2007.

RO No. 13, Quito, 27 de agosto de 2009.

ROS No. 890, Quito, 13 de febrero de 2013.

RO No. 410, Quito, 13 de marzo de 2013.

RO No. 651, Quito, 17 de diciembre del 2015.

ROS No. 894, Quito, 1 de diciembre del 2016.