



FACULTAD DE DERECHO

PLAN DE "SIMULACION LABORAL: CAUSAS, MATERIALIZACIÓN Y MEDIDAS
LEGALES SUSTANTIVAS Y OBJETIVAS CORRECTIVAS"

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica.

Profesor Guía:
Patricio Baca

Autores:
Felipe Andrés Alegre Acharan

Año:
2013

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUIA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el (los) estudiante(s), orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

.....
Patricio Baca Mancheno
Doctor en Jurisprudencia
C.I. Número 1707979470

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaramos que este trabajo es original, de mi (nuestra) autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

.....
Felipe Andrés Alegre Acharan
C.I. / Pasaporte Número: 16.607.234-4

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi Papa Marco
Patricio Solano Ruilova

A mi profesor guía por su
paciencia y dedicación

A mis amigos y amigas

RESUMEN

El precario desarrollo de las instituciones del derecho laboral en el ámbito nacional ha permitido la aparición de figuras jurídicas que precarizan los derechos de los trabajadores, en particular la simulación laboral que no solo precariza los derechos laborales específicamente desvanece los mismo dejando al trabajador fuera de la esfera del derecho laboral.

En principio la constitución reconoce y sanciona la simulación laboral pero sin un desarrollo legal que permita concretar una definición clara de la figura jurídica. El desarrollo de figuras jurídicas como la subordinación, ajenidad, aplicabilidad de normas de trabajo autónomo, simulación y procedimientos tanto laboral como penal permite la clarificación de este problema.

ABSTRACT

The uncertain development of the labour law entities in the country has allowed the appearance of legal entities that affects the rights of the workers, particularly the labour simulation that in fact not only diminish the laborer ´s rights but it denies their rights.

At first hand the constitution accepts and penalizes labour simulation as a crime but unfortunately there is no real development of the laws that permits a clear definition of this labour law problem. The establishment of clear definitions of job seniority, foreign, applicability of civil laws, simulation and trial in the labour field as in the penal field will permit a clarification of this problem.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	2
ASPECTOS GENERALES DE LA RELACIÓN LABORAL Y CIVIL	2
I. De la Relación Laboral en General	3
1. Naturaleza Jurídica de la relación Laboral	3
2. Principios de la relación laboral	5
II. De Relación Civil en General	11
1. Naturaleza jurídica de la relación civil	11
2. Principios de la relación Civil	12
III. Invalidez de los Contratos en General	13
1. Precisiones conceptuales	13
2. Visión sobre la invalidez	14
3. Modalidades de la invalidez jurídica tradicionales	15
4. Simulación contractual en general	17
CAPITULO II	23
VISIÓN CRÍTICA DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA RELACIÓN LABORAL Y CIVIL EN ECUADOR	23
I. Referencias Constitucionales Laborales	25
1. El trabajo como un derecho/obligación social, derecho económico	26
2. Modalidades de trabajo	27
3. Precarización de la relación laboral	28
4. Mandato constituyente número 8	34

II. La Difusa Legislación Laboral	37
1. Definición legal de contrato de trabajo	38
2. Características del contrato de trabajo	39
3. Únicos elementos distintivos del contrato de trabajo, la relación de dependencia y la remuneración como elemento consecuente de la dependencia	39
IV. La Difusa Legislación sobre la Contratación Civil de Servicios	42
1. Trabajo autónomo en la legislación civil	42
2. Trabajo autónomo en el mandato constituyente numero 8	44
 CAPITULO III	 46
PROPUESTA DE REDEFINICION DE INSTITUCIONES DEL DERECHO LABORAL A LUZ DE LA DOCTRINA MODERNA	46
I. De la Nueva Concepción Jurídica del Trabajo en General	46
1. Aproximación y precisión de términos	46
2. Finalidades de la regulación jurídica de las relaciones de trabajo	47
3. ¿Obligación de medio o de fin?	48
II. Subordinación como Elemento Subjetivo Constitutivo de la Relacion Laboral	49
1. De la subordinación en general	49
2. Elementos constitutivos de subordinación	51
3. Elementos presuntivos de subordinación	53

III. Ajenidad como Elemento Objetivo	
Constitutivo de la Relación Laboral	55
1. Elemento constitutivo de ajenidad	57
2. Elemento presuntivo de ajenidad	57
IV. Antagonismo del Trabajo Autónomo	58
1. Características antagónicas del trabajo autónomo frente al subordinado y bajo ajenidad	59
V. Propuesta de Reforma del Artículo 8 del Código del Trabajo para la Disociación Definitiva entre el Trabajo Civil y Laboral	61
1. Elementos a considerar para reformular el artículo 8 del código del trabajo	62
2. Reestructuración del artículo 8 del código del trabajo	62
CAPITULO IV	65
DE LA SIMULACION LABORAL Y EL PROCEDIMIENTO	65
I. De la Simulación Laboral	65
1. Antecedentes y definición de simulación laboral	65
2. Objetividad en la simulación laboral	66
3. Efectos de la simulación laboral	67
4. Propuesta de tipificación de la simulación como ilícito laboral	68
II. Del Procedimiento Relativo a la Simulación	69
1. Naturaleza del procedimiento judicial laboral ecuatoriano	69
2. De la acción por simulación laboral en general	70
3. Procedimiento y prueba en la acción por simulación laboral	71

4. Incompatibilidad de una acción por simulación y causal de nulidad por simulación	72
5. Efectos de la sentencia como consecuencia de una acción por simulación laboral	73
III. Penalización de la Simulación Laboral y no Afiliación al Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social	74
1. Elementos a considerar	74
2. Derecho comparado	76
3. ¿Penalizar o no penalizar la simulación laboral y la no afiliación al seguro social?	77
CONCLUSIONES	79
RECOMENDACIONES	80
REFERENCIAS	82

INTRODUCCIÓN

Con la aprobación de la Constitución de Ecuador en el año 2008, se dio un cambio vertiginoso en el sistema jurídico nacional con elementos innovadores como:

- ✓ Constitución de aplicación directa, es decir, no es necesario normas que complementen el contenido de la constitución para aplicarla.
- ✓ Nueva jerarquía normativa, los tratados internacionales están bajo la constitución, se establecen normas de carácter orgánico y mandatos constituyentes.
- ✓ Institucionalización del Estado de derechos y justicia junto con los paradigmas del neo constitucionalismo
- ✓ Elevar a constitucional la mayoría de los derechos laborales y de seguridad social.
- ✓ Establecimiento del trabajo como un derecho social, un deber social y un derecho económico.
- ✓ Y principalmente establecer la simulación laboral como un acto penalizado y sancionado por la ley.

Al reconocer la constitución la simulación laboral como un ilícito merecedor de una sanción de carácter penal, abre todo un abanico de inquietudes como: ¿Cuál es desacierto de la ley que permite la aparición de esta figura?, ¿Cómo se simula un contrato laboral?, ¿Cuáles son las falencias de los elementos constitutivos de una relación laboral que permiten tal confusión?, ¿Qué efectos tiene la simulación?, ¿Vale la pena penalizar tal conducta?

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA RELACIÓN LABORAL Y CIVIL

Introducción al capítulo. Los principios son generalmente tomados a la ligera por estar en la base de la jerarquía normativa aun cuando las normas se deben en origen y en esencia a estos. Los principios toman especial importancia en el esquema del Estado de derechos justicia pues impiden la “no aplicación de justicia por falta de norma” y por otro lado son los pilares para el desarrollo de la doctrina y normativa nacional en caso de oscuridad legal.

Toda relación jurídica nace de una manifestación del derecho o de la voluntad de las personas, estas relaciones suelen tener un fin, de estos muy variados como pueden ser fines económicos, de cooperación, sociales y familiares entre otros, lo destacable es que sin importar el origen del vínculo este siempre se somete al derecho.

La relación jurídica ciertamente tiene un origen en el derecho tanto en su constitución como en su desarrollo, por lo general se ve envuelta en un contrato y en las demás fuentes de las obligaciones, en específico cuando la relación jurídica nace de un contrato se vincula con todos sus elementos (capacidad, voluntad, objeto y causa).

Resumen. Las personas se vinculan entre ellas mediante relaciones, posteriormente estas relaciones comienzan a tomar tintes jurídicos naciendo así la relación jurídica, luego esta relación jurídica encuentra su origen y contenido en alguna de las fuentes de las obligaciones principalmente el contrato.

I. DE LA RELACIÓN LABORAL EN GENERAL

Las relaciones inter-personales crean los vínculos necesarios para el funcionamiento de la sociedad, sin una vinculación entre si las personas no podrían lograr sus metas individualmente por lo que nace la necesidad de establecer relaciones que al amparo del derecho se transforman en jurídicas dada la necesidad de garantizar un justo establecimiento y desarrollo de la relación antes mencionada. Desde un punto de vista netamente gramatical un vínculo, es un intangible que liga los bienes a las personas y las personas entre sí, desde el punto de vista laboral, podríamos decir preliminarmente que se refiere a la vinculación que se manifiesta en el trabajo que hace una persona bajo dependencia o subordinación a favor de otra en circunstancias definidas por la doctrina laboral y la ley. Antagónicamente a la situación anterior una persona puede trabajar en beneficio de otra sin que exista necesariamente una relación laboral bajo una figura de trabajo autónomo.

1. Naturaleza Jurídica de la relación Laboral

La naturaleza jurídica de la relación laboral no es la común de una relación privada, hasta el punto de que muchos autores consideran al derecho laboral como una rama pública o mixta, lo cual no consideramos apropiado pues el requisito indispensable para que un contrato se enmarque en el ámbito público es a) una de las partes del contrato sea el Estado o b) la ley sea por definición pública al regular una institución pública, lo que en la práctica común obrero - patronal no es frecuente. Nuestra postura se inclina por catalogar al derecho del trabajo como privado, ahora bien, este derecho privado tiene una peculiaridad que es la **fuerte intervención de la mano pública en su constitución y desarrollo**, no obstante **esta intervención no influye en la naturaleza del contrato**, es decir, en definirlo como privado o público sino más bien esta intervención de la mano pública le da la característica especial adicional llamada “orden público”, por lo tanto la relación laboral se enmarca como un **Derecho privado de orden público**. Como hace mención García

(1958) “el interés público no solo se da en las relaciones jurídico-públicas, sino que se da también en no pocas relaciones de índole privadas pues se encuentran en fundamentos políticos administrativos, sociales y morales.” (p.73)

Al hablar de orden público no nos referimos a que la norma sea de carácter público, la diferencia es sustancial aunque se preste para confusiones. Las normas de orden público son aquellas que regulan relaciones en las que una de las partes se encuentra objetivamente en una situación de inferioridad frente a la otra. Así pues es el concepto de la Suprema corte de Pcia. de buenos aires (1974) que señala lo siguiente:

“Cuando con un sentido de equidad ampara el interés general de la sociedad para la realización de una idea de justicia. El orden público, surja de la ley o de la naturaleza intrínseca de sus disposiciones, tiene una finalidad: **corregir abusos de derecho y evitar injusticias en la organización social**, y para lograr esa finalidad las normas jurídicas que gozan de esa jerarquía son de aplicación obligatoria e independiente de la voluntad de las partes; más aún, sustituye estas voluntades” (Énfasis añadido) (p.15)

A partir de los presupuestos mencionados nacen ciertas condiciones propias de las normas de orden público como lo son la irrenunciabilidad de derechos, protección del Estado a favor de la parte más débil, presunción a favor de la parte más débil, contratos reglados, nulidad automática de las estipulaciones que perjudiquen a la parte más débil entre otras.

Ejemplos de normas de orden público son:

- ✓ Ley Orgánica de defensa al consumidor
- ✓ Ley de Inquilinato
- ✓ Normas del sector financiero

✓ Código del Trabajo

2. Principios de la relación laboral

Los principios por definición son mandatos de maximización de la norma para su mejor entendimiento y aplicación, es decir, son los pilares que permiten el desarrollo de las instituciones de derecho tanto sustantivo como procesal. Dentro del esquema neo-constitucional que ahora rige en el país los principios parecen tomar cierto valor extraordinario, cuando la constitución hace mención a la imposibilidad de negar justicia por falta de norma si no hay norma específica se aplican los principios generales según la teoría del neo-constitucionalismo, son los principios que como origen y razón de ser de la norma toman valía en este esquema.

El Derecho del trabajo establece un sin número de principios que se caracterizan por ser protectores del trabajador, ¿Por qué se da esta situación? Al enmarcar al derecho del trabajo en la categoría de derecho privado de orden público se reconoce una **disparidad del poder económico y social de las partes** así como una necesidad social de establecer ciertas garantías para este tipo de relaciones, esta necesidad social como la hemos llamado es justificable pues trabajo es un tema que incumbe a la mayoría de la sociedad, más aun en nuestros países empobrecidos del sur donde el trabajador asalariado o que trabaja a cuanta ajena es el que predomina.

2.1. Autonomía de la voluntad limitada. La libertad de las partes para contratar lícitamente entre ellas y de incluir en el contrato todas las estipulaciones que estimen convenientes en el contrato laboral es base del mismo, sin esta libertad no existiría vínculo alguno entre las partes. Sin embargo la autonomía de la voluntad en derecho laboral sufre ciertas limitaciones que la caracterizan y **se establecen con el fin de corregir la desigualdad económica y la disparidad jurídica producto de la subordinación jurídica**, procurando así otorgar cierto equilibrio a la relación.

Todo esto se materializa en ciertas disposiciones o características señaladas a continuación:

2.1.1. Contrato de trabajo normado o reglamentado como restricción a la autonomía de la voluntad. La voluntad de las partes en un contrato laboral se ve limitada dada su naturaleza de contrato normado o reglamentado. Según las ideas de Vásquez J (2004) es un tipo de contrato en el que ***el legislador impone cláusulas obligatorias*** que deben ser cumplidas en su totalidad a diferencia de otras ramas jurídicas donde se puede renunciar a ciertas disposiciones legales (pág. 55). Esta institución del derecho laboral íntimamente relacionada con la irrenunciabilidad de derechos se manifiesta concretamente en el artículo 21 del código del trabajo (2005) donde se establece el contenido o cláusulas básicas de un contrato de trabajo.

Otra amalgama de la reglamentación contractual es la ***intervención de la mano pública*** que se manifiesta en la protección y fiscalización administrativa y judicial que se establece a favor a los trabajadores, garantizando la aplicación de sus derechos tanto judicial como administrativamente como lo señalan los artículos 5 y 538 del código del trabajo (2005) donde se designan las autoridades judiciales y administrativas que deben hacer cumplir las normas del código del trabajo.

2.1.2. Principio de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales como restricción a la autonomía de la voluntad. Estos dos principios constituyen el pilar fundamental del derecho laboral, y paralelamente una limitación a la autonomía de la voluntad.

El principio de irrenunciabilidad establece la ***imposibilidad jurídica al trabajador para renunciar a sus derechos así sea voluntariamente***, puesto que el legislador busca proteger al trabajador de cualquier engaño o mecanismo que pueda usar el empleador en contra del trabajador para que este renuncie a sus derechos. Contrario a lo que sucede en otros contratos

puramente privados en los que se puede renunciar a ciertos derechos, por ejemplo cuando el acreedor condona la deuda al deudor, situación que en el derecho laboral no se permite pues el trabajador no podría condonar una remuneración al empleador si este se encontrase en mora.

Por otro lado el principio de intangibilidad nos indica que los derechos de los trabajadores adquiridos en el tiempo ya sea por la práctica o el contrato de trabajo no pueden ser afectados o disminuidos, es decir, no se pueden “tocar” los derechos de los trabajadores para mermarlos, sería el caso si un trabajador ganara mil dólares y el empleador decidiera disminuir su sueldo, esta disposición sería ilegal en consecuencia nula.

2.2. Condición más beneficiosa para el trabajador (Pro Operario). Este principio se refiere a que en **caso de duda** en la aplicación o interpretación de la ley o el contrato laboral, los jueces y la administración aplicaran los principios y normas en general de tal manera que beneficien al trabajador.

2.3. Equivalencia salarial y no discriminación. Este principio se materializa como una garantía del trabajador para que de acuerdo a su preparación pueda negociar su salario y una mejora del mismo cuando se hubiese especializado en su área de desempeño laboral, siempre y cuando esta especialización sea justificada o necesaria para el cargo que desempeña en la empresa.

Por otro lado el mecanismo para materializar este principio se fundamenta principalmente en la **comparación** dado que el trabajador al estar inmerso en la organización empresarial del empleador forma parte de un grupo de trabajadores que están todos bajo un principio de igualdad frente a su empleador, cualquier menoscabo de un trabajador en favor de otro o circunstancias similares podrían ser tomadas como discriminatorias, es por esto que el salario de trabajadores que posean igual preparación y realizan el trabajo en debe ser igual. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 79 del código del trabajo (2005).

2.4. Presunción de laboralidad. Principio tratado ampliamente por la doctrina española que nos expresa lo siguiente:

“En caso de que se dé una prestación de servicios bajo la organización de una persona por una remuneración se presumirá la relación laboral, es decir, procesalmente hablando tendrá que ser el supuesto empleador quien pruebe la inexistencia de la relación laboral”. (Valverde M, Rodríguez F, Gutiérrez S, García J, 2011, p. 492-493)

Este principio está íntimamente relacionado con el pro operario y el principio de primacía de la realidad. En primer lugar este principio se aplica cuando a) durante un proceso judicial se pone en duda la existencia de la relación laboral (ya sea por el juez o una de las partes) o b) cuando se niega la existencia de la relación laboral. Consecuentemente la carga de la prueba se ubica sobre el empleador que niega la existencia de la relación laboral o la pone en duda.

2.5. Primacía de la realidad. Los contratos tienen su **esencia en su contenido** y en la ley dando lugar a un sin número de posibles estipulaciones que permitan la mejor ejecución del contrato y así lograr el fin que este persigue, sin embargo estas estipulaciones pueden llegar a deformar el contrato hasta en su misma naturaleza. No es extraño la presencia de inconsistencias entre las estipulaciones plasmadas en el contrato y la ejecución práctica, en estricto sentido esta práctica es habitual siendo un problema menor para el derecho salvo cuando esta ejecución fuera de los lineamientos del contrato perjudica a una de las partes, más aún si se trata de un vínculo jurídico laboral donde no hay una equivalencia del poder de las partes. **Este principio desconoce las estipulaciones o el nombre equivoco del contrato y le otorga valor a la realidad que no se refleja en el mismo.**

La jurisprudencia nacional define claramente este principio dado que no se encuentra en el ordenamiento positivo:

“La existencia de una relación de trabajo depende no de lo que las partes pudieran pactar, sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado en la prestación de servicios; y es porque la aplicación del derecho del trabajo; depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación bilateral de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, pues si las estipulaciones consignadas en el acuerdo de voluntades no corresponden a la realidad de la prestación del servicio, carecerán de valor. Si un trabajador y un patrono pudieran pactar que sus relaciones deben juzgarse como una relación bilateral del derecho civil el derecho del trabajo dejaría de ser derecho imperativo, pues su aplicación dependería no de que existieran las hipótesis que le sirven de base sino de la voluntad de las partes. En atención a estas consideraciones, se ha denominado al contrato de trabajo contrato realidad, pues existe no en el acuerdo abstracto de voluntades sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia” (Gaceta judicial 12, serie 13, 1981, pág. 2797)

2.6. Buena fe. Este principio se entiende como la actuación de ambas partes del contrato individual bajo directrices de **colaboración, solidaridad y lealtad**. Este principio exige conducta como buen empleador y buen trabajador que establecen condiciones para beneficio mutuo y no para perjudicarse entre sí.

2.7. Estabilidad laboral. La relación laboral puede durar por un tiempo definido o indefinido de manera general, salvo ciertas excepciones, luego del periodo fijo de duración, el contrato se transforma en indefinido. a) La estabilidad laboral supone que las relaciones laborales tienden a ser de **larga duración** pues el empleado se integra a la organización empresarial de su patrono, lo que implica una inclusión profunda en la empresa que no cabe en situaciones

esporádicas o ajenas a la empresa b) Por otro lado la la estabilidad laboral se entiende como una **limitación de la capacidad del empleador de dar por terminada la relación laboral** en los contratos indefinidos (en nuestra legislación manifestada en la imposibilidad de desahucio) constituye en sí una garantía de estabilidad para el trabajador, siendo esta característica la otra cara de la estabilidad laboral.

2.8. Principio de conservación. Los actos jurídicos que nacen con deformaciones congénitas en su estructura objetiva o cuando se evidencian ciertas incapacidades subjetivas son sancionados por la ley con la nulidad del acto e inoponibilidad entre otros efectos impuestos como sanción. Pero en el ámbito laboral lo que busca el legislador es la **continuidad del contrato** por razones de estabilidad laboral como hemos señalado antes. En concreto el principio de conservación busca **evitar la nulidad como sanción para la plena ejecución del contrato excluyendo las estipulaciones contra derecho e incluyendo las cláusulas típicas de este tipo de contratos normados**. Por esto es que las cláusulas ilegales se consideran nulas sin que estas afecten la validez del contrato.

2.9. Equidad, igualdad formal e imposibilidad de igualdad material. Desde un inicio tanto la doctrina como la legislación nacional reconocen una desproporcionalidad entre el poder del empleador quien tiene el poder económico para contratar al trabajador quien depende de él económicamente.

a) La Equidad busca **nivelar el la situación jurídica** (entiéndase como el contexto en el que las partes negociaron el contrato y las características de los derechos y obligaciones) de las partes en la relación jurídica, aproximándose a la igualdad pero fatídicamente sin poder alcanzarla, por lo que la equidad es un principio que reconoce desde un comienzo la imposibilidad de alcanzar la igualdad, así dispone una serie de mecanismos para que la sujeción de una de las partes ante la otra no se transforme en una relación abusiva. Por otro lado

b) la igualdad formal es la también llamada **igualdad ante la ley**, un presupuesto necesario para la aplicación de la ley donde priman características

como la generalidad y la aplicación de la ley para todos con la misma rigurosidad, en el caso del trabajador y el empleador ambos serán sometidos a la misma justicia sin distinción. Por otro lado c) la igualdad material supone esa idea que busca que las personas tengan relaciones conmutativas donde ambas partes estén en un perfecto equilibrio, sin desigualdad de poder económico y/o social. Es evidente pues que la ***igualdad material es un empírico inalcanzable en la relación obrero-patronal puesto que la misma legislación determina una situación de subordinación jurídica.***

II. DE RELACIÓN CIVIL EN GENERAL

La Relación civil es aquella que nace de la común convivencia de las personas cuando hay alguna necesidad en especial, que peculiarmente tiende a diferenciarse de sus figuras homologas mercantiles en el elemento "lucro". El origen de estas relaciones suele ser una necesidad económica sin ser esta mercantil como ya lo hemos mencionado. ***Esta relación tiende a ser generalmente conmutativa***, es decir, la partes sacan un provecho equivalente de las prestaciones reciprocas, por esto es común encontrar la figura de la lesión enorme en las legislaciones civiles del mundo para contrarrestar cualquier "abuso" que se genere en la relación civil y así mantener cierta conmutatividad.

1. Naturaleza jurídica de la relación civil

A diferencia de la relación laboral su contra parte civil no se encuadra en un Derecho privado de orden público (salvo ciertas excepciones como las curadurías) sino en un derecho privado puro donde la autonomía de la voluntad no se ve restringida significativamente, no existe mayor intervención de la mano publica y las partes suelen tener un poder económico sino igual relativamente equivalente.

2. Principios de la relación Civil

Los principios básicos del derecho civil son los siguientes:

2.1. Plena Autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad es la capacidad que permite dar comienzo a todo contrato del que nace la obligación y relación en este caso civil que contenga todas las cláusulas lícitas que las partes crean necesarias para la correcta ejecución del contrato. La autonomía de la voluntad en derecho civil es amplia ya ***casi sin ninguna restricción*** pues se aplica plenamente el aforismo “está permitido todo, salvo lo prohibido expresamente por la ley”

2.2. Principio de la imprevisión. Se refiere a la posibilidad de “***ablandar***” ***las disposiciones de un contrato por situaciones imprevistas***, como una calamidad doméstica, problemas económicos, disposiciones gubernamentales que afecten al contrato, situaciones de hecho imprevistas y demás. Este principio está orientado a que a pesar de ciertos impedimentos dificulten la ejecución del contrato, este se ejecute de todas maneras así sea de una manera un tanto diferente o en un plazo mayor, pues lo que busca el legislador es la eficacia de los contratos.

2.3. Abuso del derecho. Este principio está relacionado al cumplimiento de la norma pero que con una actitud dolosa de perjudica a un tercero o evadir consecuencias legales, es decir, el ***empleo del Derecho de una forma lícita para un fin inmoral o con el fin de evadir el derecho***, más específicamente evadir la ley. De este principio se desprende otro similar que es denominado “nadie puede beneficiarse de su propio dolo” consecuentemente ambos principios casi similares buscan detener actividades inmorales y legales que se permiten principalmente por vacíos legales y que paradójicamente no suelen ser invocados por los jueces por ser meros principios sin una normativa dura que los sustentante y desarrollen un procedimiento para aplicarlos.

2.4. Conmutatividad e igualdad de poder de las partes. Los contratos civiles suelen ser conmutativos, pues ambas partes realizan prestaciones o reciben bienes en una relativa **equivalencia**, concepto muy vinculado al precio justo. La norma civil de manera general no busca proteger a ninguna de las partes pues son relaciones comunes a la convivencia en sociedad que nacen de necesidades comunes a todos.

2.5. Buena fe. Consiste en la actitud o convicción de que toda persona celebra un contrato para realizarlo y beneficiarse del de manera honesta, perjudicar a la otra parte. En el ámbito procesal se configura como la convicción de sentirse asistido con la razón de demandar ante los jueces, por esto no debe ser demostrada, en consecuencia la mala fe que es alegada por la otra parte si debe ser probada por esta.

2.6. Duración relativa. Gran parte de los contratos civiles, tienen por definición una duración determinada, ya sea hasta que se preste el servicio, se ejecute el mandato, se pague el crédito, se acabe el arrendamiento o una duración convencional o legal, toda relación civil o en su gran mayoría tienen a tener una duración limitada.

III. INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

1. Precisiones conceptuales

El Derecho sanciona aquellos actos que nacen al derecho con **distorsiones u omisiones en su composición que afecten su naturaleza o a las partes**, estas sanciones tienen una íntima relación con la validez del contrato y su reconocimiento a la luz del derecho, es decir, la validez del acto en cuanto a su forma y la validez de los efectos del acto. La Cruz J, Sancho F, Luna A, Delgado J, Rivero F, Rams J (2011) establecen una clara diferencia entre estos términos a fines de la siguiente manera:

1.1. La ineficacia. Esta figura hace referencia a la ***falta de ejecución del contrato***, por lo que este no surte efectos jurídicos. Esta ineficacia se puede dar por variados motivos, como la simple falta de voluntad de las partes de llevar a cabo el contrato o como un arrepentimiento tácito en su ejecución. Por otro lado se entiende a la ineficacia como una imposibilidad de llevar a cabo el objeto del contrato, es decir, que el contrato nunca llegó a su fin.

1.2. Ineficacia sin invalidez o ineficacia en sentido estricto. Si la ***privación de efectos jurídicos no es producto de un elemento estructural del contrato*** o de la infracción de la norma esta situación se puede dar en función del origen, sobrevinida, automática o provocada como la resolución de un contrato, es decir, el contrato está sano pero por razones ajenas a él no se llega a cumplir su objeto.

1.3. Inoponibilidad o ineficacia relativa. Se refiere a que el acto jurídico solo es ***ineficaz frente a ciertos sujetos*** a los que no se les puede oponer el acto, a los que no les afecta el contrato en cuanto a sus efectos jurídicos, ej. El contrato de sociedad que no ha sido publicado o registrado para terceros no existe, o la sociedad conyugal que no ha sido disuelta por sentencia no es disuelta para los demás aun cuando efectivamente este repartida.

1.4. La invalidez. Se refiere a la ***falta de fuerza jurídica vinculante*** del contrato en función de defectos de en sus elementos constitutivos o ilicitud de su contenido. Por consiguiente *todo contrato inválido es ineficaz*, pero no todo contrato *ineficaz es inválido*. Esta situación suele ser sancionada por nulidad absoluta o relativa. (pág. 531 a 533)

2. Visión sobre la invalidez

Así mismo La Cruz et al (2011) señala que la invalidez posee 3 formas de entenderse:

2.1. Como juicio de valor. Referente a lo que debe ser el contrato y no a lo que es. Si un contrato quiebra el ordenamiento jurídico o falta la esencia del mismo este no debería existir a la luz del derecho.

2.2. Como sanción. Sanción que impone el ordenamiento jurídico por el quebrantamiento del derecho, dependiendo de la gravedad la sanción puede ser o no corregible.

2.3. Como disciplina jurídica. Como primer principio rector del derecho toda norma está hecha para ser acatada, cuando no sucede esto surge una sanción que debe ser aplicada de acuerdo al tipo de infracción y la gravedad de esta siendo este bagaje de conocimientos sobre la aplicación de sanciones una disciplina jurídica. (pág. 534)

3. Modalidades de la invalidez jurídica tradicionales

3.1. Nulidad absoluta. La nulidad absoluta es aquella **sanción** que impone la ley por **vicios o defectos graves en un acto jurídico**, sanción que supone la **pérdida de efectos jurídicos y la imposibilidad de sanear el defecto que provoco la nulidad**. Dada la gravedad del defecto (estructural) esta nulidad es de pleno derecho, por lo que puede ser declarada de oficio o a petición de parte.

Para los efectos de nuestra legislación civil, la nulidad absoluta se establece en principio a causa de a) Objeto y causa ilícita b) Incapacidad absoluta de los contratantes. Además por omisión de Requisito o formalidad en función de su naturaleza.

Luego la jurisprudencia (Gaceta judicial 2, serie 17, 1999, pág. 391) determina de una forma más concisa las causales de nulidad absoluta:

CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA

Nuestra legislación sustantiva civil, establece que produce la Nulidad absoluta en el acto o contrato, cuando encuentran: 1) objeto ilícito; 2) causa ilícita; 3) falta de objeto; 4) falta de causa; 5) falta de formalidades legales, siempre que consten como requisitos necesarios e imprescindibles; 6) incapacidad absoluta de uno de los intervinientes, y, 7) violación de prohibiciones legales para su otorgamiento o celebración.

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Aun cuando se establecen los elementos de nulidad de una forma más clara, los jueces de la sala cometen el **error de confundir la causal de nulidad con la causal de inexistencia**, que si bien ambas tienen los mismos efectos, existen en categorías completamente diferentes pues cuando un acto es nulo se reconoce que en algún momento existió a la luz del derecho, caso contrario a la inexistencia donde se busca el reconocimiento del no nacimiento del acto jurídico a la luz del derecho. Para efectos de la investigación, a razón del precario desarrollo de la institución en la doctrina nacional y con fines prácticos trataremos como homólogos los términos de nulidad e inexistencia.

3.2. Nulidad relativa o anulabilidad. La doctrina española trata a la nulidad relativa como anulabilidad pues se trata de **actos que potestativamente pueden ser declarados nulos** por la petición de algunas de las partes. Esta nulidad es relativa a requisitos de los contratos que pueden ser subsanados de manera general.

Para los efectos de nuestra legislación civil, la nulidad relativa se establece a causa de:

a) Incapacidad relativa de alguna de las partes contractuales b) Error, fuerza o dolo c) Actos prohibidos por la ley que no tengan objeto ilícito.

En general todos los actos que si bien tienen defectos puedan ser ratificados o subsanados por las partes, de manera general estos defectos no son de la estructura objetiva del contrato sino que son defectos externos subjetivos referentes a las partes.

4. Simulación contractual en general

La simulación tiene lugar al darse una **incongruencia entre la declaración interna y externa**, es decir, una diferencia entre lo que se quiere y lo que se expresa. Es considerada como un defecto del contrato pues existe una confusión en cuanto a la naturaleza del mismo producto de la inconsistencia de lo deseado y lo expresado.

4.1. Presupuestos de la simulación. La simulación se afianza bajo 3 presupuestos principales según La cruz et al (2011):

a) Intención disimulada. La intención interna que no se transparente en la declaración real. **b) Acuerdo simulatorio.** Donde se expresa la intención disimulada que no concuerda con el acuerdo real entre las partes, es decir, la puesta al público de un acuerdo que no es el real. **c) Expresión negocial.** Expresión donde no existe o tiene un alcance diferente la naturaleza del contrato, véase el nombre de la figura contractual o la materia de la que forma parte (pág.397)

4.2. Simulación lícita e ilícita. Los presupuestos son los que viabilizan la finalidad y la esencia de toda simulación, es decir, engañar a terceros o a la otra parte contractual. Cabe precisar que engañar no es lo mismo que perjudicar, por lo que la doctrina a diferenciado entre simulación lícita e ilícita, la primera se manifiesta cuando **no se perjudica a terceros** y la segunda cuando si lo hace. De lo anterior podemos afirmar que toda simulación tiene el fin de engañar a terceros perjudicándolos o no, es decir, un **fraude**. A nuestro criterio la simulación lícita simplemente no es simulación pues esta pierde sentido si es

lícita, si se simula lo que se busca es evitar la ley o una consecuencia jurídica y esto siempre desemboca en un perjuicio ya sea material o ético, ej. Una persona que evita la ley referente a capacidad de contratar no perjudica a nadie pero si resulta injusto esta evasión frente a las demás personas que si cumplen la normativa o bajo una idea moral de protección al menor. En cualquier escenario **la simulación siempre implica un engaño o fraude por ende siempre es ilícito.**

4.3. Las partes. Centrándonos en la simulación ilícita que es la que realmente distorsiona la figura del derecho, como ya hemos expuesto esta simulación tiene por objetivo perjudicar a terceros, dentro de esta lógica, **es una de las partes la que tiene mayor interés en ocultar el negocio, esta parte es llamada simulador principal y la otra parte es arrastrada como cómplice** a participar de la simulación, aun cuando la colaboración del cómplice pueda ausentarse como elemento subjetivo de la simulación seguirá existiendo simulación.

4.4. Clasificación. La simulación se clasifica principalmente de dos maneras, como simulación absoluta y como relativa.

a) En el caso de la **simulación absoluta** las partes procuran hacer parecer que existe un negocio jurídico que en realidad nunca existió o que nunca se ejecutará (ineficaz), ej. Simulación de un contrato de trabajo solo para sacar la visa de trabajo, sin realizar nunca el trabajo establecido en el contrato. Lo principal es hacer parecer la existencia de un negocio lícito pero que nunca se ejecutara, esta figura es usada principalmente para sacar provecho de consecuencias jurídicas beneficiosas de un acto y tiende a ser la menos dañina de las simulaciones.

b) Por otro lado en el caso de la **simulación relativa** las partes acuerdan generar la apariencia de un acto (falso) para ocultar la existencia de uno real, por ejemplo: las partes suscriben un contrato de prestación de servicios (falso)

cuando en realidad se prestan servicios laborales (real), entonces la prestación de servicios oculta el contrato de trabajo con el fin de evitar afiliación al seguro social, estabilidad laboral, remuneraciones adicionales entre otros.

4.5. Teorías de simulación y estructura del contrato. La simulación no recae en el contrato de manera amplia sino que se enfoca en ciertas partes de la estructura del mismo. Objetivamente hablando el contrato tiene una estructura compuesta por consentimiento, objeto y causa, estos requisitos de existencia forman un contrato, la capacidad es un elemento subjetivo en cierta manera ajeno a la estructura del contrato.

En este orden de cosas existen teorías que explican la naturaleza de la simulación y su relación con la estructura del negocio jurídico. **a) Teoría simulación-nulidad:** aluden a la simulación como causal de nulidad por falta de consentimiento y causa. Esta teoría es criticada principalmente por no existir dentro del ordenamiento positivo esta causal de nulidad. **b) Teoría dualista Francesa:** La doctrina y la jurisprudencia Francesa señalan que en caso de simulación existen 2 situaciones negócias distintas donde no es indispensable declarar una nula sino que establecer cual prevalece sobre la otra. Esta teoría es criticada pues al acto simulatorio se le da valor jurídico aun cuando luego sea reemplazado. **c) Teoría monista:** esta teoría señala que existe un solo negocio jurídico con un consentimiento único que bifurca en dos declaraciones, una falsa destinada al público y una verdadera entre las partes. (Ospina & Ospina, 2009, pág.117 a 123).

La simulación en el consentimiento. Como señala la teoría monista existe **un negocio jurídico con dos declaraciones de voluntad**, una falsa y una real, en estricto sentido esta intención de defraudar o engañar constituye un vicio del consentimiento llamado **dolo**, producto de esta afirmación llegamos a un problema jurídico de legitimidad en la acción de las partes, pues si es una simulación concertada donde ambas partes acuerdan simular como una de las partes que actuó con dolo podría alegarlo en su contra y contra un tercero. Más

bien ***sería lógico pensar en una legitimidad de acción de una de las partes frente a la otra cuando el engaño ha sido de una parte contra la otra*** por ej. El comerciante realiza un contrato de agencia con otro cuando en realidad hay una dependencia laboral entre ellos, y el agente por desconocimiento o engaño firma el contrato perdiendo todos los beneficios de la relación laboral.

La simulación en el objeto. La simulación en el objeto es palpable a toda instancia pues el objeto es un hecho material que se refleja en la realidad del negocio jurídico. El objeto son los fines prácticos que se proponen alcanzar las partes mediante el contrato, genéricamente hablando el objeto del contrato es de dar, hacer o no hacer algo, ej. En un contrato de obra ¿Cuál es el objeto? La construcción (hacer) de un bien inmueble con xxx características, en cambio cuando es simulado, el engaño se verá en actos reales, en el mismo ejemplo: tenemos un contrato de obra, pero en realidad no se construye un inmueble sino que se hacen excavaciones en busca de crudo, ***el objeto es verificable como simulado con la sola observancia de los hechos***. El objeto como hemos dicho es el fin del contrato que se materializa en acciones palpables, como dice nuestro ordenamiento al siguiente tenor:

“Art. 1477 del código civil (2005).- (...) Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público “

Generalmente cuando hablamos del objeto tanto del contrato real como del contrato aparente, el objeto genéricamente es el mismo pues de esta manera se facilita la confusión jurídica de los contratos ej. Una venta simulada en donación, el objeto de ambos contratos es “dar”, pero bajo circunstancias diferentes. El objeto es ilícito en el contrato simulatorio pues el mismo no se encuadra dentro de la naturaleza real del contrato, es decir, la realidad del objeto no concuerda con el objeto negocial. A esta situación se le llama ***simulación en la naturaleza del contrato pues a través de la simulación se***

desvirtúa la verdadera naturaleza del contrato (en simulación relativa). Por otro lado otros autores afirman que el objeto del contrato simulatorio no existe pues la obligación de dar, hacer o no hacer no se ejecutara dentro de los parámetros del negocio simulatorio sino dentro de los parámetros del negocio jurídico oculto y lícito, si bien nos adherimos a esta afirmación la doctrina nacional casi no toma en cuenta la categoría de la inexistencia por lo que por fines prácticos diremos que el objeto es ilícito, aun cuando realmente es inexistente.

La simulación en la causa (evasión y ocultación). Por ultimo cuando nos referimos a la simulación en la causa, la causa es la ***motivación que nos lleva a realizar el acto***, por esto cabe preguntarnos ¿Por qué simularíamos un contrato? Varias son las razones como:

- ✓ Evasión tributaria
- ✓ Evasión de responsabilidad
- ✓ Evasión de obligaciones
- ✓ Uso del derecho para beneficio de la o las partes

En general el verbo rector en la causa simulada es la “evasión” que de manera general es “evasión de la ley”.

4.6. Efectos de la simulación. Los efectos de la simulación varían de acuerdo a los efectos de la expresión de la voluntad de las partes, como mencionamos anteriormente la voluntad es única pero tiene diversas manifestaciones, una manifestación real y una simulada.

El acto jurídico que se expone como real frente a terceros, es en esencia nulo pues la causa real de dicho contrato es ocultar otro, el objeto es crear la imagen de ejecución de una prestación que no coincide con su realidad. Otra parte de la doctrina se inclina por la teoría de la inexistencia puesto que se entiende que nunca existió ni causa ni objeto. Para nosotros la nulidad es en la

práctica la mejor opción considerando el precario desarrollo de la institución de la inexistencia en el país como adelantamos en apartado “nulidad absoluta”. Realmente estamos frente a un objeto inexistente pues no hay prestación alguna y causa en el contrato simulatorio es ilícitos pues solo busca ocultar mediante engaño.

En el caso del contrato real y oculto, la aplicación del **principio de conservación** permite la continuidad del contrato a través de una especie de **conversión**, desenmascarando el engaño y dejando a la luz el contrato real. Este contrato no tiene ningún tipo de vicio en su estructura, el objeto y causa son lícitos, la voluntad es la real, lo que buscaban realmente las partes e ve reflejado en este contrato oculto y la capacidad es un tema subjetivo irrelevante en este caso.

4.6.1. Efectos en el contrato simulatorio. Este contrato es a) **Nulo** per se invalido en función de causa ilícita, objeto ilícito o inexistente y voluntad viciada por alguna de sus causas de ser al caso y b) es **inoponible** frente a terceros dada su naturaleza contradictoria.

4.6.2. Efectos en el contrato oculto. Se entiende que **a) produce todos sus efectos** desde el momento de su celebración. **b) La nulidad del acto simulatorio no determina la validez del contrato simulado** sino que reconoce su existencia ante el derecho.

CAPITULO II

VISIÓN CRÍTICA DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA RELACIÓN LABORAL Y CIVIL EN ECUADOR

Introducción al capítulo. La oscuridad de la norma resulta un inconveniente grave en un sistema legalista donde la jurisprudencia toma poca relevancia y los jueces se ven atados de manos cuando no existe norma expresa referente a un caso particular. Tal es el caso de Ecuador en el ámbito del trabajo donde la oscuridad de las normas de trabajo tanto laboral (trabajo a cuenta ajena) como civil (trabajo autónomo) permiten la confusión de ambas figuras y el abuso de algunos empleadores para camuflar una relación laboral bajo una civil.

Dentro la normativa referente al derecho laboral encontramos 4 cuerpos legales nacionales pertinentes, en primer lugar la constitución, el mandato constituyente número ocho y su reglamento y el código del trabajo en el ámbito laboral y en el ámbito civil el código de la misma materia que contiene la normativa sobre el trabajo autónomo. Dentro de la jerarquía normativa clásica se crea una nueva norma llamada “mandato constituyente” cuyo fundamento se establece en la consulta popular del 15 de abril de 2007 que proponía la transformación del marco institucional del Estado y la elaboración de una nueva constitución. Entre las funciones de esta nueva asamblea se encontraba la de emitir, leyes, acuerdos resoluciones y mandatos constituyentes. No es clara la vigencia ni el rango jerárquico de esta normativa emitida por la asamblea constituyente cuya naturaleza era eminentemente transitoria pues luego sería elegida una nueva asamblea permanente (dentro de la duración que fije la normativa correspondiente). En cuanto a la naturaleza del mandato constituyente el reglamento para el funcionamiento de la asamblea constituyente (2007) menciona lo siguiente:

“Art. 2.- De los actos decisorios.- En el ejercicio de sus poderes, la Asamblea Constituyente aprobará:

(...) 2. Mandatos Constituyentes: Decisiones y normas que expida la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes. Estos mandatos tendrán efecto inmediato, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo;”

Si bien la norma no desarrolla extensivamente el concepto, al mencionar que estas decisiones son para el ejercicio de los poderes de la asamblea constituyente se entiende que una vez que esta sea disuelta, la normativa para el ejercicio de sus poderes queda sin efecto pues perdería su razón de ser, sería como la subsistencia de una normativa para letra de cambio sin que esta siquiera existiera, pierde totalmente su función.

Luego el mandato constituyente numero 1 (2007) reza lo siguiente:

“Art. 2.- De las Atribuciones de la Asamblea Constituyente.- La Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones.

Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.”

Si bien la consulta popular como expresamos anteriormente proponía una nueva constitución la asamblea constituyente en extensión de sus atribuciones redefinió la normativa y creó los mandatos que como menciona el articulo antes

mencionado, le otorga una superioridad jerárquica frente al resto del ordenamiento jurídico por lo que la nueva estructura se configuraba con la constitución como primer elemento jerárquico, luego los mandatos constituyentes y luego la normativa ordinaria y especial. Sin embargo como hemos establecido la eficacia de los mandatos constituyentes debió fenecer con la asamblea constituyentes por lo que en la actualidad solo deberían formar parte de la historia legislativa del país, sin desmedro de esto los órganos administrativos, judiciales y de manera general los mandatos se siguen aplicando como normativa vigente por lo que sus disposiciones en este momento aun cuando mal entendidas están bajo la constitución y sobre las leyes.

I. REFERENCIAS CONSTITUCIONALES LABORALES

El año 2008 se reformulo el sistema jurídico del país, desplazándonos de un esquema de Estado de Derecho basado en la legalidad a un Estado de derechos y justicia basado en la actividad administrativa y discrecionalidad para garantizar en primer lugar el mejor ejercicio de los derechos de las personas y en segundo lugar la prevalencia del Derecho entendido como regulador de la sociedad, aplicando así la teoría del neo constitucionalismo que se fundamenta en:

- ✓ Aplicación directa de la constitución
- ✓ Establecimiento de garantías amplias para los derechos
- ✓ Reglamentación de la constitución como un extenso cuerpo normativo
- ✓ Establecimiento de un sin número de derechos como constitucionales
- ✓ Creación de un estado proteccionista, intervencionista y fiscalizador

1. El trabajo como un derecho/obligación social, derecho económico

La constitución tiene una clara integridad y relación de muchos temas entre sí, hace una fuerte referencia a la relación de la economía con el trabajo y como el ***trabajo es reconocido como un elemento de primer orden dentro de la economía nacional***. Ahora bien dentro de este esquema la primera alusión clara que hace la constitución (2008) al derecho del trabajo es en su art. 33 que reza lo siguiente:

“El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”

Derecho y deber social se refiere al trabajo tanto en su concepto de “acceso al trabajo”, es decir, la disponibilidad de oferta laboral, facilidades del mercado laboral y rotación de trabajadores, como en su concepto de “realización del trabajo”.

Como un derecho de todas las personas a acceder a un trabajo y así mismo un deber tanto del trabajador como del empleador de cumplir con sus obligaciones propias de forma correcta y moral entendiéndose que este cumplimiento de sus obligaciones repercutirá tarde o temprano en la economía del país y por ende en toda la sociedad ***ratificando así la naturaleza privada (económica) y de orden público (interés social) del trabajo***.

Al estar involucrada la sociedad en su totalidad se origina la ***necesidad de la intervención estatal*** y su deber de garantizar a los trabajadores ciertas condiciones de trabajo y la ***libertad de escoger y aceptar un trabajo***, se

entenderá que la intervención mediante la cual garantiza los derechos mencionados se realizara mediante la actividad administrativa y judicial.

2. Modalidades de trabajo

Durante el desarrollo la constitución esta hace referencia al trabajo pero no es hasta el artículo 325 que hace mención a las modalidades de trabajo.

Es necesario entender el alcance del término “modalidades”, como concepto la modalidad se manifiesta como la apariencia visible de un procedimiento que se maneja bajo ciertas reglas y mecanismo.

Extrapolando este concepto al ámbito del derecho el trabajo es la actividad pero son las características del mismo lo que determina bajo qué tipo de norma se regule, como podría ser la ley civil, laboral o mercantil entre otras.

En concreto el art. 325 de la constitución (2008) reza lo siguiente:

“El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de **dependencia o autónomas**, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.” (Énfasis añadido)

El artículo en primer lugar hace referencia a “el estado garantizara el derecho al trabajo” se refiere al derecho de acceso al trabajo, luego hace referencia a las modalidades del trabajo que son:

- ✓ Trabajo bajo relación de dependencia
- ✓ Trabajo autónomo

Luego de manera diferenciada incluye las labores de autosustento y cuidado humano como modos más bien secundarios a nuestro parecer dado que el autosustento no cabe en ninguna de las modalidades antedichas y el cuidado humano por el contrario si puede encajar en cualquiera de las modalidades como prestación de un servicio, aun cuando el artículo pueda reflejar al cuidado humano no como servicio sino como actividades de carácter familiar donde uno de sus miembros cuida a uno más desvalido.

3. Precarización de la relación laboral

A lo largo de la historia hemos visto como las personas buscan evitar lo que resulta intrincado, desde un punto de vista humano se busca evitar el dolor, las empresas evitan los gastos para maximizar sus ingresos y así podemos enunciar una larga lista en todas las áreas sobre como el hombre evade lo que no le gusta o no le conviene.

Jurídicamente hablando vemos frecuentemente como muchos conocedores del derecho buscan vacíos legales para evadir impuestos, evadir responsabilidad, evadir un tipo de ley que no les favorece plenamente en sus intereses. ***En el caso del derecho laboral lo que se busca evadir es justamente el sometimiento a esta norma proteccionista***, una norma con amplios privilegios económicos, sociales, legales y procedimentales a favor del trabajador.

Pero ¿Por qué sucede este fenómeno en este ámbito en particular? Hay variadas razones, no solo por simple abuso del empleador, no es nuestra intención satanizar la imagen de empleador ni colocar al trabajador en una posición de víctima, lo que busca el derecho laboral es equilibrio, no igualdad, dado que la relación obrero-patronal es eminentemente dispareja y esa situación no cambiara ni por obra de la sociedad ni por obra del derecho.

Una vez expresado lo anterior, las evasiones en esta materia se pueden dar por las siguientes causas:

- ✓ Inseguridad económica del empleador
- ✓ Petición del mismo trabajador para evitar el pago del seguro social
- ✓ Evasión de pago de remuneraciones adicionales, estabilidad, derecho a vacaciones, indemnizaciones, entre otros derechos laborales
- ✓ Error en el tipología del contrato
- ✓ Dolo del empleador para beneficiarse del perjuicio del trabajador
- ✓ Por mutuo acuerdo y así evadir las obligaciones respectivas

Estas causas son solo algunas de las que pueden converger para evadir la normativa laboral, al ser esta una situaciones relativamente común en el país, el legislador hace referencia a esto en la constitución en primer lugar, de una forma bastante ambigua, más bien ejemplificada o enumerativa en el artículo 327 de la constitución (2008) que reza lo siguiente:

“La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.

Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.”

Este artículo es de vital importancia para esta investigación ya que hace referencia directa a la simulación laboral y la establece como una situación penalizada y sancionada por ley.

El primer segmento del artículo hace referencia a la tercerización, una figura que en si no es perjudicial sino que ha sido mal usada en el país. Ya en el segundo segmento del articulado se hace alusión a la prohibición de precarizar las relacionadas a las actividades propias y habituales de la empresa, a partir de esto vale la pena precisar que entendemos por Precarizar y su alcance en el ámbito laboral, cuando hablamos de ***Precarización laboral se entiende que se refiere a las condiciones de empleo, subempleo y desempleo que generan inseguridad o falta de garantía de condiciones y derechos básicos*** consagrados en el derecho laboral como falta de cobertura social, ausencia de indemnizaciones, inestabilidad e incertidumbre entre otras.

Este artículo no solo hace mención a situaciones ilícitas dentro del trabajo sino que se enfatiza en establecer una jerarquía según su gravedad ya que “prohíbe” la tercerización, tercerización y contratación por horas y demás situaciones similares pero por otro lado establece que “sancionara” y “penalizara” concretamente el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto. Dada esta situación podemos establecer una categorización de ilícitos laborales según su gravedad.

3.1. Precarización general de relación laboral (leve). Como establece el artículo 327 de la constitución (2008) se prohíbe: a) Intermediación laboral b) Contratación laboral por horas c) Tercerización de las actividades propias de la empresa. Estas situaciones jurídicas son consideradas de una manera general sin entrar a considerarlas de mayor gravedad jurídica a diferencia de la determinación taxativa que a continuación expresa el artículo.

En lo referente a la tercerización ***el espíritu de la constitución es garantizar que toda actividad propia de la empresa esté sujeta a una relación laboral bilateral y directa***, entendiéndose como actividad propia primeramente a la relacionada con el giro del negocio (estatutario) y en segundo lugar a la actividad real de la compañía o persona natural que permite su funcionamiento.

Estas formas de precarización de la relación laboral que hemos enunciado anteriormente están sujetas a sanciones judiciales, como la nulidad, pago de indemnizaciones y otras sanciones legales de carácter pecuniario.

3.2. Precarización específica de la relación laboral (grave). Sin perjuicio de las distorsiones y sanciones que hemos señalado anteriormente, el artículo en su segmento final hace alusión a distorsiones graves que no solo merecen sanciones pecuniarias sino que sanciones ya de carácter penal. Estas distorsiones o precarizaciones graves que hace mención la constitución son:

- ✓ Incumplimiento de obligaciones patronales
- ✓ Fraude laboral
- ✓ Simulación laboral
- ✓ Enriquecimiento injusto laboral

Estos ilícitos señalados por la constitución son algunos ambiguos y otros simplemente no desarrollados ni por la constitución ni la ley por eso es nuestro menester aclarar el alcance conceptual de cada uno.

3.2.1. Incumplimiento de obligaciones patronales. El empleador tiene obligaciones expresas en la ley y otras obligaciones tacitas que se entienden de la lectura de la ley, estas obligaciones a su vez tienen diferentes connotaciones, de carácter económico, social y políticas, que se encuentran consagradas en su mayoría en el artículo 42 del código del trabajo (2005).

En este caso ***la sanción penal por excelencia (privación de libertad) propiamente tal se hace inviable*** en virtud de la aplicación del artículo 66, numeral 29, literal c de la constitución (2008), que reza lo siguiente:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...) 29. Los derechos de libertad también incluyen:

(...) c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

Aplicando en estricto sentido el precedente artículo, las obligaciones patronales y las deudas procedentes de la misma no están sujetas a sanciones de privación de libertad, por lo que **solo son aplicables sanciones pecuniarias**, lo que hace improcedente las sanciones penales probatorias de libertad. Contradictorio resulta entonces la consulta popular del 2011 que aprueba la penalización del no cumplimiento de obligaciones con el instituto ecuatoriano de seguridad social, tema que abordaremos en las páginas siguientes de esta investigación.

3.2.2. Fraude laboral. Conceptualmente el fraude es en esencia un **engaño** mediante el cual una persona se aprovecha del desconocimiento de otra persona para obtener un beneficio. Este ilícito carece un tipo penal en concreto, aun cuando es usado en gran parte de la legislación nacional no hay una definición concreta del fraude y menos del fraude en materia laboral.

En concreto el fraude en materia laboral tiene como principal contradictor jurídico el carácter imperativo de la norma laboral, la irrenunciabilidad de derechos y la nulidad automática de las estipulaciones ilegales, puesto que el vicio causado por el fraude es “convertido” o neutralizado por el ordenamiento jurídico.

“El fraude a la ley, por adopción arbitraria de una figura contractual distinta a la laboral, o en cualquier otra forma, implícita causa ilícita o abuso de derecho; por consecuencia, tampoco exime del acatamiento de la ley” (Mosset, J, año, pág. 134)

A manera ejemplificada enumeraremos algunas clases de fraude en materia laboral como:

- ✓ Declaración de una edad mayor a la real con el fin de evadir la edad mínima legal
- ✓ Entregar recibos de pago de un valor menor al real para defraudar al estado
- ✓ Entrega de recibos de pago de un valor mayor al real para defraudar al trabajador
- ✓ La renuncia forzada o engañosa que encubre un despido
- ✓ La sustitución de una figura contractual por otra para evadir la norma laboral (simulación)

Estas entre muchas otras defraudaciones que puedan nacer del “ingenio” de los empleadores o por mutuo acuerdo de las partes. Cabe también resaltar una aclaración que se desprende esta enumeración, **la simulación es una especie de fraude**, si el fraude implica un engaño y toda simulación tiene implícito un engaño, entonces la simulación es una especie de fraude. De manera más concreta al hablar de simulación laboral podemos afirmar que **La simulación laboral es en esencia un fraude a la ley laboral.**

3.2.3. Simulación laboral. Como determinados anteriormente la simulación laboral es una especie de fraude laboral, tema que desarrollaremos a profundidad en las hojas siguientes, se refiere en esencia a:

- ✓ Evasión o abuso de la ley laboral
- ✓ Creación de una figura contractual simuladora

El mecanismo que se usa en el país para dar lugar a la ocurrencia de este fenómeno es la **superposición de un contrato de prestación de servicios profesionales que oculte la realidad laboral**. Por otro lado dejamos el enriquecimiento injustificado como figura próxima pero no relacionada a la

simulación por el pobre y casi nulo desarrollo de este término en la doctrina nacional.

4. Mandato constituyente número 8

El 6 de mayo de 2008 fue publicado el Mandato constituyente 8 eliminación y prohibición de tercerización, Decreto Legislativo llamado a terminar la institución de la tercerización en el país o más bien a limitarla, pues hay ciertos servicios como vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza que aún se pueden tercerizar bajo normas más estrictas.

El mandato constituyente numero 8 dentro de las muchas instituciones que elimina y reforma hace referencia en la disposición general segunda a la prestación de servicios profesionales, pero su Reglamento (2008) en su artículo 16 el que regula definitivamente la situación de la simulación mediante la prestación de servicios civiles, dicho artículo reza lo siguiente:

Art. 16.- Contratación civil de servicios técnicos especializados.- Se podrá contratar ***civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la empresa*** usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales o jurídicas en sus ***particulares instalaciones***, con su propio personal, las que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. ***La relación laboral será directa y bilateral entre los contratistas prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores***, sin que haya responsabilidad solidaria por parte de la usuaria, salvo el caso de que exista vinculación en los términos señalados en el artículo 13 de este reglamento.

Se prohíbe vincular en esta forma de contratación civil a los denominados contratos de "servicio prestado", de "prestación de servicios" o de "servicios profesionales" que varios empleadores han venido utilizando para encubrir relaciones de trabajo, perjudicando al trabajador, **simulando una relación contractual de carácter civil**, con la exigencia de que éste **presente facturas** para el pago de supuestos "honorarios", cuando en realidad dicha relación corresponde al ámbito jurídico laboral, esto es, al Código del Trabajo, por reunir los **tres elementos** que integran y definen al contrato de trabajo: a) prestación de servicios lícitos y personales; b) **relación de dependencia o subordinación jurídica que implica horario de trabajo y acatamiento de las órdenes del empleador**; y, c) remuneración. (Énfasis añadido)

La norma establece ciertos nuevos elementos relacionados tanto a la relación laboral como civil.

4.1. Equivoca objetivación del trabajo y profesión. El trabajo está sujeto a varias modalidades que lo definen y lo someten a un cierto ordenamiento jurídico, el trabajo es una actividad que para determinar su naturaleza jurídica deben ser consideradas tanto características de hecho como de derecho que lo configuran al trabajo, el mandato 8 define ciertas profesiones pertenecientes a la contratación civil exclusivamente, **sin considerar "la realidad" de la contratación** pudiéndose dar el caso de constituirse relaciones laborales no reconocidas bajo estas profesiones establecidas en la norma, podría darse el caso de un abogado, un ingeniero en sistemas, un contador que trabaje con exclusividad para una compañía y reúna todos los requisitos de una relación laboral que en función de este artículo podría ser desconocida.

Siempre ha existido un debate referente a la profesionalización o no del derecho del trabajo, muchos sostienen que todo trabajo profesional debe estar enmarcado en una prestación de servicios civiles más nunca en el ámbito laboral, otros en cambio defienden la postura de una apertura del derecho

laboral hacia las diferentes profesiones o actividades pues ***no es prudente crear una categorización de profesiones que definan si el trabajo es autónomo o subordinado in tomar en cuenta la realidad***, por esto es imperiosa la aplicación del principio de primacía de la realidad para revelar la verdadera naturaleza jurídica de una relación de trabajo, ***la objetivación de la relación de trabajo en función de la profesión es un error que restringe y convierte al trabajo en una actividad inflexible.***

4.2. Vana Duplicación del texto constitucional en el reglamento del mandato constituyente número 8. El texto del artículo 16 del reglamento del mandato constituyente número 8 se configura como una repetición inconsistente del contenido constitucional referente a la simulación, insiste en cuestiones ya tratadas por constitución como la relación giro del negocio y relación laboral sin un mayor aporte jurídico. Luego si bien hace una aproximación más exacta a lo que es la simulación laboral no aporta en contenido sino más bien ***establece una desacertada definición de subordinación laboral al establecer como elementos de la misma el acatamiento de órdenes y el horario sin establecer un desarrollo más prolijo de las instituciones mencionadas.***

4.3. Aportación de herramientas de trabajo. Si bien pareciera que la normativa toma a la ligera esta característica es en realidad un elemento muy vinculado a la determinación del tipo de trabajo que se realiza, ya que ***dependiendo de quien aporte las herramientas de trabajo se podría llegar a determinar la naturaleza de una relación de trabajo dudosa,*** estableciendo esta figura como un elemento presuntivo.

4.4. Equivoca determinación de elementos de la subordinación laboral. La normativa determina que el acatamiento de órdenes y los horarios son elementos constitutivos de subordinación laboral lo cual es un error si pensamos que ***el horario puede estar presente en otras modalidades contractuales y las ordenes no tienen una determinación exacta en cuanto***

a sus características, límites y demás elementos por lo que podría ser fácilmente confundible con figuras cercanas como las “sugerencias”, “ordenes no vinculantes”, “intenciones”, “intereses” y demás.

III. LA DIFUSA LEGISLACIÓN LABORAL

El Derecho del trabajo en Ecuador se consagra y se condensa especialmente en un cuerpo legal, el código del trabajo cuya primera codificación data de 1961 hasta la última de 2005. Este código es objetivo y subjetivo a la vez, le son supletorias las normas del código civil.

En una normativa sumamente proteccionista del trabajador y de su familia, recopila tantos derechos económicos, políticos y sociales, en su espíritu presupone una clara disfuncionalidad obrero patronal por lo cual busca corregir al estilo de doctrinas sociales europeas clásicas como las de Marx y Engels que proponen la lucha de clases y el conflicto social inevitable.

En un marco legal que propone una fuerte **intervención de la mano pública** en los contratos privados, el estado entra a ser una especie de padre que todo lo vigila, el trabajador por su parte toma la forma de su hijo desvalido frente a un empleador abusivo.

Cuando se revisan estos tipos de leyes es menester no solo tomar en cuenta el contexto de creación sino más importante aún el estudiar el contexto actual de aplicación, estando ya en siglo XXI donde las conquistas sociales ya no se están maquinando sino que se están aplicando y puliendo es necesario tomar en cuenta que la sociedad actual aun con sus grandes injusticias es abismalmente más justa que las que le precedieron. El trabajador actual tiene voz, voto y decisión dentro de las organizaciones empresariales, no es uno más, es considerado, es respetado, y de no cumplirse estos supuestos hay los mecanismos eficaces para hacer valer sus derechos.

Es imperativo comenzar a entender la relación obrero patronal no como una lucha de clases sino como una cooperación de clases que permita el beneficio de ambas partes bajo un principio de equidad que otorgue equilibrio a esta relación desigual.

1. Definición legal de contrato de trabajo

El contrato de trabajo es un mecanismo de consolidación de la relación obrero patronal y una manera de controlar la relación por parte del Estado. En concreto el código del trabajo (2005) ecuatoriano define al contrato de trabajo al tenor del siguiente texto:

Art. 8.- Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el **convenio** en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a **prestar sus servicios lícitos y personales**, bajo su **dependencia**, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre. (Énfasis añadido)

Cabe preguntarnos ¿es esta una definición moderna y exacta de un contrato de trabajo? ***Paradójicamente esta definición de contrato de trabajo adolece de ser sumamente inexacta en términos jurídicos, fácilmente confundible con otras figuras contractuales referente a servicios personales del ámbito civil y mercantil.*** En su primera parte define al contrato como convenio que a la luz del entendimiento jurídico no significa un aporte a la singularización del contrato, en segundo lugar hace referencia a la obligación de “hacer” que se materializa en la prestación de servicios que como nota relevante deben ser “personales” y por ultimo hace referencia a la relación de dependencia como único rasgo distintivo, un término a nuestro juicio muy tomado a la ligera por el derecho nacional.

2. Características del contrato de trabajo

1.1. Convenio. Un acuerdo mediante el cual las partes establecen las condiciones de trabajo bajo las restricciones de un contrato normado.

1.2. Obligación de hacer (prestación de servicios). Obligación del trabajador de realizar las tareas convenidas y la correlativa obligación del empleador de pagar por el servicio.

1.3. Intuitu personae. El contrato de trabajo solo puede ser ejecutado por el trabajador que contrae la obligación de hacer, es de carácter personalísimo, el remplazo es totalmente excluido de los contratos de trabajo.

1.4. Remuneración. El trabajo jamás puede ser gratuito salvo en ciertos casos excepcionales orientado más bien a situaciones excepcionales ajenas a una relación laboral típica como podrían ser trabajos forzados establecidos como sanción o trabajos relacionados al aprendizaje. La remuneración a diferencia del pago es de más amplio espectro y abarca todos los beneficios económicos que determina la ley laboral.

3. Únicos elementos distintivos del contrato de trabajo, la relación de dependencia y la remuneración como elemento consecuente de la dependencia

La relación de dependencia y la remuneración en caso de la legislación ecuatoriana son los únicos elementos que permite distinguir esta figura de otras y a pesar de esto ha sido tratada de una manera sumamente superficial lo cual abrió el camino para la prosperidad de distorsiones como la simulación de contratos laborales.

Por su lado la remuneración no solo es el pago de una cantidad de dinero con fijación de mínimos legales, la remuneración es en sí todo beneficio económico

legal y discrecional que tiene un trabajador sometido al derecho laboral producto de la dependencia jurídica, estos beneficios económicos los encontramos a lo largo del código del trabajo como lo son la décima tercera y cuarta remuneraciones, utilidades, vacaciones pagadas, fondos de reserva y demás.

La relación de dependencia es conceptualmente la vinculación jurídica que nace de presupuestos de desigualdad formal de las partes que le permite al empleador dar órdenes al trabajador en función de una subordinación del último.

3.1. Relación de dependencia en la jurisprudencia nacional. La jurisprudencia nacional define a la relación de dependencia de la siguiente manera:

“DEPENDENCIA LABORAL

La subordinación laboral es una **relación jurídica de poder, de autoridad en el patrono y de obediencia y sometimiento en el trabajador**. La relación de poder que importa la subordinación ha de ser jurídica, esto es de derecho, para que pueda operar entre hombres libres que se asocian en la tarea de producir la que para realizar se necesita de un **derecho de dirección** y de un correlativo **deber obediencia**.” (Énfasis añadido) (Gaceta Judicial 4, serie 17, 2000, Pág. 1077)

“SUBORDINACION O DEPENDENCIA LABORAL

Por subordinación se entiende, de una manera general, la relación jurídica que se crea entre el trabajador y el patrono, en virtud de la cual está obligada el primero, en la presentación de sus servicios, a **cumplir sus obligaciones de acuerdo a las instrucciones dadas por el segundo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa**. La naturaleza de la relación de subordinación o dependencia, es una relación jurídica que se descompone en dos elementos: una facultad

jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir sus disposiciones en la prestación de su trabajo.” (Énfasis añadido) (Gaceta Judicial 3, 2007, Pág. 1068)

También es importante agregar la infausta definición de dependencia laboral contenida en el mandato constitucional numero 8 (2008) donde se refiere al ***horario y acatamiento de ordenes como elementos constitutivos de dependencia.***

3.2. ¿Por qué decimos que la dependencia y la remuneración son los únicos elementos distintivos de la relación laboral? en todo contrato hay un convenio; hay un sin número de contratos de diferente naturaleza jurídica que comparten la característica de tener obligaciones de hacer (prestación de servicios) los encontramos tanto en la rama civil como laboral y mercantil; por otro lado el intuito personae puede ser incluido en cláusulas contractuales sin que por esto se constituya una relación laboral.

Individualmente si podemos asegurar tajantemente que la dependencia jurídica solo la podemos encontrar en la relación laboral por esto junto con la remuneración como consecuencia de la dependencia son los únicos elementos distintivos frente a otros contratos. Ej. La compraventa tiene un elemento que la singulariza, esto es transferencia de dominio onerosa, sin este elemento de onerosidad la compraventa ya no es compraventa sino que una donación. Así mismo una relación laboral sin dependencia y remuneración pierde su naturaleza.

Expuesto lo anterior no negamos la relevancia de los otros elementos de la relación laboral, un contrato de trabajo sin prestación de servicios no es trabajo, el punto clave de la dependencia y la remuneración es que estas son únicas en

la relación laboral y determinan su naturaleza, es decir, podemos encontrar prestación de servicios y el intuito personae en otros contratos pero jamás encontraremos dependencia y remuneración en otro contrato que no sea laboral.

3.3. Ambigüedad de la dependencia en el Derecho ecuatoriano. Finalmente aseguramos que la figura de la dependencia laboral en Ecuador es ambigua, ya que no solo no está definida en el código del trabajo sino que la jurisprudencia solo determina la dependencia como un poder jurídico de dar órdenes y la colateral obligación del trabajador de acatar dichas órdenes. Ahora cabe preguntarnos ¿Qué alcance tienen estas órdenes? ¿Cuál es el límite entre una petición, sugerencia y una orden? ¿Las órdenes tienen algún tipo de característica? ¿Las órdenes deben ser relativas a algún tema en particular?

IV. LA DIFUSA LEGISLACIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN CIVIL DE SERVICIOS

1. Trabajo autónomo en la legislación civil

El trabajo en sus dos principales manifestaciones, la autonomía y la bajo subordinación y ajenidad están vinculadas entre sí al ser ambas parte de un concepto general de trabajo pero a su vez son antagónicas en cuanto a la forma y naturaleza de ambas modalidades. El trabajo autónomo está vinculado directamente a las ramas civil y mercantil mediante figuras como mandato, arrendamiento de servicios, agencia, factoring, entre otras. Específicamente abordaremos el trabajo autónomo desde el punto de vista del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y el mandato que se establece en el código civil.

1.1. Profesionalización de la prestación de servicios civiles. El artículo 2022 del código civil (2005) establece que: Los servicios de las profesiones y carreras que suponen *largos estudios*, o a que está unida la facultad de

representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.

Como menciona el articulado anterior el mandato se aplica al trabajo donde es necesario "largos estudios". Sería una vana discusión llegar a determinar qué tan largo deben ser los estudios para entrar a esta categoría de trabajo, lo que si es necesario aclarar es que independientemente de la duración de los estudios solo se puede contratar civilmente a un profesional de acuerdo a esta normativa.

1.2. Denominación contractual. El trabajo autónomo en Ecuador se puede materializar mediante 2 figuras jurídicas contractuales, que son por un lado el arrendamiento de servicios inmateriales o el mandato, que si bien ambas figuras se encuentran diferenciadas a efectos legales conceptualmente ambas configuran trabajo autónomo con sus particulares reglas.

1.3. Duración. El mandato puede ser tanto para una gestión en especial como una gestión en general, esta ***gestión suele ser de una duración relativamente corta***, por actos determinados. A su vez la gestión comúnmente contempla todas las facultades para la administración. La naturaleza de este contrato es delegable si no hay prohibición expresa.

1.4. Representación y autonomía. Cuando el contrato se materializa mediante mandato se establecen claramente las funciones y las facultades especiales del trabajador que también suele actuar en representación del mandante. Cuando el trabajo se materializa mediante un arrendamiento de servicios inmateriales el trabajador se le encarga realizar un trabajo sin mayor representación ni vinculación entre el beneficiario y el trabajador.

Por otro lado los servicios prestados bajo la figura de arrendamiento de servicios se rigen por las disposiciones del artículo 1941 del código civil (2005)

en adelante, sin generarse una gran diferencia entre la figura del mandato y el arrendamiento de servicios profesionales.

1.5. Ausencia de elementos legales constitutivos que singularicen la figura. Es indispensable que de la lectura de los artículos correspondientes a un contrato se logre identificar ciertos rasgos distintivos o constitutivos como comúnmente se les conoce para determinar la naturaleza del mismo y diferenciarlo de otras figuras contractuales especialmente frente a contratos semejantes. El contrato de trabajo aun cuando sea tratado de manera muy superficial establece la “dependencia” como elemento distintivo frente a otras figuras contractuales próximas, en cambio la legislación civil no hace referencia a elementos constitutivos de la relación de servicios civil salvo por lo dispuesto en el reglamento al mandato 8 que mencionaremos a continuación no existe una real definición de esta figura.

2. Trabajo autónomo en el mandato constituyente numero 8

El artículo 16 del reglamento del mandato constituyente numero 8 hace referencia a la contratación de servicios civil bajo la denominación de “servicios técnicos especializados” constituida por 2 elementos que se deslindan del artículo: a) el Trabajo debe ser ajeno a las actividades de la empresa y b) el trabajo debe ser realizado con la infraestructura y/o herramientas del prestador de servicios. Estos dos elementos mencionados acentúan la autonomía en la que el trabajo debe realizarse.

2.1. Autonomía en la gestión del trabajo. Cuando se establece que la prestación de servicios debe ser referente a actividades ajenas a las propias de la empresa contratante es inherente la ***idea de una desvinculación jerárquica entre el contratante y el contratista puesto que este último no puede controlar el trabajo*** que se aleja de su actividad económica usual por factores como falta de conocimientos y experiencia.

2.2. Autonomía funcional. El legislador añade una nueva forma de entender la autonomía no solo desde el punto de vista de conocimientos, jerarquía y gestión sino que también en cuanto al aporte de los instrumentos necesarios para la materialización del trabajo, esto es infraestructura y herramientas de trabajo que deben ser proporcionadas por el mismo prestador de servicios en vista de la desvinculación y autonomía del trabajo.

CAPITULO III

PROPUESTA DE REDEFINICION DE INSTITUCIONES DEL DERECHO LABORAL A LUZ DE LA DOCTRINA MODERNA

Introducción al capítulo. La normativa nacional referente al trabajo ya sea a cuenta propia o ajena resulta además de oscura y sin una mayor evolución o desarrollo, tampoco colaboran en el desarrollo del derecho laboral la doctrina nacional pues tiende a ser redundante y sin mayores aportes. Por esto es necesario recoger tendencias modernas que se adecuan al trabajo moderno, principalmente tendencias laboristas españolas que han alcanzado un gran desarrollo al amparo del estado de bienestar imperante en España.

I. DE LA NUEVA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO EN GENERAL

Hemos dejado claro que la legislación nacional tiene varias falencias, omisiones, obscuridad normativa e imprecisiones en general que no permiten la diferenciación de algunos tipos de trabajo que se tienden a confundir, por esto acudiremos a la doctrina actual que ha superado concepciones retrogradadas y ha avanzado en el desarrollo de instituciones que permiten un justo desarrollo del trabajo sin dejar desprotegido o satanizar a ninguna de las partes.

1. Aproximación y precisión de términos

1.1. El trabajo. El termino trabajo, tiene varias acepciones que si bien están vinculadas no necesariamente significan lo mismo, por un lado tenemos al trabajo como una actividad, luego como producción, como resultado y finalmente como empleo. Para los fines de esta investigación usaremos generalmente al trabajo en su visión de actividad o producción. El trabajo es una actividad que realiza una persona a favor de otra o para sí mismo con un fin económico, independientemente si este trabajo se encuadra o no en una relación de dependencia.

1.2. El trabajador en sentido amplio. Es toda persona que realiza un trabajo entendido como una actividad económica o no, que beneficia al mismo trabajador, a terceros o ambos, sin importar si es un trabajo a cuenta ajena o propia, se entiende por esto que el trabajador no es solo la persona bajo relación de dependencia sino cualquiera que realice un trabajo cualquiera sea su modalidad.

1.3. Vicisitudes de la dependencia y subordinación. Jurídicamente hablando son consideradas términos sinónimos aun cuando desde un punto de vista gramatical se refieran a cuestiones diferentes. La dependencia es entendida como la necesidad o la incapacidad de desvincularse de alguien o algo constituyéndose así como una definición obsoleta, primaria y relacionada a los primeros pasos del desarrollo del derecho laboral cuando efectivamente los siervos, esclavos y “trabajadores” eran casi propiedad de sus empleadores pues sin el trabajo que les ofrecían morirían de hambre. En el mundo globalizado de hoy esta definición resulta arcaica e inútil.

1.4. Subordinación y dirección. Por otro lado la dirección y la subordinación tienen relación pero no son términos sinónimos, pues la primera es consecuencia de la segunda, ***cuando se establece una relación de subordinación el empleador obtiene la facultad de dirigir al empleado dentro de los límites legales y morales.***

2. Finalidades de la regulación jurídica de las relaciones de trabajo

El trabajo siempre ha tenido una regulación propia que ha perseguido tres finalidades determinados. Primera que es la ***determinación de quien se apodera de los frutos del trabajo y el título jurídico que permite al trabajador o al empleador apoderarse de estos frutos del trabajo.*** Segunda que determina el ***esfuerzo y contexto dentro del cual se ejecutará el trabajo*** y por último la ***inserción del trabajador dentro de la organización empresarial del empleador.***

Esta normativa a su vez busca dar cierto sentido de **equilibrio** a la relación dispar obrero-patronal materializándose principalmente en la **estabilidad laboral** del trabajador fundamentada en la certeza de la duración prolongada de la relación laboral como de ciertas limitaciones hacia el empleador para dar por terminada la relación jurídica.

A su vez y en un sentido más amplio, la normativa laboral busca **establecer definitivamente el valor del trabajo bajo relación de dependencia en la economía global**. Es claro que la mayoría del trabajo se manifiesta en relaciones de subordinación, **las empresas que mueven la economía tienen necesariamente personas trabajadoras que desarrollan el giro de las empresas**, sin trabajadores no existirían quienes desarrollen las actividades propias de las empresas, por esto la misma **constitución establece al trabajo como derecho y deber social, por su importancia, no solo en función de que el empleador cumpla con el empleado sino que el mismo trabajador sea responsable de su trabajo pues este repercutirá en el economía**.

3. ¿Obligación de medio o de fin?

Dentro de las prestaciones de servicios ya sean bajo relación laboral o civil, se establecen una serie de obligaciones que de manera genérica suelen ser de hacer, ahora bien independientemente de las características de estas obligaciones hay una categoría en particular que nos gustaría aclarar que es la categoría de obligaciones de medio o de fin, tanto el trabajo independiente como bajo relación de subordinación y ajenidad se pueden mecanizar mediante una obligación de medio o de fin.

3.1. Obligación y responsabilidad laboral. Si bien el trabajador está sujeto a una relación de subordinación este es un sujeto que fue contratado por sus conocimientos, capacidad y puesto a prueba por lo que al momento de desempeñar el trabajo ya ha demostrado idoneidad por lo que pueden generarse dos situaciones que determinen el tipo de responsabilidad a la que

está sujeto a) cuando el trabajador desempeña sus labores en función de sus conocimientos y dentro de las ordenes que se le han entregado tiene una **obligación de fin**, es decir, garantiza el resultado b) por otro lado si el trabajador impugna y reputa las ordenes o mecanismos de trabajo impuestos por el empleador aduciendo que son ineficaces o ineficientes y el empleador en función de la relación de subordinación le impone el cumplimiento de estas ordenes, el trabajador tiene ante sí una **obligación de medio**.

3.2. Obligación y responsabilidad civil. En esta categoría por el contrario por norma general se establecen obligaciones de fin pues el resultado depende exclusivamente del trabajador independiente quien actúa de acuerdo a su criterio y a sus conocimientos profesionales. Sin embargo de acuerdo a ciertos parámetros filosóficos y deontológicos hay ciertos trabajadores independientes que no pueden asegurar resultados como son especialmente el abogado litigioso y el médico, por un lado el abogado está prohibido de asegurar resultados por prohibición legal expresa y porque el resultado del litigio no depende de él sino del juez, por otro lado el medico tampoco puede asegurar resultados pues la naturaleza humana no es entendida y controlada en un 100% como para predecir un resultado totalmente cierto.

Resumen. Independientemente de la modalidad del trabajo son las circunstancias las que determinan la responsabilidad del trabajador, es decir, la responsabilidad del trabajador en general es relativa y no objetiva.

II. SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO SUBJETIVO CONSTITUTIVO DE LA RELACION LABORAL

1. De la subordinación en general

El trabajo autónomo tiene una única cara de libertad frente a los demás, donde no se habla de ordenes o poder jurídico de un tercero sino de encargos o servicios que el trabajador autónomo ejecuta como le parece oportuno. La

relación de subordinación efectivamente está presente en todo trabajo a cuenta ajena, por un lado, para que el empleador se apropie del producto del trabajo y para que el trabajo se realice según sus **direcciones, gustos y matices en general**. Por otro lado la relación de subordinación tiene ciertos **grados de intensidad** desde el acatamiento forzoso de órdenes, lugares, horarios hasta una adecuación del trabajador a parámetros fijados por el empleador (reglamentarios).

Como bien define la jurisprudencia nacional la subordinación es una relación jurídica de poder, de **autoridad** en el patrono y de **obediencia** y sometimiento en el trabajador para lo cual se necesita de un **derecho de dirección y de un correlativo deber de obediencia**. A su vez Valverde et al (2011) afirma:

“Cuando el trabajador puede disponer plenamente sobre el modo de ejecución de su trabajo nos encontramos ante trabajo autónomo. Cuando por el contrario una persona distinta a la del trabajador tiene un poder jurídico de disposición sobre el esfuerzo laboral de este último, se está hablando de trabajo subordinado” (pag.52)

1.1. Obligatoriedad de la subordinación. El matiz obligatorio que nace de **imperatividad de las normas laborales** y su naturaleza de derecho de orden público entregando así una protección especial al trabajador.

1.2. Voluntariedad en la subordinación. Sin embargo un trabajador que por una definición objetiva de su profesión como la establece erróneamente el reglamento al mandato constituyente numero 8 (2008) véase abogados, médicos, ingenieros y demás altos profesionales **pueden voluntariamente someterse a un régimen de subordinación si cumple con los requisitos para su configuración o incluso sin tomar en consideración los elementos de la subordinación si ambas partes contractuales así lo decidieran**. Producto de esto no se desvirtúa la relación jurídica, pues en primer lugar no se trata de una limitación a los derechos del trabajador, en segundo lugar es un

acuerdo voluntario, en tercer lugar no hay perjudicados y por último el contrato sigue bajo su denominación genérica de prestación de servicios solo cambia el marco regulatorio que es más beneficioso para el trabajador.

2. Elementos constitutivos de subordinación

Todos los contratos tienen elementos que definen su naturaleza, que los diferencian de otras figuras contractuales, elementos que determinan incluso qué norma debe aplicárseles. Son estos **elementos los llamados a crear una singularidad** en un contrato, en el caso laboral estos elementos son la subordinación y ajenidad.

La subordinación no es un elemento simple o individual de la relación laboral, es más bien una institución jurídica compleja que no solo está compuesta por presupuestos fijos sino que también de elementos presuntivos que permiten su revelación no solo por las partes contratantes sino que también por parte de los órganos de control y jurisdicción.

2.1. Primer elemento. El acatamiento de órdenes e integración a la organización empresarial. Al ser el trabajo no para sí mismo sino para un tercero (ajenidad), la necesidad de dar y acatar órdenes y disposiciones reglamentarias se transforma en imperiosa pues es la voluntad del empleador y no la del trabajador la que se debe reflejar en el trabajo. En función de esta relación "jurídica" nace el derecho de dirección del empleador y la obligación de obediencia como establece la jurisprudencia ecuatoriana.

Por otro lado las órdenes se justifican cuando el empleador tiene un grupo (colectividad) de trabajadores a quienes debe coordinar para ejecutar el trabajo de la manera que él espera. **Las órdenes son de cumplimiento obligatoria no meras sugerencias como en el trabajo autónomo**, el no cumplimiento de estas órdenes configuran el **derecho al empleador de imponer sanciones disciplinarias al trabajador** en concordancia con los fines de la organización

empresarial. Es por esta **regulación subjetiva (órdenes del empleador) y objetiva (reglamentos internos de trabajo)** así como la posibilidad de imponer sanciones determinan la integración del trabajador en la organización empresarial.

Las órdenes deben ser **relativas al cumplimiento de giro del negocio**. Si bien las órdenes deben ser acatadas estas tienen límites establecidos por la doctrina, en este orden de cosas Cabanellas de Torres G & Cabanellas de las Cuevas G (1992) establecen que los **límites de las ordenes** que imparte el empleador son: a) la naturaleza del trabajo que presta el trabajador b) profesión u oficio c) norma y moral d) giro o actividad de la empresa e) lugar y horario de trabajo (pág. 501)

2.1.2. Características de las órdenes que manifiestan subordinación: No es suficiente el establecer las órdenes como un elemento que denota subordinación, las órdenes deben reunir ciertas características que las constituyen como válidas en el marco de una relación de laboral. Las ordenes deben ser relativas **a) El Modo del trabajo a realizarse**, es decir, todas las medidas que el trabajador debe tomar en cuenta, todo mecanismo que debe acatar para realizar el trabajo; **b) Tiempo dentro del cual debe realizarse el trabajo** o fecha máxima para su cabal cumplimiento, esto está íntimamente relacionado con los horarios de trabajo, esta característica no es exclusiva del trabajo sometido al régimen laboral puede también estar presente en un trabajo autónomo, sin embargo resulta ser frecuente en el ámbito laboral ; **c) La Cantidad de trabajo (esfuerzo)** que debe realizar el trabajador diaria, semanal o mensualmente a través de un régimen de resultados y **d) Estas órdenes pueden ser dadas en cualquier oportunidad** dentro de los márgenes de las funciones del trabajador y horario establecidos por el contrato.

2.1.3. Segundo elemento. Trabajo vinculado al giro del negocio. Toda actividad que está relacionada al giro del negocio del empleador debe vincular al trabajador bajo una relación laboral pues el **empleador necesariamente tendrá que dar las órdenes**, definir lineamientos de trabajo, incorporar a los

trabajadores en la organización empresarial. Esta imperiosidad de la relación laboral con trabajadores relacionados al giro del negocio deriva de la ***necesidad técnica de una continuidad del trabajo para lograr los fines empresariales*** comunes de la empresa y de la forma en que el empleador ha decidido que debe realizarse el trabajo.

El artículo 327 de la constitución (2008) prohíbe la tercerización de las actividades propias de la empresa afianzando así la afirmación de una relación laboral necesaria para los trabajadores vinculados al giro del negocio del empresario. Así como el artículo 16 del reglamento del mandato constituyente número 8 solo permite contratación civil a las actividades no relacionadas a las actividades propias y habituales del empleador. El giro del negocio se alza como un elemento propio de la relación laboral.

3. Elementos presuntivos de subordinación

Los elementos de la subordinación laboral así como pueden ser claros y definitivos pueden también ser difusos y no exclusivos de un trabajo bajo relación de subordinación, sin embargo aunque no toda relación laboral los incluya son afines a ella y la configuran relativamente lo que hace presumir una relación laboral cuando estamos en su presencia.

Estos elementos serán de vital importancia para descubrir la verdadera naturaleza contractual, en especial para la actividad judicial o administrativa si fuese el caso, por lo que estos elementos ayudaran tanto al juez como al funcionario de trabajo para determinar si hay una relación laboral.

6.2.1. Primer elemento presuntivo de la subordinación. La cualificación profesional. Un factor que influye en la relación de trabajo es la cualificación profesional, el trabajador que tenga una alta cualificación profesional generalmente no necesitara de ordenes o instrucciones sino de encargos que el sabe mejor que el peticionario como hacerlos. No obstante se pueden

someter estos trabajadores altamente calificados al régimen de subordinación de una forma más flexible ya sea por razones de **voluntariedad** de las partes o porque simplemente **la relación laboral no se puede determinar solo en función de la profesión, bajo la aplicación del principio de primacía de realidad.**

6.2.2. Segundo elemento. El horario. El trabajo subordinado generalmente necesita de un horario dentro del cual los trabajadores presten sus servicios para la empresa, tanto por atención al cliente como por la rotación de trabajadores y funcionamiento de la actividad productiva o de servicios, a su vez el horario entrega una certeza al empleador sobre el tiempo, control y fiscalización de su negocio, aun así el trabajo autónomo también se puede supeditar a un horario, pues hay actividades ajenas a la empresa que de igual manera necesitan de un horario determinado de acuerdo a la necesidad del contratante del servicio, sin ser esto individualmente un elemento constitutivo de subordinación.

6.2.3. Tercer elemento. Uso de la infraestructura y herramientas del contratante del trabajo. Independientemente de la situación real de la prestación de servicios, el trabajo realizado en las instalaciones del beneficiario del trabajo nos induce a suponer cierta integración más profunda entre el trabajador y el beneficiario sin ser necesariamente un elemento constitutivo de subordinación.

Aproximando este concepto a la legislación nacional, el mandato constituyente número 8 (2008) concretamente hace mención a esto en su artículo 16 de su reglamento donde establece que los servicios técnicos especializados como de contabilidad o jurídicos serán realizados **en las propias instalaciones del prestador de servicios.** Sin embargo esta situación no determina subordinación propiamente tal en todos los casos, pues el abogado o el contador pueden realizar su trabajo en las instalaciones del beneficiario por necesidades técnicas sin que se configure una relación de subordinación. Esta

regla se aplica de igual manera para los casos en que el contratante facilite las herramientas de trabajo al trabajador.

6.2.4. Cuarto elemento. Duración prolongada. El trabajo al ser una actividad productiva íntimamente relacionada con la economía se basa en agentes económicos que tienen un giro o actividad propia, esta actividad es incesable, continua, no se detiene, para esto el empleador necesita de una ***fuerza laboral que dure un tiempo prolongado que le dé una continuidad a su actividad que solo se logra a través de empleados que tengan estabilidad***. Para nuestra legislación la duración de los contratos laborales varia, entre 30, 90, 180 días, 1 año y 2 años, luego pasa a la categoría de duración indefinida, sin desmedro de estos plazos que en algunos casos son de corta duración, la relación laboral tiende a ser de larga duración, 1 año, 2 años o indefinida ya que como se ha dicho el empleador necesita continuidad en su actividad. Por otro lado el código civil en el artículo 1937 establece que el trabajo que consisten “en una larga serie de actos, se sujetan a las normas del código del trabajo”. Sin embargo pueden existir largas relaciones de trabajo autónomo como las de un abogado que asesora constantemente a una empresa sin ser la duración prolongada del trabajo un elemento constitutivo de subordinación por si mismo.

III. AJENIDAD COMO ELEMENTO OBJETIVO CONSTITUTIVO DE LA RELACIÓN LABORAL

Actualmente podemos determinar 2 modos en los que se realiza el trabajo, por un lado el trabajo a cuenta propia o autónoma y trabajo a cuenta ajena o subordinado.

3.1. El trabajo por cuenta propia o autónoma. Tiene como característica un valor de autonomía en el desempeño del trabajo y sobre la apropiación de los frutos de trabajo, es decir, el ***trabajador es dueño del producto de su trabajo***

y en función de un contrato lo transfiere a un beneficiario en función de un precio pactado.

Se entiende que para realizar este trabajo generalmente la persona utiliza sus **propios medios para la elaboración del producto o la prestación de los servicios**, es por esto que el producto le pertenece, es decir, **la propiedad es de quien elabora el bien y se transfiere indirectamente a un tercero luego en una segunda etapa donde median las obligaciones contractuales** este producto es transferido en propiedad, uso, explotación o cualquier otra modalidad a un tercero o beneficiario. (Valverde et al, 2011, pág. 181)

Es característico también del trabajo por cuenta propia **que el resultado de este se vea identificado con el trabajador y no con el beneficiario del trabajo**, ej. Un abogado es contratado bajo una relación civil de prestación de servicios, aun cuando este trabaje para una empresa, las demandas, escritos y demás actos estarán firmados por el para beneficio de la empresa pero no son de la empresa. En palabras sencillas se puede identificar esta situación cuando hablamos de un **trabajo de la empresa contrastado a un trabajo para la empresa**.

3.2. El trabajo por cuenta ajena. Este es el trabajo bajo subordinación que tienen la gran parte de las empresas, en este esquema de trabajo **los frutos del trabajo no son adquiridos ni siquiera en un primer momento por el trabajador, sino que pasan directamente a manos de un tercero llamado empleador** en virtud de un contrato de trabajo o la convención, esto se llama ajenidad de los frutos. Cuando por esta relación subordinada el riesgo no está en quien realiza el trabajo sino en quien percibe sus beneficios se llama ajenidad de riesgos. Producto de esta situación se externaliza una imagen al público donde es el empleador quien realiza el trabajo o presta el servicio aun cuando una persona distinta a él realmente haga el trabajo, este título de transferencia inmediata de los resultados de trabajo es ajenidad, a su vez esta ajenidad de trabajo va inseparablemente relacionada con la ajenidad de riesgo,

como es el empleador quien se muestra como el elaborador del bien o prestador de servicios, es el empleador quien asume los riesgos no el trabajador en un primer lugar, es decir, el trabajador no es responsable frente al cliente o consumidor de los productos o servicios que presta el empleador pero si es responsable frente al empleador laboralmente y subsecuentemente de ser el caso hasta civil y penalmente responsable. (Valverde et al, 2011, pág. 181)

1. Elemento constitutivo de ajenidad

1.1. Transferencia inmediata del producto del trabajo. La ajenidad implica que ***el trabajador nunca es dueño del producto del trabajo***, para efectos prácticos debe entenderse como una transferencia directa e inmediata del producto del trabajo a favor del empleador.

1.2. Identificación del producto del trabajo. Producto de la transferencia inmediata del producto del trabajo a favor del empleador, ***el trabajador no puede ser identificado con el producto directamente***, para la visión del público es el empleador encarnado en una figura comercial como una empresa, prestador de servicios independiente, consorcio entre otras, es dueño y productor del bien o servicio resultante del trabajo.

2. Elemento presuntivo de ajenidad

2.1. La no aportación de medios (herramienta e instalaciones) de trabajo. Concordantemente con la no identificación del producto con el trabajador bajo una relación de subordinación y ajenidad, es lógico pensar que si el bien no se identifica con el trabajador este no tiene la obligación ni legal ni moral de adquirir o proveer sus propios medios de trabajo. (Moliner G, Pedrajas A, Sala T, 2012, pág. 21)

Como ya hemos mencionado en este mismo orden de cosas el reglamento al mandato constituyente número 8 se aproxima a este tema al establecer que la

prestación de servicios profesionales se realizara en las instalaciones del mismo por ende con los medios del prestador de servicios, contrario a lo que sucedería en un trabajo sujeto a la legislación laboral.

IV. ANTAGONISMO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

Siempre que se habla de trabajo autónomo la primera idea es la de profesionales de alta calificación como Médicos, Abogados, Arquitectos e ingenieros, deontológicamente hablando estas profesiones son estrictamente liberales pues suponen largos estudios que impiden a personas que no las hayan estudiado comprenderlas por lo que sería impensado que una persona sin esta preparación les de órdenes a este tipo de profesionales. Como hemos dicho anteriormente no es nuestra intención dar a una categorización objetiva de profesiones que deben regularse por cual o tal legislación pues es nuestra firme postura el establecer que ***no se trata de un tema de denominación sino de realidad.***

La doctrina de manera general define al trabajo autónomo como aquel servicio que presta un trabajador a favor de una persona por un precio, en base a una relación abierta sin sujetarse a la subordinación laboral. El fundamento de esta relación se encuentra en la libertad del trabajador para prestar el servicio de la manera que el estime conveniente pues se suele tratar de un trabajo que es desconocido para el beneficiario y ajeno al giro ordinario de su actividad económica habitual, aun es debatible si existe o no subordinación en la relación de trabajo autónomo pues la doctrina ha señalado que existen niveles casi imperceptibles de subordinación independientemente de si es un trabajo bajo el amparo de la legislación civil, mercantil o laboral, no obstante como hemos planteado en esta investigación la subordinación es el elemento determinante en la distinción del trabajo sujeto a la ley laboral con otros tipos de trabajo sujetos a otro tipo de legislación por esto es nuestra postura pensar que aun cuando hay grados de subordinación este es un elemento único del trabajo sujeto a la legislación laboral.

1. Características antagónicas del trabajo autónomo frente al subordinado y bajo ajenidad

2.1.1. Instrumentalización de la prestación de servicios profesionales frente al contrato de trabajo. El trabajo autónomo o a cuenta ajena suele materializarse en el ámbito jurídico mediante un contrato de arrendamiento de servicios reconocido por varias legislaciones civiles o con otros nombres como prestación de servicios profesional, contrato de servicio prestado entre otras denominaciones.

2.1.2. Independencia en la ejecución del trabajo civil frente a la subordinación laboral. Al tratarse de un trabajo ajeno al usual del beneficiario este se ve en la necesidad de contratar a un experto que lo auxilie, dada esta situación el beneficiario solo le comunica el resultado que espera del servicio, mas es el trabajador quien define los métodos, intensidad de trabajo y demás mecanismos para realizar su cometido, dada esta situación el beneficiario pierde todo poder de mano sobre el trabajo y solo tiene la facultad de establecer ciertos marcos generales para su buen fin.

Así mismo este elemento determina una flexibilidad de los horarios de trabajo del prestador de servicios, en el caso de existir horarios por una necesidad técnica de la empresa, para recordar hemos planteado el horario como un elemento presuntivo mas no constitutivo de la relación laboral por lo que el horario no es excluido de las relaciones de trabajo civiles aunque si es necesario que estos horarios son más flexibles incluyendo hasta la facultad del prestador de servicios de ausentarse en ciertas ocasiones.

2.1.3. Cualificación profesional como requisito relativo para la prestación de servicios civiles frente a la simple especialización informal del trabajador subordinado. Este concepto íntimamente relacionado con la independencia de ejecución del trabajo establece que es mandatorio que el prestador de servicios sea un profesional o un técnico concordantemente con lo

expuesto por nuestra legislación civil, en definitiva que haya cursado cierta especialización que le otorgue los conocimientos necesarios para poder realizar su trabajo sin supervisión del beneficiario. ***Aun cuando es excepcionalmente aceptable que una persona preste un servicio sin tener una carrera formal*** que acredite sus conocimientos debido al avanzado conocimiento que tienen algunas personas en algunas materias principalmente en el ámbito tecnológico, ej. Una persona sin un título profesional se compromete para con otra a mantener una página web, sería injustificado que el prestador del servicio mandatoriamente obtenga un título profesional de ingeniero en sistemas para realizar el trabajo.

2.1.4. Identificación del trabajo con el trabajador autónomo frente a la apropiación del trabajo en el contrato laboral. Al configurarse una relación de trabajo con una amplia libertad de ejecución producto de ser una actividad ajena a la común del beneficiario y no establecerse una inserción del trabajador en la organización del beneficiario, aun cuando el producto del servicio sea de propiedad del contratante la identificación de este no será propia del mismo, cuando estamos frente a una relación laboral dada la ajenidad que tiene el trabajador con el bien o servicio y las ordenes que recibió para producirlo este pasa directamente a dominio del empleador sin haber nunca pertenecido al trabajador por lo que ese bien se vincula directamente al empleador dándole el derecho de presentarlo como propiamente elaborado frente a terceros; pero cuando existe una relación de autonomía el trabajador que elabora el bien según su propias directrices no existe ajenidad sobre el bien elaborado sino que este es propio y luego por voluntad propia expresada en el contrato de arrendamiento de servicios este bien es traspasado al ***contratante que no puede identificarlo como de su elaboración sino de su adquisición.*** Cuando vemos que el estudio jurídico que asesora una empresa pone sus sellos en los escritos y no el de la empresa patrocinada, cuando vemos el nombre de la constructora en el edificio donde un tercero es el dueño o cuando vemos el nombre del creador de una pancarta publicitaria en una esquina de la misma todas estas son manifestaciones de un trabajo autónomo donde el

dueño del bien o producto del servicio adquirió indirectamente la titularidad sobre el bien.

V. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTICULO 8 DEL CODIGO DEL TRABAJO PARA LA DISOCIACION DEFINITIVA ENTRE EL TRABAJO CIVIL Y LABORAL

El código del trabajo siendo el cuerpo legal regulatorio de la relación laboral por excelencia peca de ser una norma un tanto ambigua e inexacta en ciertos pasajes, ya sea en el ámbito sustantivo como objetivo, deja espacio a varias interpretaciones que ciertamente son suplidas mediante la aplicación del principio pro-operario o la presunción de laboralidad. En particular el código del trabajo falla en lo esencial, en definir un contrato de trabajo que es el contenedor de la relación jurídica laboral, siendo esta el alma del contrato, el código del trabajo (2005) define el contrato de trabajo en su artículo 8 de la siguiente manera:

“Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.”

Como hemos pronosticado este artículo es ambiguo y poco exacto destacando únicamente la figura de la dependencia como elemento destacable de la relación laboral, los otros elementos como prestación de servicios, remuneración y hasta el *intuitu personae* son elementos que podemos encontrar en otras modalidades de trabajo, establecido esto hemos encontrado la ***razón de confusión, uso y abuso del derecho para deformar o simular la figura contractual de trabajo en otra como la civil.*** Por esto y conscientes de estar sujetos a excesiva legalidad que impera en el país aun cuando se establece una constitución garantista y un Estado de derechos y justicia donde

se supone que la ley ya no es la máxima sino los derechos de las personas, debemos reformular la norma, particularmente el artículo antedicho para establecer una figura más clara que permita tanto a las partes como a los jueces aplicar el derecho de manera correcta.

1. Elementos a considerar para reformular el artículo 8 del código del trabajo

Para elaborar este artículo sin deformar su estructura primaria se tomara en cuenta el fin de esta reforma que es evitar la confusión o abuso de la figura del contrato de trabajo.

En primer lugar resulta indispensable integrar la institución de la **ajenidad** dentro de la definición pues esta es propia de todo trabajo a cuenta ajena y los efectos de esta en la **responsabilidad del trabajador**, pues en este caso la relación laboral es título bajo el cual el empleador se apropia del producto del trabajo de manera automática como si lo hubiese hecho el mismo. En segundo lugar es provechoso incorporar la **voluntariedad** de la relación laboral para **acabar con la discusión y la objetivación de la profesión** para determinar el tipo de contrato a celebrar. En tercer lugar la definición precisa de la **subordinación** como elemento medular de la relación laboral.

2. Restructuración del artículo 8 del código del trabajo

Artículo 8.- contrato individual de trabajo.- *Es el convenio en virtud del cual una persona llamada trabajador se compromete para con otra (s) llamada empleador a prestar sus servicios personales vinculados al giro del negocio del empleador bajo una relación de subordinación y ajenidad tanto de frutos como de responsabilidad, a cambio de una remuneración fijada en el convenio, contrato colectivo, la costumbre o la ley.*

Ahora bien como hemos dicho la ley no define claramente lo que es la subordinación, en la legislación nacional no se trata la institución de la ajenidad, por lo que deben integrarse estas definiciones al siguiente tenor:

Artículo 8A.- Ajenidad de los frutos y responsabilidad.- *Se entiende como ajenidad de los frutos la transferencia automática y directa de los bienes o servicios generados por el trabajador a manos del empleador identificando a este último con el bien o servicio realizado.*

La ajenidad de la responsabilidad se refiere a la exclusión de responsabilidad directa del trabajador frente al afectado que deriven directamente de los bienes o servicios que fueron apropiados por el empleador. Sin excluir la responsabilidad que posteriormente tenga el trabajador frente al empleador.

Artículo 8B.- Subordinación.- *Se entiende por subordinación al derecho del empleador para impartir ordenes relativas a la actividades vinculadas al giro del negocio que expresen: a) modo de realizar el trabajo; o b) cantidad e intensidad del trabajo, relativas al giro o actividad del negocio del empleador, incorporando al trabajador en la estructura organizacional de la empresa derivando así el derecho a imponer sanciones disciplinarias y parámetros laborales fijados en los reglamentos internos de trabajo. En contra parte el trabajador tiene la obligación de acatar estas disposiciones.*

Artículo 8C.- elementos de presunción de subordinación.- *En caso de duda sobre la naturaleza del contrato donde se presten servicios, serán elementos jurídicos de presunción de laboralidad que el juez debe considerar a la hora de determinar la naturaleza jurídica del contrato en duda uno o varios de los siguientes:*

- 1) El aporte de herramientas e instalaciones por parte del empleador para el desempeño del trabajo*
- 2) Horarios fijos de trabajo*
- 3) Cuando el servicio se hubiese prolongado por más de 2 años*

4) El pago de remuneración propia de la relación laboral como remuneraciones adicionales, utilidades, vacaciones pagadas, horas extras y demás.

5) Afiliación al instituto ecuatoriano de seguridad social

CAPITULO IV

DE LA SIMULACION LABORAL Y EL PROCEDIMIENTO

Introducción al capítulo. Si bien no hay normativa vigente respecto a la simulación en general y mucho menos para la simulación laboral, es imperativo establecer con claridad las características de la segunda pues la constitución la define como una precarización grave que merece una pena por lo que no se puede tomar a la ligera esta institución sin una clara definición tanto de la simulación laboral como de sus efectos jurídicos y procesales.

La simulación es un fenómeno jurídico que se presenta en casi todas las áreas del derecho, perjudicando tanto a personas, como al Estado, la competitividad y la justicia entre otros, en particular nos incumbe la simulación en el ámbito laboral que se manifiesta principalmente con el establecimiento de contratos civiles de prestación de servicios en lugar de contratos de trabajo con el fin de evadir todas las garantías, derechos y restricción establecidas en la legislación laboral.

I. DE LA SIMULACIÓN LABORAL

1. Antecedentes y definición de simulación laboral

Como hemos planteado anteriormente la simulación **es un engaño, un fraude que puede ser en perjuicio de terceros, del estado y de la ley** (véase en sentido más amplio el Derecho) con la finalidad genérica de evadir una consecuencia jurídica, cualquiera sea su manifestación como evasión de tributos, evasión de la ley aplicable, evasión de restricciones legales y demás.

Cuando hablamos de **simulación laboral primero hablamos de un fraude a la ley laboral** con la finalidad de evadir o hacer uso de sus consecuencias jurídicas propias como afiliación al seguro social (lo que implica un descuento

del sueldo del trabajador y un pago por parte del empleador), restricciones de horarios, pago de remuneraciones adicionales como la decimotercera y decimocuarta remuneraciones entre otras.

Al estudiar la relevancia jurídica de la simulación y en relación a la disposición constitucional que la reconoce como un ilícito sancionable penalmente, nos parece pertinente excluir la simulación laboral absoluta como una figura aplicable a la situación antes descrita pues la simulación absoluta no se configura con los elementos suficientes para una sanción de tipo penal.

Concepto doctrinario de la Simulación laboral. Es aquella distorsión de la relación laboral que se manifiesta cuando una relación llamada a ser de naturaleza laboral por sus características es desfigurada y ocultada por otra de diferente naturaleza jurídica, tal es el caso más común de la presentación ante el público de un contrato de servicios profesionales civil cuando en la práctica el trabajo se realiza bajo una relación de subordinación y ajenidad. En estos casos lo que se busca es la evasión de la normativa laboral. Si bien esta práctica puede ser concertada entre las partes es escasa y contradictoria su ocurrencia.

2. Objetividad en la simulación laboral

Por norma general y de manera más acentuada en el país, la justicia laboral se dedica al cobro de liquidaciones pendientes, establecer la configuración de un despido, visto bueno, abandono de las funciones por parte del trabajador (renuncia) entre otras situaciones, es decir, en palabras simples el juez del trabajo se especializa en el cobro de haberes adeudados al trabajador. De manera excepcional se discute la naturaleza del contrato de trabajo, mucho menos se ha llegado a delimitar los elementos que la constituyen y más atípico aun es que un juez laboral busque “intención” en la conducta de las partes. Por esto el juez del trabajo en caso de una acción por simulación solo debe

limitarse a determinar el hecho objetivo, es decir, la existencia de un fraude o engaño independientemente de sus características.

2.1. Objetividad en el fraude o engaño contractual y legal. Toda simulación está constituida inherentemente mediante un engaño salvo aquellas que excepcionalmente se produzcan por error o falsa interpretación de la ley. El fraude en materia laboral es considerado como **a) Fraude contractual: la ocultación del contrato de trabajo bajo la figura de prestación de servicios civil (u otras)** y **b) Fraude a la ley: la no aplicación de las normas laborales sino las civiles (u otras, ej. Mercantil)**. El juez laboral solo debe limitarse a determinar esta situación de manera objetiva y no entrar a vislumbrar las intenciones de las partes pues la **simulación laboral implica un fraude a la ley, y la ley carece de subjetividades**.

2.2. Inviabilidad de la determinación subjetividades por parte del juez del trabajo. El juez del trabajo se debe abstener de determinar "intenciones" en el proceso judicial por las siguientes razones **a) el fraude a la ley es un tema objetivo b) si el juez del trabajo determina intenciones estaría confirmando casi todos los elementos de un delito** (acto, típico, antijuridicidad; dejando en manos del juez penal solo la culpabilidad y punibilidad) y haciendo las veces de un juez penal **c) la sentencia del juez del trabajo que determina subjetividades se transformaría en un elemento de ejecución para el fiscal d) el fiscal o el tribunal penal podrían determinar que no hubo dolo o culpa destruyendo la simulación y consecuentemente desvirtuaría la sentencia del juez del trabajo**.

3. Efectos de la simulación laboral

Cabe preguntarnos que implica la simulación laboral en términos jurídicos, económicos y sociales.

4.1. Primero. Efecto jurídico. La destrucción jurídica del contrato de trabajo en desmedro de una figura civil, es decir, de manera general el quebrantamiento del ordenamiento jurídico que ordena el sometimiento de un trabajo a las normas laborales, en particular constituye una violación a normas y principios como la buena fe contractual, estabilidad laboral, protección Estatal entre otros.

4.2. Segundo. Efecto económico. El despojo del trabajador de todas sus garantías económicas como a) Vacaciones b) Condiciones de Salario mínimo c) horas extraordinarias de trabajo d) Remuneraciones adicionales entre otras e) Utilidades.

4.3. Tercero. Efecto social. Mediante la simulación de contratos de trabajo lo que se hace es desconocer y evadir todas aquellas obligaciones patronales que se reflejan en derechos que los trabajadores como grupo social han conquistado a lo largo de la historia.

4. Propuesta de tipificación de la simulación como ilícito laboral

Al no existir una definición clara de simulación laboral nos parece pertinente proponer una definición aproximada de lo que debería contener la ley al hablar de esta simulación.

Simulación laboral. *Entiéndase por simulación laboral la ocultación de un contrato de trabajo sometido a la ley laboral mediante la interposición de un contrato de servicios autónomos, derivando consecuentemente en la evasión y fraude a la ley del trabajo despojando así al trabajador de sus derechos laborales.*

Concretamente esta definición excluye conscientemente la subjetividad de la definición de simulación, también hace referencia a la evasión y fraude (aun cuando la primera es consecuencia de la segunda) para crear una relación más afín con el texto constitucional y clarificar que existe una evasión de la ley laboral y esta a su vez es un fraude a la ley.

II. DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA SIMULACIÓN

La legislación nacional establece una variada gama de procedimientos para el desarrollo de la justicia tanto judicial como administrativa, dentro de la primera encontramos el juicio ordinario concebido para aquellos pleitos donde se discute sobre derechos comunes que necesitan ser probados en existencia y legitimidad para lo cual es necesario un procedimiento más extenso y meticuloso. Por otro Lado tenemos el procedimiento verbal sumario concebido para resolver conflictos entre comerciantes. El procedimiento ejecutivo donde no se discute la existencia del derecho sino que hace cumplir un derecho que se acredita en un título ejecutivo, y por último los procedimientos especiales. En la segunda categoría la administrativa encontramos una uniformidad de los procedimientos siempre con sus peculiaridades según el órgano de Estado.

En un principio el procedimiento laboral en Ecuador se ceñía al verbal sumario puesto que se consideraba al empleador como agente económico homologable al comerciante y también al ser un procedimiento rápido (en comparación al ordinario) se consideraba como una garantía a favor del trabajador que necesitaba el pago de los valores adeudados con la mayor rapidez posible. Hoy en día (2013) el procedimiento laboral verbal sumario fue reemplazado por uno especial y oral compuesto por dos audiencias para dar aún más eficiencia al procedimiento.

1. Naturaleza del procedimiento judicial laboral ecuatoriano

Aun cuando no hay distinción legal el procedimiento laboral tiene una doble naturaleza aun cuando procesalmente tenga la misma estructura.

1.1. Procedimiento condenatorio de pago de haberes pendientes. El procedimiento laboral en el que no se discute las calidades de trabajador y empleador, es decir, la existencia de la relación laboral, este procedimiento busca únicamente el pago de haberes pendientes.

1.2. Procedimiento declarativo de existencia de relación laboral. El procedimiento que busca declarar la existencia de una relación laboral oculta, ambigua o negada por el empleador para luego dar paso al pago de haberes del trabajador de ser el caso de una terminación de la relación contractual o simplemente declarar la relación laboral y que el trabajo se ajuste a esta modalidad contractual sin que esto implique la terminación de la relación jurídica entre el trabajador y el empleador.

2. De la acción por simulación laboral en general

2.1. Naturaleza de la acción por simulación. En primer lugar la naturaleza jurídica de esta acción se enmarca en la antes mencionada acción declarativa de relación laboral, luego se justifica por la existencia de un ilícito (constitucional no desarrollado por la ley aún) particular. La doctrina al afirmar que la naturaleza de la acción de simulación es declarativa implica que la sentencia del juez que conoció la acción solo se limita a reconocer la verdadera naturaleza del contrato simulado y nada más, estrictamente en Derecho esta situación resultaría lógica pero en la práctica jurídica nacional resultaría en una contradicción pues lo que el legislador ha buscado con el nuevo procedimiento laboral oral es agilidad lo que no se materializaría en una acción de simulación declarativa que obliga a proceder con una nueva acción que busque una sentencia condenatoria (pago de haberes). Por esto nos parece más ***apropiado amalgamar en el mismo procedimiento tanto la declaración de simulación como el pago de haberes adeudados*** de ser el caso de no continuar con la relación laboral.

2.2. Definición de la acción por simulación laboral. Aquella acción judicial que busca desenmascarar una relación laboral oculta bajo otra figura de distinta naturaleza, esta acción busca a) La declaración de la existencia de la relación laboral oculta y b) la prevalencia del contrato simulatorio. Por tanto esta acción tendrá un efecto doble, acreditar la existencia de una relación jurídica y la pérdida de validez jurídica del acto jurídico encubridor.

3. Procedimiento y prueba en la acción por simulación laboral

Las reglas del procedimiento laboral se establecen en el código del trabajo (2006) en el título VI sobre la organización, competencia y procedimiento, capítulo II de la administración de justicia. En el caso de la acción por simulación el procedimiento debe realizarse ordinariamente salvo por dos particularidades, la prueba de la simulación laboral y los elementos determinantes para la decisión del juez

3.1. De la prueba. De manera general la carga de la prueba cae sobre quien alega la existencia de un derecho o la ocurrencia de un hecho salvo disposición legal en contrario que coloque la carga de la prueba sobre quien se alega el derecho o la ocurrencia de un hecho. En particular el derecho laboral es claro en su postura frente a la carga de la prueba, tanto el principio de **presunción de laboralidad** que establece que en caso de duda se presumirá la relación laboral (presunción legal) colocando la carga de la prueba sobre el empleador y por otro lado el principio **pro operario** que en caso general de duda se interpretara en favor del trabajador. En función de estos dos principios se hace evidente que la carga de la prueba recae sobre el empleador.

Ahora bien si el empleador debe descartar la relación laboral en su oportunidad probatoria, el trabajador puede y debe presentar sus **pruebas que apunten a la determinación de la existencia de la supuesta relación laboral** mediante pruebas particularmente relevantes en la acción por simulación laboral como:

- ✓ Facturación que ha hecho el trabajador a favor del empleador
- ✓ Confesión judicial del empleador
- ✓ Imposición de multas al trabajador
- ✓ Uso de uniformes
- ✓ Comprobación de ajenidad en los bienes y servicios

3.2. Elementos de convicción judicial laboral. Como determinamos en el capítulo III de esta investigación existen ciertos elementos que constituyen una relación de subordinación y otros elementos que la presumen. Cuando hablamos de una presunción no nos referimos a una presunción legal o de derecho sino más bien a una presunción que establece elementos que orientan al juez en su misión de establecer la verdadera naturaleza contractual, por esto la presunciones judiciales no son vinculantes u obligatorias sino meros elementos convicción del juez como: **a) El aporte de herramientas e instalaciones para el desempeño del trabajo b) Horarios fijos de trabajo c) Cuando el servicio se hubiese prolongado por más de 2 años.**

4. Incompatibilidad de una acción por simulación y causal de nulidad por simulación

En una acción por simulación la pretensión principal es el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, en cambio, en una acción de nulidad lo que se busca es dejar sin efecto un acto jurídico por la existencia de uno o más vicios en el mismo, por lo tanto, la búsqueda de los fines de ambas en un sólo proceso judicial crea una contradicción en la naturaleza misma del proceso. Referente a esto, **la teoría dualista francesa** establece que el reconocimiento del acto simulado se sobrepone automáticamente al acto simulatorio en el caso de la simulación laboral **la sentencia declaratoria de la existencia de una relación laboral se sobrepone a la relación civil y que desvirtúa su valor jurídico. Por ello, dado que ambas relaciones son excluyentes entre sí, el reconocimiento de una excluye a la otra.**

Otra visión más civilista de la simulación nos llevaría a determinar que a) el contrato simulatorio es absolutamente nulo por ilicitud en la causa, inexistencia de objeto o vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo y b) el reconocimiento del contrato laboral oculto. Teoría que descartamos pues como hemos señalado es **contradictoria con la naturaleza declarativa de existencia de relación laboral.**

5. Efectos de la sentencia como consecuencia de una acción por simulación laboral

4.1. Declaratoria de existencia de relación laboral. El juez del trabajo deberá hacer una *referencia expresa a la existencia de una simulación laboral* (para efectos penales posteriores) limitándose exclusivamente a señalar la existencia de la simulación (objetivamente) sin entrar a determinar la intención de las partes que podrían conllevar a la declaratoria de una intención dolosa o culpa en la simulación, situación que no le compete al juez del trabajo sino al penal.

4.2. Declaratoria de existencia de una deuda y pago de rubros. Al declarar la existencia de la relación laboral, se reconoce consecuentemente la existencia de una deuda del empleador para con el trabajador de todos los beneficios legales que habría tenido si se hubiese reconocido la relación laboral desde un comienzo.

4.3. Prevalencia del contrato laboral frente al contrato civil simulatorio. Dada la naturaleza contradictoria de la relación civil y laboral, la declaratoria de la existencia de la última desvirtúa a la primera, reconociendo y conservando (principio de conservación) la relación laboral bajo el principio de primacía de la realidad.

4.4. Sentencia laboral como prejudicialidad penal. Como hemos señalado la constitución define a la simulación como un acto penalmente sancionable, si bien no existe en este momento el tipo penal por lo que aún no es sancionable, se espera que en el futuro se elabore. Para una correcta y competente aplicación del derecho es necesario en primer lugar que el juez del trabajo declare la existencia de una simulación laboral para que luego con esa declaratoria el fiscal proponga una acción penal donde se descubra la verdadera naturaleza de la simulación, es decir, si amerita una sanción penal

como consecuencia del esclarecimiento de la existencia de elementos como el dolo.

4.5. Reconocimiento de no afiliación al seguro social implícita en la sentencia. Como efecto particular de la sentencia laboral que implica una declaratoria de la existencia de una relación laboral, tácitamente expresa que todo el tiempo que no se reconoció la relación laboral no se pagaron los rubros propios de esta, en particular no existió afiliación al seguro social ecuatoriano. Ahora bien con este antecedente el 7 de mayo de 2011 se realizó una consulta popular (referéndum) que consistía de en 10 preguntas, siendo la décima pregunta una de las más polémicas donde se le preguntaba al ciudadano si estaba de acuerdo con la tipificación como infracción penal la no afiliación al seguro social ecuatoriano, como era esperable el resultado a esta pregunta fue positivo. Ahora podemos distinguir una situación jurídica más compleja ya que la simulación laboral y la no afiliación al seguro social son inseparables, siempre que exista una simulación laboral no habrá afiliación al seguro social ***configurándose un doble ilícito.***

III. PENALIZACIÓN DE LA SIMULACIÓN LABORAL Y NO AFILIACIÓN AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Sin la intención de elaborar un tipo penal específico creemos aún más importante el establecer ciertos elementos que deben ser considerados en Ecuador a la hora de establecer una sanción por una eventual simulación laboral.

1. Elementos a considerar

Primer elemento. Derecho penal mínimo. A nuestro criterio y muy cerca del pensamiento de Luigi Ferrajoli (1995) el derecho penal debe ser mínimo, la prevención de la ocurrencia de la violencia debería ser la prioridad de los sistemas políticos y jurídicos. El derecho Penal debería ser aplicado solo en

casos eminentemente necesarios cuando no existe una reparación proporcionalmente posible como es el caso de delitos sexuales, contra la vida, la integridad y demás. (pág. 25-48)

Si bien las consecuencias jurídicas, sociales y económicas son graves teóricamente, no es justificable una sanción penal por un acto ilícito que puede ser reparado con la sola declaración de un juez, en el caso de la simulación laboral la declaración de la existencia de la relación laboral. A nuestro criterio las sanciones penales deberían reducirse a sanciones de carácter económico y jamás de privación de libertad.

Dicho esto y concordantemente la constitución (2008) en su Art. 393 establece que:

El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, ***promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos.*** La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno. (Énfasis añadido)

Este enunciado orienta las políticas penales del estado hacia la corriente doctrinaria que valora la prevención sobre la sanción así como establece Ferrajoli en su teoría del Derecho penal mínimo. Las políticas penales que establecen fuertes sanciones de privación de libertad han demostrado como en el caso de Estados Unidos de Norte América que contrario a prevenir o reducir las tasas de criminalidad estas aumentan.

Segundo elemento. Proporcionalidad. La proporcionalidad en Derecho penal busca principalmente equiparar la sanción al delito cometido, es decir, dentro de una visión deontológica de justicia clásica “dar a cada uno lo que merece”.

En el ámbito laboral mundial es poco común establecer sanciones que priven de libertad al empleador salvo sean fraudes abiertamente graves.

Tercer elemento. Fraude. Como hemos dicho la simulación es una especie de fraude, ya sea un fraude a la ley, fraude al Estado o fraude al trabajador. En nuestra legislación es considerada como circunstancia agravante como consta en el artículo 30 del código penal (2010) y también desde una visión típica la simulación puede ser asemejada a la estafa contemplada en el artículo 563 código mencionado, sin ser este tipo penal mencionado homologable completamente a la figura de la simulación, más bien lo consideramos una figura próxima para fines explicativos. Como hemos mencionado específicamente la simulación laboral es un fraude a:

- ✓ Fraude a la ley laboral
- ✓ Fraude al Estado (No afiliación)
- ✓ Fraude al trabajador

Cuarto elemento. No afiliación al Seguro Social. La simulación laboral al tener como objetivo despojo de la calidad de trabajador de una persona implica una no afiliación al seguro social inherente a una relación obrero patronal. Ahora bien al establecerse la no afiliación como un “delito” por mandato popular aun cuando al momento no exista el tipo penal nos vemos en la dificultad de que toda simulación implica una no afiliación del trabajador al seguro social por lo que se entiende que en un mismo acto hay dos delitos, el de simulación (fraude o estafa) y por otro lado la no afiliación.

2. Derecho comparado. En primer lugar a) El Código del trabajo (2013) de Chile establece multas como sanciones por la no afiliación al seguro social así como la imposibilidad de despedir al trabajador si no ha cumplido con sus obligaciones para con el seguro social, en ningún momento se establece un delito. Por otro lado b) Argentina si establece una sanción de 2 a 6 años de privación de libertad para los empleadores que no paguen sus contribuciones al

seguro social, también sanciones de 15 días a un año por no proporcionar la información que requiere el órgano administrativo de seguridad social (Ley N° 2424, 1993) por ultimo c) Colombia también establece multas e intereses de mora en los artículos 22 y 161 de la ley 100 (1993) por el no pago de los rubros de afiliación a la seguridad social pero sin mencionar la configuración de delito alguno.

Ahora en cuanto a la simulación laboral no existen tipos específicos en las legislaciones de los diferentes países, en el caso de establecerse una simulación laboral se usa el tipo penal de fraude.

3. ¿Penalizar o no penalizar la simulación laboral y la no afiliación al seguro social?

3.1. Desde un punto de vista constitucional y legal. La constitución establece que se sancionara y penalizara la simulación laboral y la consulta popular realizada respecto a la no afiliación igualmente manda que se establezca la no afiliación como delito. Por esto independientemente de que se deba o no penalizar estas situaciones jurídicas se hará de todas maneras al punto que en la asamblea nacional ya existen 2 proyectos normativos para sancionar la no afiliación:

Mary Verduga (2011) asambleísta provincial de Santo Domingo de los Tsachilas en su proyecto de ley reformativa al código penal y a la ley de seguridad social que penaliza la no afiliación al seguro social obligatorio propone sancionar con una privación de libertad de 15 días a 6 meses y una multa de 100 salarios mínimos unificados al empleador que no inscriba al trabajador desde el primer día de funciones.

Nivea Velez (2011) asambleísta por la provincia de Loja en su proyecto de ley reformativa al código penal para la tipificación y sanción para la no afiliación al

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social donde propone como sanción entre 3 a 6 meses de privación de libertad para el empleador que no afilie al trabajador.

Por el momento el ministerio del trabajo está imponiendo una multa de 20 salarios mínimos unificados para los empleadores que no afilien a sus trabajadores.

3.2. Desde un punto de vista de Derecho penal mínimo y la deuda. Los ilícitos que merecen sanciones penales de privación de libertad son aquellos que producen un efecto que no tiene forma proporcional de reparación. Si hablamos de la simulación laboral es claro que la solución es el pago de los rubros adeudados con sus respectivos intereses de mora y de igual manera para con el seguro social ya que en definitiva se trata de una deuda.

3.3. Desde el punto de vista del Fraude. La sanción Penal en caso de simulación laboral se sustentaría en el delito de Estafa o Fraude que tiene 3 afectados, por un lado el fraude a la ley laboral al evadir su aplicación y por ende un daño al interés público, por otro lado el fraude al Estado y en particular al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y por último el fraude al trabajador quien ha dejado de percibir todos los beneficios económicos y sociales de una relación laboral. En este caso se podría justificar una sanción penal ya sea por el fraude propio de la simulación laboral y la no afiliación así como por la no afiliación de forma independiente de la simulación.

3.4. Desde nuestro punto de vista. Si bien la simulación laboral es un ilícito grave es remediable por lo que no justifica privación de libertad inmediata, también como hemos mencionado la penalización excesiva no produce un efecto preventivo sino por el contrario agudiza el problema. Nosotros creemos que las sanciones deben ser únicamente de carácter pecuniario y de manera progresiva pudiendo ser la última instancia de la progresividad la privación de libertad, transformando la privación de libertad en un hecho totalmente extraordinario y no ordinario.

CONCLUSIONES

El Derecho laboral es un derecho privado de orden público

El Derecho laboral garantiza los derechos del trabajador supeditado a la subordinación y ajenidad

La poca claridad de instituciones del derecho laboral como la subordinación y ajenidad han permitido la aparición de figuras jurídicas ilícitas que perjudican al trabajador como es el caso de la simulación laboral

La simulación laboral es únicamente establecida en la constitución como un ilícito que será sancionado y penalizado sin desarrollo normativo específico hasta el día de hoy

La simulación es un fraude a la ley laboral mediante la puesta en público de un contrato generalmente civil para evitar la normativa laboral

El procedimiento correspondiente a la simulación es la acción por simulación cuya naturaleza es declarar la existencia de una relación laboral oculta y no la nulidad del acto simulatorio

La sentencia emanada de una acción por simulación constituye prejudicialidad para una posterior acción penal dado que la constitución establece a la simulación como un acto que se penalizara.

Toda simulación conlleva la no afiliación del trabajador al seguro social ecuatoriano

La sanción penal por la simulación debería limitarse a sanciones pecuniarias y no a privación de libertad salvo como último escalafón de una cadena de sanciones pecuniarias progresivas.

RECOMENDACIONES

El precario desarrollo de la institución jurídica laboral de la subordinación y la no consideración de la ajenidad como elemento constitutivo de una relación laboral constituyen una apertura a ilícitos como la simulación laboral. Es necesario un desarrollo legal de las instituciones antes mencionadas. Cuyo efecto será seguridad jurídica para el trabajador sometido a la relación laboral, la certeza de una jurisprudencia posterior coherente y con bases concretas, finalmente se lograría una distinción definitiva entre el trabajo subordinado y bajo ajenidad frente al trabajo autónomo.

La simulación laboral es mencionada vagamente en la constitución, particularizando el carácter de ilícito merecedor de una sanción y penalización. Al no haber desarrollo legal de la institución es necesaria a) la creación de la figura de la simulación de manera general en el ámbito civil b) creación de la figura de la simulación laboral en el ámbito laboral y c) la creación de un tipo penal referente a la simulación. Consecuentemente la simulación determinada en el código civil servirá de antecedente y será complementaria a la simulación laboral creando una solidez jurídica para la figura para que luego sea conocida por los jueces penales con un mayor sustento jurídico que evite injusticias.

La simulación laboral es un fraude a la ley, debe ser considerada de manera objetiva por el juez laboral sin tomar en cuenta "intenciones" ulteriores ya que el fraude es a la ley (objetiva). Establecer la simulación como un ilícito objetivo sin consideración de subjetividades ya que esta última es competencia del juez penal. Con esto a) se diferencia la simulación laboral con la simulación penal b) no se pone el peso de la determinación del delito en los hombros del juez del trabajo.

La declaratoria de simulación laboral determinaría la existencia de un ilícito que debe someterse a conocimiento de la jurisdicción penal para su posterior decisión. Al existir una migración jurídica de la sentencia laboral al ámbito penal

es lógico que se deba establecer prejudicialidad. El fiscal tendrá una base jurídica previa para el ejercicio de sus deberes y se evitara que el juez penal decida directamente sobre cuestiones laborales.

La simulación será penalizada. Si bien la simulación es un ilícito, no se debería penalizar en primera instancia con privación de libertad pues no se justifica al ser un hecho remediable por medios ordinarios. La privación de libertad por un hecho como la simulación laboral sería abiertamente desproporcional y perjudicaría no solo al trabajador sino que a la economía nacional.

REFERENCIAS

Cabanellas de Torres G & Cabanellas de las Cuevas (1992), *Compendio de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.

Cabanellas de Torres G (2006), *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.

Código Civil (2005), recuperado de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO_CIVIL_LIBRO_IV

Código del trabajo (2005), recuperado de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=LABORAL-CODIGO_DEL_TRABAJO

Código del trabajo (2013) Chile, recuperado de http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-95516_recurso_1.pdf

Código Penal (2010), recuperado de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PENAL-CODIGO_PENAL#page=4&zoom=auto,0,842

Constitución de la República del Ecuador (2008), recuperado de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR_2008

Gaceta judicial 12, (25 de agosto de 1981), serie 17 *contrato de realidad*, recuperado de <http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/JurisVisualizer/JurisVisualiz>

erPDF.aspx?id=JURIS-
CONTRATO_REALIDAD_131219810825&query=

Gaceta judicial 2 (21 de octubre de 1999), serie 17, *Causales de nulidad*, recuperado de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/JurisVisualizer/JurisVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-CAUSALES_DE_NULIDAD_ABSOLUTA_17219991021&query=nulidad%20absoluta

Gaceta Judicial 3 (11 de enero de 2007), serie 18, *Subordinación o dependencia laboral*. Recuperado de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/JurisVisualizer/JurisVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-SUBORNIZACION_O_DEPENDENCIA_LABORAL_18320070111&query=gaceta%20judicial%203%20subordinacion%20o%20dependencia%20laboral

Gaceta Judicial 4, (30 de agosto de 2000), serie 17, *Dependencia laboral*, recuperado de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/JurisVisualizer/JurisVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-DEPENDENCIA_LABORAL_17420000830&query=gaceta%20judicial%204%20dependencia%20laboral

García, M. (1958), *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Barcelona España

La Cruz J, Sancho F, Luna A, Delgado J, Rivero F, Rams J (2011), *Derecho de las obligaciones*, Madrid, España: DYKINSON

Ley 100 (1993), Colombia, recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0100_1993.html

Ley N° 24241, SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES (1993) Argentina, recuperado de http://biblioteca.afip.gov.ar/gateway.dll/Normas/Leyes/ley_c_024241_1993_09_23.xml

Luigui Ferrajoli (1995), *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Chile: conosur

Mandato constituyente 1 plenos poderes de la asamblea constituyente (2007), recuperado de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-MANDATO_CONSTITUYENTE_1_PLENOS_PODERES_DE_LA_ASAMBLEA_CONSTITUYENTE

Mary Verdugo (2011) *Proyecto de ley reformativa al código penal y a la ley de seguridad social que penaliza la no afiliación al seguro social obligatorio*, Quito, Ecuador, recuperado de <http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e0ad9714-b7e5-4514-97f5-49acc517ca58/Ley%20Reformativa%20al%20C%C3%B3digo%20Penal%20y%20a%20la%20Ley%20de%20Seguridad%20Social%20que%20Penaliza%20la%20No%20Afiliaci%C3%B3n%20al%20Seguro%20General%20Obligatorio>

Moliner G, Pedrajas A, Sala T (2012), *Manual de jurisprudencia laboral*, Valencia, España: tirant lo blanch

Mosset J (2010), *Contratos simulados y fraudulentos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.

Nivea Velez (2011) *proyecto de ley reformativa al código penal para la tipificación y sanción para la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*, recuperado de <http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/205e248c-f314-41d6-aa4a-689267e7deee/Ley%20Reformativa%20al%20C%C3%B3digo%20Penal%20para%20la%20Tipificaci%C3%B3n%20y%20Sancion%20de%20la%20No%20Afiliaci%C3%B3n%20al%20Instituto%20Ecuatoriano%20de%20Seguridad%20Social>

Ospina G & Ospina E, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Colombia: TEMIS

Reglamento a la supresión de tercerización e intermediación laboral (2008), recuperado de http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=LABORAL-REGLAMENTO_A_LA_SUPRESION_DE_TERCERIZACION_E_INTERMEDIACION_LABORAL

Reglamento para el funcionamiento de la asamblea constituyente (2007),
recuperado de
http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-REGLAMENTO_DE_FUNCIONAMIENTO_DE_LA_ASAMBLEA_CONSTITUYENTE

Suprema corte de la Pcia. De Bs. As. (1974) jurisprudencia, Rev. D.T. 19/02/74

Valverde M, Rodríguez F, Gutiérrez S, García J, *Derecho del trabajo*, España, Madrid: Grupo Anaya S.A.

Vásquez J (2004), *Derecho laboral ecuatoriano derecho individual*, Quito, Ecuador: Editora Jurídica Cevallos