



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TÍTULO:**

**“NECESIDAD DE GARANTIZAR EN EL  
RÉGIMEN DE CONTRATACION  
INDIVIDUAL DEL TRABAJO, LA RELACIÓN  
LABORAL BILATERAL Y DIRECTA,  
PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA  
REPÚBLICA DEL ECUADOR”.**

Tesis previa a la obtención del  
Título de Abogado.

**Autor:**

**HENRY JIMMY GRANDA RÍOS**

**Director:**

**Dr. FELIPE NEPTALÍ SOLANO GUTIÉRREZ. Mg. Sc.**

**LOJA – ECUADOR**

**2014**


## CERTIFICACIÓN

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc., DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

### CERTIFICO.

Que el presente trabajo de investigación, elaborado por el señor Henry Jimmy Granda Ríos, titulado; **“Necesidad de garantizar en el régimen de contratación individual del trabajo, la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador”**, ha sido dirigido, corregido y revisado prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Septiembre de 2014



Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc.  
DIRECTOR DE TESIS

## AUTORIA

Yo, Henry Jimmy Granda Ríos, declaro ser autor del presente trabajo de tesis: **“Necesidad de garantizar en el régimen de contratación individual del trabajo, la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador”**, y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

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

Autor: Henry Jimmy Granda Ríos

Firma: .....  .....

Cédula: No. 070334043-0

Fecha: Loja, de Septiembre de 2014

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

Yo, Henry Jimmy Granda Ríos, declaro ser autor de la tesis titulada: "**Necesidad de garantizar en el régimen de contratación individual del trabajo, la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador**", como requisito para optar al Grado de Abogado; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 26 días del mes de noviembre de dos mil catorce, firma el autor.

Firma: .....

Autor: Henry Jimmy Granda Ríos

Cédula: No. 070334043-0

Dirección: Ciudadela: Milton Reyes. Calles: Machala entre 19 de Octubre y santa Rosa. Cantón Huaquillas.

Correo Electrónico: jimgranda@hotmail.com

Teléfono: 2996712

Celular: 0998454396

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

PRESIDENTE: Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda

VOCAL: Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

VOCAL: Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez

## **DEDICATORIA**

La presente tesis la dedico con amor y sacrificio a mis padres, a ellos va dirigido el presente trabajo, porque con su afán y sacrificio, hicieron lo posible para la culminación de esta etapa universitaria.

A mis amigos y demás familiares que de una u otra manera supieron alentar para que continúe con mi preparación profesional de tercer nivel.

**El Autor**

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco infinitamente a la Universidad Nacional de Loja, en representación de su digna autoridad, Director de la Modalidad de Estudios a Distancia, especialmente a la Carrera de Derecho por haberme acogido en sus aulas para brindarme todos los conocimientos necesarios para poder culminar con mi carrera, a todos los Docentes, personal administrativo y de manera muy especial al Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc., Director de mi tesis de Licenciado en Jurisprudencia, a quien no le importó lugar, ni fecha para la revisión de los adelantos de mi trabajo investigativo.

**El Autor**

## **TABLA DE CONTENIDOS**

### **1. TÍTULO**

### **2. RESUMEN**

#### **2.1. ABSTRACT**

### **3. INTRODUCCIÓN**

### **4. REVISIÓN DE LITERATURA.**

#### **4.1. MARCO CONCEPTUAL.**

4.1.1. Derecho Laboral

4.1.2. El contrato individual

4.1.3. Elementos del Contrato de Trabajo

4.1.4. El empleador y trabajador

4.1.5. La relación laboral bilateral y directa

4.1.6. Las obligaciones laborales.

4.1.7. La Controversia Individual Laboral.

4.1.8. Responsabilidad Laboral.

4.1.9. Seguridad Jurídica.

4.1.10. El Debido Proceso.

#### **4.2. MARCO DOCTRINARIO.**

4.2.1. Estado Constitucional de Derechos.

4.2.2. El Principio de Primacía de la Realidad.

4.2.3. Intermediación y Tercerización Laboral.

4.2.4. La Intermediación Laboral.

- 4.2.5. El Fraude Laboral.
- 4.2.6. La Simulación Laboral.
- 4.2.7. El Enriquecimiento Injusto en Materia Laboral.
- 4.2.8. La Motivación de las Resoluciones.
- 4.2.9. El Principio de Reparación Integral.

#### **4.3. MARCO JURÍDICO.**

- 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.
- 4.3.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos
- 4.3.3. Código del Trabajo.

#### **4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.**

- 4.4.1. Real Decreto Legislativo 5/2000. Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales 2001. España.
- 4.4.2. Ley de Contrato de Trabajo de Argentina
- 4.4.3. Decreto Supremo N° 0521, del Estado Plurinacional de Bolivia

#### **5. MATERIALES Y MÉTODOS.**

- 5.1. Materiales Utilizados.
- 5.2. Métodos.
- 5.3. Procedimientos y Técnicas.

#### **6. RESULTADOS.**

- 6.1. Resultado de la aplicación de encuestas.
- 6.2. Resultado de la aplicación de entrevistas.
- 6.3. Estudio de casos.



## **7. DISCUSIÓN.**

- 7.1. Verificación de Objetivos.
- 7.2. Contrastación de Hipótesis.
- 7.3. Fundamentación Jurídica.

## **8. CONCLUSIONES.**

## **9. RECOMENDACIONES.**

### **9.1. PROPUESTA JURÍDICA.**

## **10. BIBLIOGRAFÍA**

## **11. ANEXOS.**

## **ÍNDICE**

**1. TÍTULO:**

**“NECESIDAD DE GARANTIZAR EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL DEL TRABAJO, LA RELACIÓN LABORAL BILATERAL Y DIRECTA, PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”.**

## **2. RESUMEN.**

El presente trabajo de tesis titulado; **“Necesidad de garantizar en el régimen de contratación individual del trabajo, la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador”**, es un problema jurídico que a diario se lo viene enfrentando en la sociedad, pues los empleadores con el objetivo de librarse del cumplimiento de sus obligaciones tratan de disfrazar la existencia de la relación laboral directa, con la simulación de otros contratistas. En las empresas privadas los empleadores celebran contratos individuales de trabajo con cláusulas que están alejadas de la realidad del trabajo que desempeña el trabajador, y cuando surge una controversia individual, los empleadores, niegan su relación laboral, por lo que el trabajador se ve obligado a demandar al empleador, hasta llegar a los últimos instancias donde el Juez Superior es quien mediante el principio de primacía de la realidad aplica la sana crítica y determina que existe la relación bilateral y directa, entre actor y demandado.

Por lo tanto debe darse fiel cumplimiento del Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Además 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 trabajo teórico y de campo de la presente tesis me ha permitido obtener criterios, con fundamentos claros y precisos, de bibliografía muy reconocida, que aportaron a la verificación de objetivos, y contrastación de la hipótesis planteada, permitiendo apoyar los cambios que se requieren al Código del Trabajo.

## **2.1. ABSTRACT.**

The present titled thesis work; "Necessity to guarantee in the régime of individual recruiting of the work, the bilateral and direct labor relationship, foreseen in the Constitution of the Republic of the Ecuador", it is a juridical problem that comes him to him facing in the society to newspaper, because the employers with the objective of getting rid of the execution of their obligations try to disguise the existence of the direct labor relationship, with the simulation of other contractors. In the private companies the employers celebrate individual contracts of work with clauses that are far from the reality of the work that the worker carries out, and when an individual controversy arises, the employers, deny its labor relationship, for what the worker is forced to demand the employer, until arriving to the last instances where the Superior Judge is who by means of the principle of primacy of the reality the healthy critic applies and it determines that the bilateral and direct relationship exists, between actor and defendant.

Therefore it should occur faithful execution of the Art. 327 of the Constitution of the Republic of the Ecuador that it points out the labor relationship between hard-working people and empleadoras will be bilateral and direct. Also prohíbe all precarización form, as the labor intermediation and the tercerización in the own and habitual activities of the company or person empleadora, the labor recruiting per hours, or anyone another that affects the rights of hard-working people in form singular or collective.

The theoretical work and of field of the present thesis it has allowed me to obtain approaches, with clear and precise foundations, of very grateful bibliography that you/they contributed to the verification of objectives, and contrastación of the outlined hypothesis, allowing to support the changes that are required to the Code of the Work.

### 3. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación jurídica lleva por título: **“Necesidad de garantizar en el régimen de contratación individual del trabajo, la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador”**, fue seleccionado al analizar la Constitución de la República del Ecuador que garantiza en el Art. 33, al trabajo como 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. Más adelante en el Art. 325 de la Constitución señala que el Estado garantizará el derecho al trabajo. La norma constitucional establece que *la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa*, esta disposición en la actualidad no se viene cumpliendo por parte del empleador, en ciertos casos el empleador obliga a sus trabajadores a realizar actividades laborales en días festivos o de descanso, otro inconveniente es respecto a su no afiliación al seguro social y el irrespeto a sus derechos. Incumpliendo la normativa vigente del Art. 42 del Código del Trabajo que hacen relación a las obligaciones del empleador deberían ser acatadas y en caso de su incumplimiento el Inspector Provincial del Trabajo y Juez del Trabajo deben reprimir al empleador responsables del fraude, la simulación en materia laboral, conforme el régimen sancionador que pretendo incorporar en el Código del Trabajo ecuatoriano y demás leyes pertinentes en caso de ser

necesario. En la actualidad los empleadores obligan mediante juicio oral laboral al trabajador demostrar que existe la relación bilateral directa, para que puedan cobrar sus remuneraciones, siendo el juez quien determina que existe la relación laboral, por comprobar con el principio de primacía de la realidad, la relación laboral que consagra el Art. 8 del Código del Trabajo que consiste en la contratación individual.

La estructura del informe final contiene: Primero.- La revisión de Literatura que comprende: El marco conceptual defino temas como el Derecho Laboral, el contrato individual, Elementos del Contrato de Trabajo, el empleador y trabajador, la relación laboral bilateral y directa, las obligaciones laborales, la Controversia Individual Laboral, Responsabilidad Laboral, Seguridad Jurídica, el Debido Proceso. A continuación en el marco doctrinario desarrollo temáticas relacionadas con el fraude y simulación laboral tales como: Estado Constitucional de Derechos, el Principio de Primacía de la Realidad, Intermediación y Tercerización Laboral, la Intermediación Laboral, el Fraude Laboral, la Simulación Laboral, el Enriquecimiento Injusto en Materia Laboral, la Motivación de las Resoluciones; y , el Principio de Reparación Integral. En el marco jurídico analizo e interpreto las normas jurídicas de la Constitución de la República del Ecuador, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Código del Trabajo, así como Legislación Comparada analizo el Real Decreto Legislativo 5/2000. Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales 2001. España, Ley



de Contrato de Trabajo de Argentina; y, Decreto Supremo N° 0521, del Estado Plurinacional de Bolivia.

En segundo lugar los Materiales y Métodos, que sirven como apoyo en la investigación de campo dado a través de las encuestas y entrevistas aplicadas a diferentes personas entre estos Profesionales del Derecho y Funcionarios Judiciales. También apliqué los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requería la investigación jurídica propuesta, auxiliada de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental. En la investigación de campo consulte la opinión de las personas conocedoras de la problemática, mediante treinta encuestas y cinco entrevistas; en ambas técnicas realice cuestionarios derivados de los objetivos e hipótesis planteada en el proyecto de investigación.

A continuación se realiza la Discusión de resultados logrado con el acopio teórico y la investigación de campo, verificando el objetivo general y los objetivos específicos que me propuse en el proyecto de investigación; así mismo pude contrastar la hipótesis en base a las respuestas dadas por los encuestados y con el criterio de expertos que fueron entrevistados alrededor del problema. Finalmente se cumplió con las Conclusiones y Recomendaciones, para luego formular una propuesta jurídica de reforma al Código del Trabajo. Dejando constancia de la presente tesis en esta Carrera de Derecho, esperando que sirva como un aporte investigativo en el campo del derecho laboral, con la finalidad de que la juventud que se forma en esta Universidad Nacional de Loja tenga acceso a la misma.

## **4. REVISIÓN DE LITERATURA.**

### **4.1. MARCO CONCEPTUAL.**

#### **4.1.1. Derecho Laboral.**

El Derecho laboral según el autor español Eugenio Pérez Botija, “el derecho del trabajo como medio de resolver la cuestión social, la relación laboral”<sup>1</sup>.

El autor venezolano Rafael Caldera establece: “el derecho del trabajo es el conjunto de normas jurídicas que se aplican al hecho social trabajo, tanto por lo que toca a las relaciones entre las partes que concurren a él y con la colectividad en general, como al mejoramiento de los trabajadores en su condición de tales”<sup>2</sup>.

Cuando se afirma la autonomía del derecho del trabajo, se sostiene generalmente que este tiene principios propios diferentes de los que inspiran otras ramas del derecho.

Para el tratadista Ernesto Krostoschin al referirse al Derecho laboral sostiene; “El Derecho Laboral es el conjunto de los principios y de las normas jurídicas destinados a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de la vida social, el que se limita al trabajo prestado por los trabajadores al servicio de empleadores comprendiendo todas las ramificaciones que nacen de esta relación”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> PEREZ BOTIJA, Derecho del Trabajo. Primera Edición. 2007. Pág. 49.

<sup>2</sup> CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo, 2ª edic., edit. El Ateneo, Buenos Aires-Argentina 1975t. Pág. 269

<sup>3</sup> KROSTOSCHIN, Ernesto.- Instituciones de Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Ediciones DEPALMA. Buenos Aires – Argentina. 1968. Pág. 4.

El derecho laboral realiza un estudio para remediar la mala distribución del trabajo, y la injusta distribución de la riqueza, el Derecho analiza el esfuerzo humano con frecuencia en forma directa, y lo relaciona con otras ramas del conocimiento humano.

El autor Julio Cesar Trujillo define; “Derecho laboral, es una rama, la más importante si se quiere, del nuevo Derecho Social, junto a aquel y dentro de este se encuentran, además, las leyes que tratan del problema de la vivienda, de las instituciones de ahorro y de la asistencia mutua, de la seguridad social, de la más equitativa distribución de la tierra, etc”<sup>4</sup>.

Este derecho tiende a buscar un equilibrio compensatorio, entre el poder que ostenta el capital y por otro lado el poder que pueda ejercer el conjunto de principios dogmáticos que rigen las relaciones sociales. En general el derecho tiende a regular la conducta humana, el derecho del trabajo regula la conducta con respecto al trabajo, y como este empieza a dar sentido de interés económicos entre el empleador y el trabajador.

Las leyes laborales son normas de orden público, obligatorias para empleadores y trabajadores afectos y tienen por finalidad el equilibrar la relación laboral, contrarrestando en parte el poder que tiene el empleador. Tanto es así que contrariamente a lo establecido en las normas que rigen los demás contratos, los derechos laborales son irrenunciables.

---

<sup>4</sup> TRUJILLO, Julio Cesar. Garantías del Trabajo. Tomo I. Editorial Don Bosco. Quito – Ecuador. 1973. Pág. 21.

#### **4.1.2. El Contrato Individual.**

Según el tratadista argentino Guillermo Cabanellas, contrato de trabajo “es aquel que tiene por objeto la prestación continua de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes –el patrono empresario o empleador- da remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección de la actividad profesional o de otra. El esfuerzo productivo debe, en todos los casos, recibir una compensación equitativa de aquél que obtiene sus beneficios”<sup>5</sup>.

El maestro laboral mexicano Luis Mario de la Cueva sostiene: “Contrato de Trabajo es aquel por el cual una persona, mediante el pago de la retribución correspondiente, subordina su fuerza de trabajo al servicio de los fines de la empresa”<sup>6</sup>.

A manera de síntesis, el autor español Menéndez Pidal define el Contrato de Trabajo, así: “Es el acuerdo de prestar un trabajo por cuenta ajena, bajo su dependencia y remuneración”<sup>7</sup>.

El Dr. Colón Bustamante Fuentes manifiesta: “es la institución jurídica más importante y central del Derecho de Trabajo que establece la relación jurídica entre un hombre y/o mujer (trabajador/a) que se compromete a realizar un trabajo bajo la dependencia o subordinación de otra persona natural o jurídica, sociedad, compañía, corporación o fundación, etc., a

---

<sup>5</sup> CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. Tomo II. Buenos Aires- Argentina. 1949. Pág. 41.

<sup>6</sup> DE LA CUEVA, Luis Mario. Citado por GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Introducción al Derecho del Trabajo. Bogotá-Colombia. 1992. Pág. 291.

<sup>7</sup> MENÉNDEZ, Pidal. La Estabilidad en el Empleo y otros Estudios de Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina. 1957. Pág. 25.

cambio de una remuneración justa, y regulado por las condiciones de trabajo, tiempo, lugar, etc.”<sup>8</sup>.

“El contrato individual de trabajo es un convenio mediante el cual una persona física se compromete a prestar sus servicios a otra persona (física o jurídica), bajo el mando de esta a cambio de una remuneración. Para que exista este contrato, se hace necesaria la presencia de tres elementos: a) Prestación personal de servicios, b) Remuneración, c) Subordinación jurídica. La subordinación jurídica es la relación de poder dar órdenes que el trabajador debe acatar”<sup>9</sup>.

Un contrato individual de trabajo se entiende como un acuerdo bilateral entre empleador y trabajador, en donde se compromete el trabajador a prestar sus servicios lícitos y personales al empleador a cambio de una remuneración, en este contrato se estipula el lugar de trabajo, horas laborables y tipo de trabajo o actividad que va a realizar.

#### **4.1.3. Elementos del Contrato de Trabajo.**

Los elementos del contrato de trabajo son:

**a). Acuerdo de voluntades.** “En su acepción más amplia equivale a concierto o acuerdo de voluntades de dos o más personas naturales o jurídicas, la que se obliga a prestar sus servicios denominados trabajador y aquella que por su cuenta u orden se ejecuta la obra o

---

<sup>8</sup> BUSTAMANTE FUENTES, Colón. “Manual de Derecho Laboral”. Editorial Jurídica del Ecuador. Quinta Edición. Quito-Ecuador. 2013. Págs. 11 y 12.

<sup>9</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_laboral#Principio\\_protector](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral#Principio_protector). 23 de abril de 2014.

presta el servicio, llamada empleador o empresario”<sup>10</sup>. Gozan de libertad para acordar condiciones que signifiquen mejores garantías o beneficios para el trabajador, siempre que no vayan en perjuicio de los legítimos derechos de terceros o del bien común.

**b). Prestación de servicios lícitos y personales.** “Este elemento esencial es el objeto o material del ajuste o acuerdo de voluntades que constituye la prestación de servicios lícitos y personales”<sup>11</sup>. El Código del Trabajo emplea el término lícito, se lo debe entender en el sentido de que no solo el trabajo en sí mismo es importante, sino que también el fin que con ese trabajo se persigue debe ser lícito o sea no prohibido por la ley.

De igual manera nuestro Código de Trabajo utiliza el término personales, al que se lo debe entender que la persona que se compromete, en calidad de trabajador, a prestar sus servicios, tiene que hacerlo directa y personalmente, sin que pueda encargarle a otra persona que los preste a su nombre y representación, salvo los casos autorizados por la ley.

**c). Dependencia o subordinación.** “La relación de trabajo no es un vínculo circunstancial o una fugaz transacción mercantil, entraña vínculos sociológicos, personales y permanentes que miran a la consecución de objetivos que inducen al empleador a solicitar los servicios del trabajador; por lo tanto, el trabajador al momento de celebrar el contrato,

---

<sup>10</sup> CEVALLOS VASQUEZ, María Elena, Legislación Laboral, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas. Pág. 72.

<sup>11</sup> CEVALLOS VASQUEZ, María Elena Ob. Cit. Pág.73

se obliga a someterse a los mandatos e instrucciones que imparta el empleador, en beneficio de la adecuada organización de la empresa”<sup>12</sup>.

La dependencia o subordinación respecto del empleador puede ser técnico industrial, económica o jurídica; más la que deriva del contrato de trabajo y lo tipifica es la dependencia jurídica, sin desconocer que la económica y la técnico-industrial puedan existir y de hecho lo existen en la mayoría de los casos.

**d). Pago de remuneración.** Este elemento esencial del contrato individual de trabajo es la remuneración del servicio prestado y es de tal modo indispensable que sin ella existiría prestación gratuita y no estricta relación laboral.

A la remuneración la conocemos con diferentes nombres dependiendo del trabajo que cumpla cada persona; si es el caso de un obrero se le llamará salario, jornal si es que se lo computa por jornada de labor, y sueldo el que recibe un empleado.

El contrato de trabajo en este caso para el autor Jorge Augusto, contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas.

El convenio, es la voluntad de contratar, el acuerdo de voluntades que debe darse entre las partes para que pueda surgir la relación contractual.

---

<sup>12</sup> CEVALLOS VASQUEZ, María Elena Ob. Cit. Pág.74

La prestación de servicios consiste en un compromiso del trabajador ante el empresario para dar o hacer algo, la acción, el servicio o la obra, tienen que ser siempre lícitos es decir, deben estar permitidos por la Ley, pues en un contrato el convenio de trabajo será nulo.

La dependencia se refiere que el trabajador queda a órdenes del empleador para realizar el servicio o la obra que se ha comprometió.

La remuneración se fija por el convenio a que llegan las partes respecto a la cuantía de la remuneración; por la Ley el Consejo Nacional de Salarios fijara semestralmente los salarios mínimos vitales que deben percibir los trabajadores ecuatorianos; por el pacto colectivo, en este caso los contratos colectivos que se celebren entre el patrono y la asociación de trabajadores, es requisito que se fije el monto de las remuneraciones y finalmente; por la costumbre donde hay ciertos trabajos en los cuales tanto empresario como trabajador conocen cual es la remuneración y no hará falta que fijen el momento de cobrarse el contrato, pues se encuentra ya establecido por costumbre.

#### **4.1.4. El Trabajador y Empleador.**

**El Trabajo.-** Para el autor Guillermo Guerrero Figueroa, el trabajo tampoco puede entenderse como "dolor y pena", si bien muchos trabajos no son gratificantes ya que requieren de un mayor esfuerzo físico, el cual incluso ha llevado a diferenciar el trabajo manual del intelectual, sin comprender que los obreros y empleados, ejecutan una actividad personal por cuenta ajena y



sujeta a subordinación, pues ambos tienen un interés común, respecto de sus derechos y reivindicaciones social-laborales, "por cuanto los beneficiarios de las normas laborales no solo son los obreros, sino también los empleados, los marinos, los agricultores, los intermediarios del patrono, los del servicio doméstico, etc"<sup>13</sup>.

En cambio para el autor Oswaldo De Rivero, considera que tampoco el trabajo debe entenderse como "traba del hombre"; muy por el contrario el trabajo constituye dignidad, desarrollo y realización de nuestro proyecto de vida, esto es lo que siempre soñamos y queremos ser, pues "trabajos" "hay trabajos", pero lo que no me imagino, es que sería de nuestras vidas si no existiera el trabajo, ¡terrible!, pues sería la negación existencial de la persona"<sup>14</sup>.

Por esta razón considero que el trabajo es tan antiguo como el hombre, si reconocemos las diversas etapas por las que ha pasado la humanidad, lo encontraremos formando parte esencial del quehacer cotidiano y del sistema económico de las sociedades, siempre en busca de mejores niveles de vida de todos los habitantes de un Estado y ayuden a su desarrollo económico, social y cultural.

Por consiguiente en una relación laboral al trabajador y empleador, entendiendo por trabajador según el autor "Dr. Jorge Augusto Montero, es la

---

<sup>13</sup> GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Introducción al derecho del trabajo, segunda edición, editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia, 1982, Pág. 92.

<sup>14</sup> DE RIVERO, Oswaldo, "Vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la Globalización", en Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos, Comisión Andina de Juristas, primera edición, Lima, Perú, 2003, Pág. 35.

persona natural que en virtud de una relación de trabajo presta sus servicios lícitos y personales en los que predomina el esfuerzo material sobre el intelectual, bajo la dependencia del empleador y por una retribución”<sup>15</sup>.

**Trabajador.-** Para la autora Isabel Robalino, señala; “se entiende en general por **trabajador** a aquella persona que en la relación de trabajo presta los servicios en subordinación a otra, al trabajador asalariado”<sup>16</sup>.

De esta manera considero que trabajador es la persona física que presta a otra, sus servicios personales por virtud de un contrato ya sea expreso o tácito, y no se puede considerar trabajador a la persona jurídica o abstracta, pues no puede ejecutar por si una prestación de servicios.

Para la doctora Nelly Chávez, en su obra Derecho Laboral Aplicado, da una definición de **trabajador** en la cual manifiesta: “Es la persona natural que se compromete a la realización del trabajo o a la prestación del servicio materia del contrato. Se habla de persona natural, puesto que únicamente en ella está la responsabilidad material, física de realizar un trabajo, ejecutar una obra o de prestar un servicio”<sup>17</sup>.

El Ab. Julio Mayorga Rodríguez, en su obra denominada “Doctrina Teoría y Práctica en Materia Laboral”, nos formula una definición de trabajador en los siguientes términos: “Es la persona que, en virtud del contrato individual de trabajo, se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y

---

<sup>15</sup> MONTERO MALDONADO. Dr. Jorge Augusto. El Derecho Laboral Ecuatoriano, Editorial Universitaria. Quito, 1974, Pág. 22,23.

<sup>16</sup> ROBALINO BOLLE, Isabel. Manual de Derecho del Trabajo, segunda edición, febrero. Quito-Ecuador. 1998. Pág. 32.

<sup>17</sup> CHAVEZ DE BARRERA, Nelly, “Derecho Laboral Aplicado”, Editorial de la Universidad Central del Ecuador, Quito – Ecuador, agosto 2002, Pág. 49.

personales, bajo su dependencia, y por una remuneración pactada o fijada por la ley, el contrato colectivo o la costumbre”<sup>18</sup>.

Según Guillermo Cabanellas de la Cuevas, en el Diccionario Jurídico Elemental, manifiesta que trabajador es: “Quien trabaja; todo aquel que realiza una labor totalmente útil. Laborioso o aplicado al trabajo. Todo el que cumple un esfuerzo físico o intelectual, con objeto de satisfacer una necesidad económicamente útil, aun cuando no logre el resultado. La parte retribuida en el contrato del trabajo”<sup>19</sup>.

**El Empleador.-** Para la autora “Nelly Chávez de Barrera, empleador es el dador de trabajo, la persona natural o jurídica, que va a utilizar la fuerza de trabajo de la otra parte en sus procesos de producción de bienes o servicios”<sup>20</sup>. El empleador es la otra persona que interviene en el contrato de trabajo es el empleador al que también se lo llama empresario, patrono, dador de trabajo, dador de empleo.

El empleador se lo considera, tanto a la persona natural como a la jurídica que se beneficia del trabajo como a la persona que ordena la prestación del trabajo en beneficio de otra diferente. Con esta medida se evita que la persona que contrata la prestación del trabajo eluda el cumplimiento de sus obligaciones, alegando que lo ha hecho por cuenta y en provecho de otra persona. Es importante también tener en cuenta que mientras en calidad de trabajadores sólo pueden intervenir las personas naturales, en calidad de

---

<sup>18</sup> MAYORGA RODRÍGUEZ, Julio. Ab. “Doctrina Teoría y Práctica en Materia Laboral”, Editorial CARPOL, Primera Edición, Tomo 8, Cuenca-Ecuador, 2008. Pág. 102.

<sup>19</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Ob. Cit. Pág. 387.

<sup>20</sup> CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly, Derecho Laboral Aplicado, Editorial de la Universidad Central del Ecuador, Quito – Ecuador, agosto 2002 Pág. 49.

empleadores o empresarios pueden intervenir tanto las personas naturales como jurídicas.

El Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, define al término empleador de la siguiente manera: “La palabra empleador, española sin duda, se ha tomado en lo laboral del francés “employeur” y ha obtenido difusión en Sudamérica. Entonces, el término empleador se refiere en términos generales a “aquella persona que da empleo, sea este de tipo manual o de prestación de servicios como empleado privado”<sup>21</sup>. La Academia que se resistió mucho a incorporarla, señala esa preferencia americanista y la equipara sin más a patrono, como persona que emplea a obreros manuales. Surge aquí una contradicción curiosa; porque, si empleador debe corresponderse con empleado, éste es el trabajador que no realiza trabajos manuales.

“La persona o entidad de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador” Nos damos cuenta de manera inmediata que, en el marco del contrato laboral, puede intervenir en calidad de empleador ya sea una persona natural o física, o una persona jurídica o abstracta, como una sociedad civil o mercantil, una entidad pública o semipública y en general, cualquier tipo de persona jurídica”<sup>22</sup>.

La palabra patrono y empleador son los términos más empleados para designar a aquellas personas o personas físicas o inmateriales que otorgan

---

<sup>21</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Introducción al Derecho Laboral Pág. 424.

<sup>22</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Cit. Pág. 424.

generan o dan trabajo, el patrono ha sufrido modificaciones con el paso del tiempo, la figura del empleador asumen actualmente las más diversas vertientes, que van desde la simple relación bilateral entre un apersona natural frente a otra, hasta figuras de carácter triangular o multilateral constata la presencia de los contratistas independientes, las bolsas de empleo, empresas de servicios temporales.

#### **4.1.5. La Relación Laboral Bilateral y Directa.**

Con la locución Relación de Trabajo se expresan especialmente dos cosas distintas: una innegable, por la evidencia del hecho consistente en la conexión indispensable, en los vínculos, en el trato, en la cooperación que existe entre quien presta un servicio y aquel a quien se le presta. En este sentido, en todo contrato laboral surge una relación de trabajo entre el trabajador que lo ejecuta y el empresario que de modo directo o a través de alguno de sus gestores se beneficia de las tareas realizadas, en las que también interviene, al menos en fase de dirección. Más aún, esos nexos personales y materiales originan, como los resultantes actos jurídicos, relaciones jurídicas entre las partes.

En determinadas zonas al menos de las prestaciones laborales resulta factible conciliar los conceptos de trabajo y de relación de trabajo, que no se repelen imperiosamente. Tal coordinación se planifica afirmando que la manifestación contractual constituye la fase inicial y voluntaria entre las partes; en tanto que el régimen ulterior de la ejecución de los servicios

presenta los contornos de una relación de hecho. También se expresa que del contrato deriva una relación jurídica, en tanto que de la prestación surge una relación simplemente de hecho. Siendo el de trabajo un contrato consensual, es evidente que la relación jurídica se iniciará tan pronto como el concierto de voluntades se produzca, por la manifestación del consentimiento; mientras la relación de trabajo surgirá cuando el trabajador comience la prestación de su actividad profesional bajo la dirección del patrono.

En la Relación Laboral Directa y Bilateral; “Se procura evitar la dispersión de las responsabilidades del verdadero empleador, por tanto prohíbe toda forma de precarización del trabajo, así como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o empleador. De manera frontal se eliminó lo que en nuestro medio se conocía comúnmente como la tercerización”<sup>23</sup>.

La Constitución prohíbe la contratación laboral por horas, el fraude, la simulación de la relación laboral mediante contratos de servicios profesionales o servicios prestados, y el enriquecimiento injusto en materia laboral. Estas reformas buscan que los empleadores asuman directamente sus obligaciones patronales y las evada.

En determinadas zonas al menos de las prestaciones laborales resulta factible conciliar los conceptos de trabajo y de relación de trabajo, que no se repelen imperiosamente. Tal coordinación se planifica afirmando que la

---

<sup>23</sup> VASQUEZ LÓPEZ, Jorge. Derecho Laboral Práctico. Editorial Jurídica Cevallos. Quito – Ecuador 2013. Pág. 25.

manifestación contractual constituye la fase inicial y voluntaria entre las partes; en tanto que el régimen ulterior de la ejecución de los servicios presenta los contornos de una relación de hecho. También se expresa que del contrato deriva una relación jurídica, en tanto que de la prestación surge una relación simplemente de hecho. Siendo el de trabajo un contrato consensual, es evidente que la relación jurídica se iniciará tan pronto como el concierto de voluntades se produzca, por la manifestación del consentimiento; mientras la relación de trabajo surgirá cuando el trabajador comience la prestación de su actividad profesional bajo la dirección del patrono.

Los hechos nos indican que el 30 de abril de 2008 fue aprobado por el pleno de la Asamblea Nacional Constituyente el Mandato 08, con el cual fueron eliminadas la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y el sistema de contratación laboral por horas, que estaban reguladas por la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, del 23 de junio del 2006, conocida como ley 2006-48.

De esa manera la relación laboral directa y bilateral entre el trabajador y el empleador ha sido restaurada por las regulaciones establecidas en el Mandato 08. Desaparecen, por lo tanto, las empresas intermediadoras, mientras que las tercerizadoras podrían subsistir si efectúan las modificaciones necesarias que plantea el Mandato 08 para convertirse en empresas prestadoras de actividades complementarias, manteniéndose únicamente con las actividades de vigilancia, seguridad, alimentación,

mensajería y limpieza. Esto fue la consumación de una promesa hecha en 2006 por el entonces candidato presidencial Rafael Correa, quien había ofrecido terminar con la tercerización que se ha convertido en un simple instrumento de la acumulación del capital, destruyendo ese sentimiento humano que es el trabajo como fin del progreso de los pueblos.

#### **4.1.6. Las Obligaciones Laborales.**

Es un tema que está implícitamente comprendido en los Títulos ya que constituyen su contenido, el cual puede abarcar una gama variable de formas, según las cuales debe adaptarse la ejecución, diseñando el proceso que se va a utilizar para distinguir los efectos que causa cada una de ellas y el tratamiento que se debe dar a los requerimientos y apercibimientos a aplicarse. De acuerdo a un análisis hecho por el mismo autor en una anterior publicación<sup>3</sup>, las obligaciones se clasifican de la manera siguiente:

- a) **“Pago:** Obligación de dar suma cierta de dinero. Es la más común de las obligaciones, ya que la mayoría de conflictos laborales se refieren a derechos remunerativos y beneficios sociales, cuya expresión monetaria debe ser liquidada previamente en el proceso de conocimiento, donde los abogados, los peritos y los jueces tienen que hacer gala del conocimiento matemático para sumar, multiplicar, restar y determinar con precisión el monto de dinero que representa los derechos amparados. Por ello es la obligación más representativa



del proceso, ya que reúne las tres condiciones para que sean ejecutables, es decir certeza, liquidez y exigibilidad.

**b) Entrega:** Obligación de dar un bien determinado, referida principalmente a bienes muebles o inmuebles, cuyo origen generalmente son las condiciones de trabajo, las de relaciones o las económicas en especie, pactadas en los convenios colectivos o en los contratos individuales, tales como uniformes, artículos de consumo, vehículos, campos de recreación, locales sindicales, etc. Los que deben ser plenamente identificados para exigirse la transferencia de posesión o de propiedad hacia el beneficiario.

**c) Hacer:** Obligación de realizar un acto o asumir una conducta. El caso más notorio de este tipo de obligaciones es la *Reposición en el empleo* que se logra cuando se nulifica un despido, donde el empleador o sus representantes tienen que aceptar la reincorporación del trabajador afectado, permitirle el ingreso al centro de trabajo y entregarle el cargo del que fue relevado. La ejecución forzada de esta obligación resulta singular al no tener naturaleza económica que pudiera afectar el patrimonio del empleador, por lo que la Ley prevé en su artículo 62 darle una connotación dineraria al facultar al Juez la imposición de multas sucesivas, acumulativas y crecientes, que servirán de amedrentamiento al obligado. De no ser así y si persistiera el incumplimiento, se podrá afectar la responsabilidad personal del funcionario que opone resistencia, cuyo bien más

preciado es su libertad, dando inicio a una acción penal por delito de desobediencia o resistencia a la autoridad.

**d) No hacer:** Obligación de suspender, prohibir o impedir la conclusión de un acto o actividad. Los casos más saltantes están referidos al cese de los actos de hostilidad, como dejar sin efecto un traslado perjudicial, un acto de discriminación, una rebaja de remuneraciones. Las medidas cautelares que van de la mano en la ejecución de estas obligaciones son las innovativas o las de no innovar, que logran conservar o retornar al estado de cosas en que se encontraban antes del conflicto. El incumplimiento o resistencia al mandato ejecutivo puede dar lugar a los mismos apercibimientos señalados para las obligaciones de hacer, es decir, multas sucesivas y denuncia penal”<sup>24</sup>.

En materia laboral la obligación es la que le corresponde al empleador del pago de las remuneraciones adeudas al trabajador así como lo demás beneficios que señala el régimen laboral ecuatoriano.

#### **4.1.7. La Controversia Individual Laboral.**

El enjuiciamiento tiene un origen muy antiguo y tradicional, desde las antiguas épocas y culturas, los reyes y jefes militares lo aplican en forma pública. En la edad media fue aplicado y tramitado en mejor forma, con leyes y normas mejor establecidas. Este tipo de proceso que tuvo buena acogida y aplicación en países británicos y sobre todo en Norteamérica, llegando a

---

<sup>24</sup> BELTRAN QUIROGA, Jaime: “*Los procesos ejecutivo y de ejecución*” publicado en la obra “Aportes para la reforma del proceso laboral peruano” editado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social (2005)

configurar un sistema apropiado, conocido como el proceso americano, en el cual el juez participa directamente en la exposición de las pruebas, conoce directamente sus afirmaciones y se encuentra en mejor condición para entenderlas, para valorar las mismas, de manera que su resolución final será más justa, más fundamentada.

“El Congreso Nacional, en base a la iniciativa presentada por el Dr. Andrés Páez, Presidente de la Comisión de lo Social y Laboral, decidió reformar el sistema de enjuiciamiento laboral, de manera que el cinco de agosto de 2003, expidió la Ley No. 2003-13, que fuere publicada en el Registro Oficial No. 146 de 13 de agosto de 2003”<sup>25</sup>, implantando el procedimiento oral en los juicios laborales individuales, que inicialmente debía aplicarse desde el mes de enero del 2004, pero para el inicio de este proceso se lo hizo el primero de julio de 2004, sin embargo al existir ciertas falencias que debían ser enmendadas en el proyecto inicial, el Congreso nacional aprobó el 9 de agosto del 2004, una serie de reformas en el texto, con lo cual se puso en vigencia el nuevo sistema oral.

Respecto al juicio oral, el profesor Andrés Baytelman sostiene: “Las ventajas del juicio oral tienen que ver con la calidad del resultado, que con la mera agilidad en el despacho y la esencia del sistema, reside en la posibilidad de contradicción de la prueba desde el momento mismo en que esté siendo presentada, de tal manera que el juez tiene la posibilidad de establecer su alcance o limitaciones como resultado del enfrentamiento entre los puntos de

---

<sup>25</sup> VASQUEZ LOPEZ, Jorge. “Derecho Laboral Práctico”. Diseño Editorial. Quito-Ecuador. Pág. 167

vista de la defensa y la acusación; pero tiene también la posibilidad de vincular esa prueba con las demás, dentro del mismo clima contraditorio”<sup>26</sup>.

En un sentido absoluto, carácter del procedimiento que no deja ninguna parte a los escritos (no exige por ejemplo, ningún intercambio de conclusiones escritas antes o durante la audiencia) y que reposa exclusivamente sobre simples intercambios verbales, dados principalmente durante los debates en audiencia. Indica la importancia relativa que reviste el elemento verbal en el proceso, muy especialmente el de la audiencia, en relación a los intercambios de escritos. Es muchas veces confundida con el discurso, en tanto que éste constituye, en los debates, un elemento oral de forma e importancia variables”<sup>27</sup>.

La oralidad es muy importante en un proceso laboral dejando a un lado al proceso laboral escrito ya que mediante la oralidad se quiere dar celeridad en el procedimiento dentro del proceso y así resolver rápida y veraz un proceso.

Entran dentro del campo de esta definición absoluta de la oralidad, los discursos que se desarrollan durante la audiencia definitiva y de fondo. Tales discursos no contienen una contrapartida escrita ni tampoco se registran por ningún medio escrito. En cambio, escapan de este absolutismo el acto de interposición de la demanda o la sentencia del tribunal. En ambos, la ley puede permitir su expresión oral, pero necesariamente por una cuestión de

---

<sup>26</sup> BAYTELMAN, Andrés. La Evaluación del Sistema Procesal en el Ecuador. Citado Por Carlos Tandazo Román. Pág. 12.

<sup>27</sup> LUPO HERNÁNDEZ RUEDA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Editora Dalis, Moca, 2004. Pág. 33.

organización judicial y de seguridad a los medios y derechos de defensa de las partes deben registrarse por escrito, aun cuando su primera expresión ha sido verbal.

Debido al ineludible registro escrito de estas actuaciones orales, algunos juristas hacen alusión a la denominada “oralidad parcial”. Se trata de la oralidad relativa, la cual a su vez se contrapone a la oralidad absoluta. Esta acepción admite implícitamente que ningún proceso es absolutamente oral, lo que no impide que se califique de proceso oral a un determinado régimen procesal, tal y como ocurre con los procesos penal y laboral.

En consecuencia, que el proceso laboral (o el proceso penal) es un proceso verbal, tomando en consideración el rol que ocupa la oralidad en los procedimientos. Literalmente se peca al decir que el proceso laboral es verbal, pero conceptualmente no se yerra. Muy por el contrario, jurídicamente se acierta cuando calificamos orales a los procesos penal y laboral. En cuanto a la tercera acepción dada por la Asociación francesa Henri Capitant, la misma clarifica (al decirnos que “es muchas veces confundida”) que la oralidad no sólo es el discurso y demás aspectos orales de la audiencia de los debates, sino que la oralidad abarca más allá de esa escena de la litis. Ciertamente, la oralidad comprende la posibilidad de apoderar al juez oralmente; presentar defensas orales; recursos oralmente; etc.”<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> <http://www.rae.es/oralidad/dertrabcontrtrab.htm>.

La oralidad es muy importante en el proceso laboral ya que ayuda a que los procesos se desarrollen más pronto cumpliendo el principio de celeridad y de esta manera solucionar el conflicto existente, la oralidad en nuestro país a ayudado a que se descongestione los procesos y se están en un abismo que no se podía solucionar pronto y eficaz por tal razón considero que la oralidad en todos los procesos es una certeza por parte de los legisladores que la implantaron con ese mismo fin de que se dé la celeridad judicial.

Toda esta corriente reformadora que resalta la oralidad dentro del proceso laboral, y que a la vez inserta en sus procedimientos los principios de la inmediación, la concentración, así como la continuidad de las audiencias, es en cierto modo una penalización del proceso laboral en el sentido de aproximación al Derecho Procesal Penal, provocando un distanciamiento de su fuente originaria, el Derecho Procesal Civil.

Esto es positivo pues otorga al Derecho Procesal Laboral una identidad más definida y acentúa su emancipación del procedimiento civil, pero no deja de producir sus inconvenientes:

1. "Provoca una obligada referencia a la oralidad, concentración e inmediatez del proceso penal, algo que es extraño para los jus laboristas.
2. La aplicación de un proceso laboral, bajo el esquema de los citados principios, genera situaciones complejas y tediosas en la gestión del proceso, que en hechos se convierte en un proceso mixto, en donde todo

lo que se exponga oralmente debe registrarse por escrito o por grabaciones auditivas o visuales.

3. Este nuevo estilo del proceso laboral aumenta considerablemente el costo en la administración de justicia. En el caso de Colombia, se estableció un período de transición para la adecuación de los tribunales y para la asignación de los recursos del Estado.
4. Por último, estos principios: oralidad, concentración e inmediación, son auténticamente efectivos bajo el sistema de un solo juicio o instancia de conocimiento de los hechos, lo que implica la eliminación del doble grado de jurisdicción o derecho del ciudadano a que su caso sea conocido nuevamente por un tribunal de superior jerarquía<sup>29</sup>.

Parece ser que esta nueva concepción del proceso laboral mejorará la calidad de la justicia de trabajo, aunque a un oneroso costo en la gestión del proceso. Se trata de un nuevo procedimiento en donde el derecho a la defensa de las partes es más cuidadosamente preservado, y en donde los tribunales tendrán indudablemente más trabajo. Este nuevo proceso laboral, que combina oralidad concentración inmediación, promueve el impulso oficioso obligado.

Este nuevo proceso rompe con la pasividad del tribunal, propia del proceso civil, que tanta influencia ha tenido en el proceso laboral. Este nuevo proceso laboral reafirma el carácter social que siempre ha debido tener, disponiendo

---

<sup>29</sup> HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo, Manual de Derecho del Trabajo, Editora Dalis, Moca, 2004, 9ª edición. Pág. 15

expresa e implícitamente un papel activo no sólo del juez laboral, sino de la jurisdicción de trabajo.

#### **4.1.8. Responsabilidad Laboral.**

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, responsabilidad significa: “Obligación de reparar y satisfacer a consecuencia de la culpa o del delito. Cargo u obligación moral que resulta de un posible yerro”<sup>30</sup>. Es decir se entiende por responsabilidad a la obligación que tiene una persona de realizar un hecho para compensar las consecuencias de sus actuaciones. Es responsable aquella persona que ha ejecutado una acción de todos los efectos que la misma produzca.

Responsable es la persona que tiene que responder, o sea dar cuenta de su comportamiento: de sus acciones u omisiones.

El tratadista Guillermo Cabanellas, define a la responsabilidad civil como: “La obligación de resarcir, en lo posible el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello”<sup>31</sup>.

Existe el principio general de que todo hecho del hombre que causa un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa se ha producido, a repararlo. La obligación de reparación es una obligación legal que nace de la falta cometida.

---

<sup>30</sup> DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO SALVAT, Tomo V, Ediciones Salvat S.A. Buenos Aires-Argentina, 1997, Pág. 878.

<sup>31</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental. Editorial. Heliasta. Buenos Aires-Argentina 1997. Pág. 352.



La responsabilidad del autor en el cometimiento de un delito, puede ser de carácter civil o penal; cuando es civil obliga al autor a reparar la indemnización de daños y perjuicios, y cuando debe responder penalmente lo hace cumpliendo la pena establecida mediante sentencia ejecutoriada.

El estado de necesidad plantea un problema singular acerca de la posible responsabilidad civil frente de la cosa ajena, que ha sufrido un perjuicio patrimonial por el acto realizado por el necesitado. Y a diferencia de la legítima defensa, quien sufre el daño no ha tenido culpa alguna en la producción del peligro que motivo el acto necesario.

Se responde, en derecho, cuando un sujeto es imputable y existe causa de imputabilidad. Ser imputable a su vez, significa ser sujeto al cual se puede atribuir las consecuencias jurídicas de una acción u omisión. El sujeto imputable, para ser responsable, debe además tener una causa de imputabilidad que le dé actualmente esa calidad de responsable, esa obligación de responder.

La responsabilidad se puede exigir en varios planos del Derecho. Existe una responsabilidad en el derecho internacional y en el derecho interno; una responsabilidad civil y una penal., etc. Estas dos últimas son las formas más notables de responsabilidad: la civil y la penal.

En el campo civil, son causas de imputabilidad la culpa y el dolo. Excepcionalmente una persona puede ser civilmente responsable aunque no haya incurrido ni en culpa ni en dolo; tenemos entonces la llamada

responsabilidad objetiva, que prescinde de las circunstancias subjetivas, pero esta responsabilidad objetiva será en todo caso excepcional.

“El dolo constituye la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato valiéndose de argucia y sutilezas o de la ignorancia ajena, pero sin intervención de fuerza o amenazas constitutivas, aquellas y esta de otros vicios jurídicos”<sup>32</sup>. Hay también circunstancias que liberan de responsabilidad: en primer lugar, las que hacen a un individuo no-imputable, y luego, las que hacen inimputable un acto o una omisión de una persona. En general no son imputables los actos de los absolutamente incapaces, o de quienes están transitoriamente en una situación que les permite usar de su razón o de su voluntad. Sin embargo, ciertos actos de los incapaces pueden ser imputables, aunque normalmente no a ellos mismos, sino a quienes debían cuidar de tales incapaces: sus representantes legales u otros encargados de su cuidado. Liberan de responsabilidad, los casos fortuitos o de fuerza mayor, con las salvedades que estudiaremos.

#### **4.1.9. Seguridad Jurídica.**

El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas procesales previas, claras, públicas y aplicables por los operadores de la justicia. “La Constitución de la República garantiza la seguridad jurídica, la que debe

---

<sup>32</sup> CABANELLAS, Guillermo.- “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Editorial Heliasta. Tomo III. Buenos Aires - Argentina 2003. Pág. 311.

entenderse como la certeza de todo ciudadano de que los hechos se desarrollarán de una determinada manera en virtud del mandato de las leyes que rigen un país, es decir, produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica establece ese clima cívico de confianza en el ordenamiento jurídico, fundado en pautas razonables de previsibilidad que este presupuesto supone. La Seguridad Jurídica debe ser garantizada y así lo establece la Constitución de la República”<sup>33</sup>.

El desarrollo efectivo de las capacidades del ser humano exige un mínimo de seguridad, tranquilidad y certidumbre, que coadyuven al uso y goce eficaz de sus derechos, que no sean obstaculizados por la arbitrariedad no solo de las autoridades, de ahí que la seguridad no se reclama solo del Estado en sus distintas funciones, sino también del sector privado, sea de colectivos o de particulares que pueden amenazar los derechos de las personas, y en este caso se trata no solo de personas individualmente consideradas, sino también de personas jurídicas y aun de entes estatales.

La seguridad constituye un conjunto de condiciones, de medios y procedimientos jurídicos eficaces, que permiten desarrollar la personalidad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos sin miedos, incertidumbres, amenaza, daños o riesgos, lo cual crea un ambiente de previsibilidad, no solo sobre el comportamiento ajeno, sino del comportamiento propio, y provoca protección frente a la arbitrariedad y a la

---

<sup>33</sup> Sentencia No. 0035-09-SEP-CC. Caso No. 0307-09-EP. Considerando Quinto último párrafo. 09 de Diciembre de 2009. R.O. Suplemento #117 del 27 de enero del 2010.

vulneración del orden jurídico, provocadas no solo por el Estado, sino también por particulares.

De esta manera, “la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia, pues una causa juzgada es lícita cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada”<sup>34</sup>.

Tal como menciona la Corte en los fallos citados, la seguridad jurídica y el debido proceso son derechos de las personas y obligaciones y límites para el Estado, a través de la vigencia de estos principios se obtiene la certeza jurídica de las leyes y finalmente, se alcanza el mayor valor al que puede aspirar un Estado, la Justicia. No podemos permitir la vulneración de estos principios y derechos constitucionales a guisa de la supuesta reparación de otros derechos constitucionales. Los procedimientos específicos en materia de legalidad y jurisdicción ordinaria han sido creados en armonía a principios generales procesales y constitucionales y su respeto es obligatorio por los operadores de justicia; por lo tanto, esta seguridad que genera confianza y certeza no puede ser ignorada por ningún órgano del Estado.

---

<sup>34</sup> Sentencia No. 016-10-SEP-CC. Caso No. 0092-09-EP y 0169-09-EP Acumulados. 28 de Mayo del 2010. R.O. Suplemento # 202.

La Justicia, como valor cúspide, sólo puede ser obtenida mediante un proceso idóneo. Por lo tanto, en el caso concreto, dado que existe un procedimiento establecido en la Ley para la determinación y el pago de indemnización por despido, su irrestricto cumplimiento es la única forma de realizar el valor Justicia, lo contrario implicaría validar cualquier método, incluso los de hecho, para hacer valer una supuesta pretensión que alguien pudiera alegar es justa.

En síntesis, el debido proceso –derecho de las personas y de entes estatales- se materializa en la causa en estudio, a través del irrestricto apego a las normas adjetivas que regulan las relaciones laborales y las reclamaciones que de ella deriven, inobservar estos procedimientos implicaría crear inseguridad jurídica traducida en la imprevisibilidad de la aplicación de las normas para toda la colectividad, o lo que es lo mismo, negar la justicia.

#### **4.1.10. El Debido Proceso.**

Para el tratadista Jesús María Sanguino Sánchez refiere al *debido proceso civil*; "la garantía de un debido proceso constituye, por ende una *seguridad*, una tutela, una protección para quien se vincula o tiene la posibilidad de vincularse a un proceso"<sup>35</sup>; es por eso que el Estado a fin de preservar la tutela jurídica de un debido proceso debe consagrar en sus normas fundamentales los principios generales que regulan los diferentes procesos de justicia.

---

<sup>35</sup> SANGUINO SANCHEZ, Jesús María.- Garantía del Debido Proceso.- España 2009, Pág. 259.

El *debido proceso* es el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad que es la justicia. Consecuentemente el derecho que tienen los justiciables a un derecho justamente, debido. Sin embargo, tomando como premisa que precisamente la indebididad del mismo lo desnaturaliza.

Así también es importante considerar la opinión de Luis Rene, quien considera; "el debido proceso civil es cuando el justiciable puede acceder a un proceso justo y razonable, en donde haya también tenido posibilidad cierta de ejercer un derecho de defensa razonable dentro del Principio de Bilateralidad y en un esquema contradictorio, y al mismo tiempo con un trámite predeterminado en la legislación. Y que todo ello da lugar a una motivada y razonable resolución que sea coherente con lo que se pretende sancionar, y que guarde la proporcionalidad de los hechos que describe"<sup>36</sup>.

Considero que el debido proceso es una garantía efectiva que protege al infractor asegurando un proceso lícito, una defensa justa libre de vicios de invalidez sin las cuales el proceso no podrá ser considerado como legítimo, careciendo de eficacia jurídica en lo que se actuare.

Todas las personas tienen derecho a acceder a la administración de justicia o autoridades competentes para hacer prevalecer sus derechos que han sido vulnerados, esperando obtener la tutela y protección justa y responsable de los derechos que los asisten.

---

<sup>36</sup> HERRERO, Luis Rene.- Eficacia del Debate Procesal en el Debido Proceso.- Colombia 2012, Pág. 97.

Por lo tanto, el *debido proceso civil*, es conteste con el derecho que tienen los justiciables a un proceso judicial civil que resuelva, ya sea su incertidumbre jurídica, ya sea su conflicto de intereses (en ambos casos de relevancia jurídica); sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad que es la justicia y su respectiva seguridad jurídica.

Además, es preciso considerar la gran relevancia y trascendencia del tema in comento, porque, finalmente por un lado, el justiciable precisa de una solución judicial civil justa y oportuna a su conflicto y por otro lado, dado que el magistrado no discute, recomienda o comunica, si no, resuelve en dichos términos y no en otros, debe y tiene que hacerlo de conformidad al debido proceso civil; he ahí la importancia del desarrollo del mismo.

Es necesario precisar que el debido proceso civil se constituirá o configurará únicamente como tal, cuando en un proceso judicial civil se entienda, interprete y aplique estrictamente, los principios y lineamientos del proceso civil, a todos los justiciables.

## **4.2. MARCO DOCTRINARIO.**

### **4.2.1. Estado Constitucional de Derechos.**

Para el tratadista Jorge Zavala Egas manifiesta: “La significación de ser un Estado constitucional de derechos es una superación a nuestra construcción como un Estado social de derecho realizada en la Constitución de 1998, como éste lo fue del simple Estado soberano que fuimos antes. Este último caracterizado por contener una serie de prohibiciones y limitaciones al poder público estatal para garantizar los derechos individuales, mientras que el Estado social de derecho contiene la demanda de la satisfacción de los derechos sociales mediante prestaciones, obligaciones de hacer por parte del poder público; sin embargo, tan solo mediante la inclusión de normas programáticas, caracterizadas por su discrecionalidad y no vinculadas por el principio de legalidad”<sup>37</sup>.

El jurista doctor Iván Castro Patiño, citado por José García Falconí, señala “En la actualidad hablar del Estado de Derecho es hablar del Estado Constitucional” agrega “la constitución está conformada por un conjunto de normas que no solo deben servir para ser declaradas o invocadas líricamente, sino fundamentalmente para prevalecer sobre cualquier otra norma legal”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Edilex. S.A. Quito-Ecuador. 2010. Págs. 141 y 142.

<sup>38</sup> CASTRO PATIÑO, Iván, citado por, García Falconí, José. “La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección”. Quito-Ecuador. 2008. Pág. 67



“Se trata de dar más fuerza a la relación entre sociedad y Estado y a la vez profundizar la vigencia y garantía de derechos”<sup>39</sup>.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, lo que significa que es un Estado garantista de los derechos de las ciudadanos y ciudadanas, en donde la Constitución de la República del Ecuador es la norma suprema y esta prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

#### **4.2.2. El Principio de Primacía de la Realidad.**

“Este principio opera cuando se produce una discrepancia entre los hechos y aquello que ha sido declarado en los documentos, en todo tipo de formalidades. En tal caso, se ha de preferir lo que sucedió en la realidad siempre”<sup>40</sup>.

Los derechos laborales son irrenunciables y toda cláusula puesta en un contrato con ese fin son nulos de pleno derecho. No es cierto que un contrato no pueda ser modificado o revisado, sí lo puede ser por autoridad competente, cuando es suscrito contraviniendo las leyes.

“En Derecho laboral, se llama principio de la primacía de la realidad al principio que dicta que, para la interpretación de las relaciones entre empleadores y trabajadores, se debe tomar en cuenta lo que

---

<sup>39</sup> <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-463.html>. 23 de abril de 2014.

<sup>40</sup> ZAVALA RIVERA, Alejandro. “El ABC del Derecho Laboral y Procesal Laboral”. Editorial San Marcos. Lima – Perú. 2011. Pág. 18.

verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han contratado formalmente”<sup>41</sup>.

Hay empresas que se dedican a la venta, al momento de contratar personal para desarrollar sus actividades se olvidan de que las leyes laborales no son iguales a las civiles, y por eso cuando un trabajador acude al juzgado laboral exigiendo el cumplimiento de sus derechos socio laborales, las empresas demandadas exigen ser juzgadas con éstas, olvidándose totalmente de los principios que rigen la relación laboral y el proceso laboral, uno de esos principios es el famoso principio de la primacía de la realidad con el fin de rescatar al trabajador de la simulación y el fraude laboral.

“No importa la autonomía de la voluntad, sino la demostración de la realidad que reina sobre la relación entre trabajador y empleador. Así, ambos pueden contratar una cosa, pero si la realidad es otra, es esta última la que tiene efecto jurídico”<sup>42</sup>. El derecho laboral tiene como sustento básico y fundamental el compromiso con la verdad real, en atención a la naturaleza de orden público de sus normas.

En esta búsqueda se rige por principios generales del derecho, cuya función es la de consolidar su identidad y autonomía, así como orientar al intérprete en el momento de juzgar. En ese sentido, el principio de primacía de la realidad obliga al que juzga a tener en cuenta todas las circunstancias del caso a la hora de valorar, aún por sobre las formas adoptadas

---

<sup>41</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_de\\_primac%C3%ADa\\_de\\_la\\_realidad](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_primac%C3%ADa_de_la_realidad).

<sup>42</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_laboral#Principio\\_protector](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral#Principio_protector).

contractualmente. Lo obliga a indagar sobre la verdad real, incluso más allá de las pruebas documentales que puedan haberse presentado.

Se enmarca en una serie de otros principios laborales entre los que se destacan: el protectorio, el de irrenunciabilidad de derechos, el de continuidad de la relación laboral, el de razonabilidad, y los principios de buena fe, equidad, no discriminación y justicia social.

“El Principio de Primacía de la Realidad se erige como aquél que permite el reconocimiento de aquellos derechos y beneficios sociales que corresponden a los trabajadores en atención a la naturaleza o características de la prestación del servicio que realizan, los mismos que en un primer momento les fueron negados a raíz de la celebración de contratos simulados, que aparentaban una situación distinta a la real”<sup>43</sup>.

A mayor abundamiento, debemos partir de la idea que el contrato de trabajo es un contrato realidad, pues más allá de la denominación que se le dé al documento formal se debe verificar, si en los hechos la prestación del servicio presenta los elementos esenciales de un contrato de trabajo, es decir: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, siendo este último elemento el que nos permitirá distinguir si nos encontramos frente a un contrato de naturaleza civil (locación de servicios) o uno de naturaleza laboral. Asimismo, en el caso que nos encontremos ante un documento formal que reconoce la existencia de un contrato de trabajo, sea por tiempo determinado o a tiempo indefinido, se deberá verificar si en la

---

<sup>43</sup> <http://informativoecb.blogspot.com/2012/04/el-principio-de-primacia-de-la-realidad.html>.

realidad la prestación del servicio corresponde a una necesidad temporal o permanente del empleador, respectivamente.

En consecuencia, el objetivo del Principio de Primacía de la Realidad en nuestro ordenamiento jurídico consiste en primer lugar, en hacer efectivo los derechos y beneficios sociales que les corresponde a los trabajadores, a través del reconocimiento de efectos jurídicos a los hechos, restando eficacia a los documentos formales que dan una apariencia indebida de derecho, en perjuicio de la parte más débil de la relación laboral, el trabajador; y, en segundo lugar, desincentivar la celebración de contratos simulados, que buscan ocultar una relación laboral. Esto último, a través del establecimiento a nivel normativo de sanciones pecuniarias a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

**Principio de estabilidad y continuidad en la relación laboral.-** Este principio establece que luego del período del Contrato de Prueba, si no es notificado con la terminación del contrato queda renovado hasta cumplir un año de estabilidad y luego será indefinido. Adversamente la terminación violenta y de forma unilateral de la relación de trabajo, representa el despido intempestivo que condena pecuniariamente al empleador o abandono al trabajo, que sanciona al trabajador.

El eficiente desempeño del trabajador, su capacitación, la voluntad de mostrarse competitivo, se gana el derecho de continuar en esa función y a ocupar con justicia ese puesto de trabajo, si cumple con sus obligaciones, y

si el empleador no ha encontrado causa justa para separarlo del trabajo; la persona tiene el derecho a continuar prestando sus servicios.

El Art. 14 del Código del Trabajo, hace el reconocimiento categórico del principio de la estabilidad, fijando en un año la duración mínima de los contratos de trabajo, las excepciones son los contratos de trabajo especiales como los eventuales, ocasionales y de aprendizaje. Vencida la estabilidad mínima los contratos adquieren la categoría de indefinidos, pudiendo darse por terminada la relación laboral por las causales para la terminación del contrato individual previstas en el Art. 169 del Código Laboral. El despido intempestivo y el irrespeto a la garantía sindical, o a la falta de observancia del plazo fijado en el contrato de trabajo, se sancionan con indemnizaciones.

#### **4.2.3. Intermediación y Tercerización Laboral.**

“En ocasiones los tribunales han sido audaces y han llegado a declarar la traslación de responsabilidad a una empresa cliente por los actos de una empresa suministradora, cuando la primera podía imponer condiciones a la segunda que provocaban la situación sancionable, como ocurre en el caso británico Harrods Ltd. Contra Remick, en donde los jueces condenaron a los almacenes Harrods por un caso de discriminación racial de una empresa franquiciada motivado por las condiciones impuestas por aquella”<sup>44</sup>.

Evidentemente, admitir otra posibilidad hubiera entrañado, permitir que se utilice la subjetividad de una persona jurídica para intentar burlar normas de

---

<sup>44</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78.

orden público de proscripción de la discriminación, en este caso en el centro de trabajo. Como observamos la utilización de la persona jurídica para defraudar derechos laborales no es una situación ajena al quehacer de la jurisprudencia laboral nacional, empero la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) recaída en el expediente N° 6322-2007 constituye el primer pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución sobre esta materia, y en la consagración de una de sus principales consecuencias: la solidaridad laboral. Ya antes el Pleno Jurisdiccional Laboral -abril 2008- los magistrados de 29 Cortes Superiores del país establecieron que los grupos de empresas pueden asumir responsabilidad solidaria por el pago de beneficios laborales cuando se haya actuado con el objeto de burlar derechos laborales.

Este fraude laboral, es posible como indica Ferro Astray, citado por **Henry Carhuatocto Sandoval**, señala debido “al abuso de derecho por parte de quienes poseen el control de la empresa a través de su dominio económico o del ejercicio de los poderes que les confiere el integrar grupos de mayoría o minoría organizado, en perjuicio de los intereses del resto de los integrantes de aquélla”<sup>45</sup>. Y como nos enseña Mosset Iturraspe, “hecha la ley hecha la trampa”<sup>46</sup>; esto es que, concedores algunos empresarios de que está “vedado un resultado o un camino para la consecución de sus fines, fuerzan el logro de los mismos o la apertura de caminos que los llevan a resultados análogos. “Y es que también es verdad que las redes tendidas

---

<sup>45</sup> FERRO ASTRAY, citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78.

<sup>46</sup> MOSSET ITURRASPE, citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78

por la ley atrapan determinados peces, paradójicamente los más débiles o delgados, por cuanto los peces fuertes, con mayores posibilidades para moverse dentro del ordenamiento positivo o entre ordenamientos jurídicos de distinta validez territorial, escapan con relativa facilidad”<sup>47</sup> y eso se venía observando en las relaciones laborales individuales y colectivas en el ámbito de los grupos de empresas.

Como bien señala Sanguinetti “si la gran empresa puede obtener beneficios de la externalización es “gracias a la posibilidad de interponer el diafragma de la personalidad jurídica”<sup>48</sup> entre ella y los asalariados que realizan los procesos productivos de los que se sirve y que le abre el recurso de la subcontratación, toda vez que es esta operación la que le permite, “transferir estratégicamente” a la empresa contratista “los riesgos económicos” vinculados tanto “a las fluctuaciones del mercado” como a “la gestión de la fuerza de trabajo.” Y agrega, “la emergencia de este tipo de fenómenos conlleva una ampliación de la ya por sí poblada zona fronteriza entre los supuestos de externalización legítima y los de mera interposición fraudulenta en la posición del empleador, prohibidos en la mayor parte de ordenamientos, en la medida en que la clásica alternativa empresario real-empresario ficticio se ve puesta a prueba por la emergencia de un nuevo tipo de empresa jurídicamente distinta de la que actúa como comitente pero a la vez “dependiente” de ésta, en tanto que funcionalmente subordinada a sus

---

<sup>47</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78

<sup>48</sup> SANGUINETI, citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78

designación, cuyo encaje en una u otra opción plantea dudas más que razonables.

#### **4.2.4. La Intermediación Laboral.**

“se entiende por Intermediación Laboral a un conjunto de figuras entre los que se encuentran dos supuestos de tercerización (Empresas de Servicios Complementarios y Empresas de Servicios Especializados) y un supuesto de cesión legal de trabajadores (Empresas de Servicios Temporales). Asimismo, se permite que las Cooperativas de Trabajadores presten servicios de intermediación laboral”<sup>49</sup>.

El Estado es el único que puede actuar como intermediario, organizando servicios gratuitos de enganche. Sin embargo, mientras se organicen los servicios oficiales de enganche, el Ministerio de Trabajo podrá autorizar la utilización de intermediarios.

“La intermediación laboral es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación. La intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades”<sup>50</sup>.

Se amplía el concepto de intermediación, incluyendo en el mismo la actividad destinada a la recolocación de trabajadores, siempre que el

---

<sup>49</sup> [http://actrav.oit.org.pe/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2335&Itemid=1575](http://actrav.oit.org.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=2335&Itemid=1575)

<sup>50</sup> [http://www.comfia-seguros.es/art\\_20\\_concepto.html](http://www.comfia-seguros.es/art_20_concepto.html)



compromiso de recolocación se haya establecido de común acuerdo con los representantes de los trabajadores en los planes sociales.

“Son simples intermediarios, las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”<sup>51</sup>.

En Ecuador, el Mandato Constituyente N° 8 permite excepcionalmente la tercerización de actividades complementarias y de servicios técnicos especializados (aunque no se llegue a denominar dichos supuestos como “intermediación laboral”. Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores.

---

<sup>51</sup> [http://www.comfia-seguros.es/art\\_20\\_concepto.html](http://www.comfia-seguros.es/art_20_concepto.html)

“En ocasiones los tribunales han sido audaces y han llegado a declarar la traslación de responsabilidad a una empresa cliente por los actos de una empresa suministradora, cuando la primera podía imponer condiciones a la segunda que provocaban la situación sancionable, como ocurre en el caso británico Harrods Ltd. Contra Remick, en donde los jueces condenaron a los almacenes Harrods por un caso de discriminación racial de una empresa franquiciada motivado por las condiciones impuestas por aquella”<sup>52</sup>.

Evidentemente, admitir otra posibilidad hubiera entrañado, permitir que se utilice la subjetividad de una persona jurídica para intentar burlar normas de orden público de proscripción de la discriminación, en este caso en el centro de trabajo. Como observamos la utilización de la persona jurídica para defraudar derechos laborales no es una situación ajena al quehacer de la jurisprudencia laboral nacional, empero la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) recaída en el expediente N° 6322-2007 constituye el primer pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución sobre esta materia, y en la consagración de una de sus principales consecuencias: la solidaridad laboral. Ya antes el Pleno Jurisdiccional Laboral -abril 2008- los magistrados de 29 Cortes Superiores del país establecieron que los grupos de empresas pueden asumir responsabilidad solidaria por el pago de beneficios laborales cuando se haya actuado con el objeto de burlar derechos laborales.

---

<sup>52</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78.

Este fraude laboral, es posible como indica Ferro Astray, citado por Henry Carhuatocto Sandoval, señala debido “al abuso de derecho por parte de quienes poseen el control de la empresa a través de su dominio económico o del ejercicio de los poderes que les confiere el integrar grupos de mayoría o minoría organizado, en perjuicio de los intereses del resto de los integrantes de aquélla”<sup>53</sup>. Y como nos enseña Mosset Iturraspe, “hecha la ley hecha la trampa”<sup>54</sup>; esto es que, concedores algunos empresarios de que está “vedado un resultado o un camino para la consecución de sus fines, fuerzan el logro de los mismos o la apertura de caminos que los llevan a resultados análogos. “Y es que también es verdad que las redes tendidas por la ley atrapan determinados peces, paradójicamente los más débiles o delgados, por cuanto los peces fuertes, con mayores posibilidades para moverse dentro del ordenamiento positivo o entre ordenamientos jurídicos de distinta validez territorial, escapan con relativa facilidad”<sup>55</sup> y eso se venía observando en las relaciones laborales individuales y colectivas en el ámbito de los grupos de empresas.

Como bien señala Sanguinetti “si la gran empresa puede obtener beneficios de la externalización es “gracias a la posibilidad de interponer el diafragma de la personalidad jurídica”<sup>56</sup>, entre ella y los asalariados que realizan los procesos productivos de los que se sirve y que le abre el recurso de la

---

<sup>53</sup> FERRO ASTRAY, citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78.

<sup>54</sup> MOSSET ITURRASPE, citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78

<sup>55</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78

<sup>56</sup> SANGUINETI, citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012). Pág. 78

subcontratación, toda vez que es esta operación la que le permite, transferir estratégicamente a la empresa contratista los riesgos económicos vinculados tanto a las fluctuaciones del mercado” como a “la gestión de la fuerza de trabajo.

#### **4.2.5. El Fraude Laboral.**

De acuerdo a la problemática es indispensable referirme al Fraude que esta entendido según el Diccionario Ruy Díaz; “Es el engaño, astucia, mentira, artificio o maquinación para frustrar la ley o los derechos que confiere a terceros”<sup>57</sup>. En este caso es el engaño que el empleador realiza en contra del trabajador en las relaciones laborales, incumpliendo con sus obligaciones y lesionando sus derechos laborales y sociales, previstos en la Constitución y Código del Trabajo.

El fraude y la simulación son técnicas elusivas, a las que la ley asigna un tratamiento idéntico, aunque se torna necesario distinguir los diversos supuestos. Para tutelar el cumplimiento de las normas imperativas que constituyen el orden público laboral, el derecho del trabajo establece disposiciones generales y específicas direccionadas a evitar este tipo de prácticas que violen los derechos y deberes.

Se trata de una expresión genérica que incluye todas las formas de evasión del cumplimiento total o parcial del derecho del trabajo, formando el cuadro de la llamada patología jurídica; en sentido restringido se refiere a la

---

<sup>57</sup> ROMBOLA, Néstor y REIBOIRAS, Lucio, Ob. Cit. Pág.- 378.

búsqueda de caminos indirectos o desviados para eludir el cumplimiento de la ley o las normas imperativas, a través de negocios reales.

Son negocios reales e indirectos, que tienden a conseguir, con la combinación de diversos medios jurídicos, el mismo resultado que la ley prohíbe, o por lo menos uno equivalente.

El fraude a la ley frustra la finalidad de la norma, aunque el negocio es real e indirecto y tiende a buscar un resultado similar al que la norma prohíbe.

Se produce cuando, amparado en una disposición legal, se obtiene un resultado prohibido por otra norma jurídica. Por ejemplo, el fraude por interposición de persona, cuyo objeto es eludir deliberada y maliciosamente las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo, y la interposición sucesiva de renunciadas, a fin de fragmentar la antigüedad del trabajador.

El fraude no requiere la prueba de la intencionalidad, bastando con acreditar el resultado violatorio de la normativa imperativa aplicable, siendo fraudulento por el sólo hecho de violentar el orden público laboral.

#### **4.2.6. La Simulación Laboral.**

Los actos o negocios simulados o conductas fraudulentas están dirigidos a evitar responsabilidades del empleador y son la contracara del orden público laboral. Por otra parte el término "Simulación proviene de las latinas simul y actio, y según esta etimología indica el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa o hecho la apariencia de otro. El objeto

de la simulación es engañar y bajo este punto de vista se halla comprendida bajo el nombre general de fraude, del cual no se diferencia sino como la especie del género<sup>58</sup>. Para cometer la simulación es necesario el concurso de muchos contrayentes que se pongan de acuerdo para engañar a terceras personas o a los magistrados. La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

La prueba por excelencia de la existencia de simulación es el llamado contra-documento. Si hubiere sobre la simulación un contra-documento firmado por algunas de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces generalmente podrán juzgar sobre él y sobre la simulación, si el contra-documento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero.

Es justo que los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación, es decir, deben ser satisfechos los reclamos de los terceros que se intentó perjudicar.

---

<sup>58</sup> ROMBOLA, Néstor y REIBOIRAS, Lucio, Ob. Cit. Pág.- 789.

La acción de simulación incoada por terceros, tendiente a probar la verdad que se oculta tras el acto aparente, difícilmente podrá ser iniciada con la inclusión de la prueba escrita del engaño, por lo que podrá prescindirse del contra-documento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación.

#### **4.2.7. El Enriquecimiento Injusto en Materia Laboral.**

“El Enriquecimiento Injusto consiste en el aumento del patrimonio de una persona, que partiendo de la existencia de un error, conlleva al deterioro del capital de otra persona injustificadamente. Todas las legislaciones modernas de Latinoamérica poseen un recurso judicial de reintegro de lo indebido”<sup>59</sup>.

En materia laboral el enriquecimiento injusto sería el aumento de patrimonio del empleador, a expensas del trabajador, que es explotado sin recibir las remuneraciones y bonificaciones que establece la Ley, por lo cual es necesaria incorporar reformas al régimen laboral.

En términos generales, consisten en la obtención, sin causa legítima que lo justifique, de una ventaja patrimonial por aumento o no disminución del patrimonio propio, que genera paralelamente un empobrecimiento en el perjudicado, ya sea por la producción de un daño *emergente* y positivo, o de un *lucro cesante* o daño negativo.

En la relación de seguro, es la situación que se produciría si, en caso de siniestro, el asegurado percibiese de su asegurador o de varios de estos, si

---

<sup>59</sup> ROMBOLA, Néstor y REIBOIRAS, Lucio, Ob. Cit. Pág.- 341.

lo fuesen simultáneamente, una indemnización superior al valor real de los daños habidos.

El seguro nunca debe ser objeto de enriquecimiento injusto, por lo que si el importe del capital o capitales garantizados excede del valor real de los daños, será este el límite máximo de la indemnización.

#### **4.2.8. La Motivación de las Resoluciones.**

“La motivación, como requisito de forma de los actos administrativos, consiste en la necesaria expresión formal de los motivos del acto, tanto los que son de derecho y que configuran la base legal, como los de hecho que provocan la actuación administrativa. La motivación, por tanto, es la expresión formal de la causa de los actos administrativos, por lo que juega como doble garantía: como método que asegura la formación de la voluntad administrativa y como garantía para el ciudadano, posibilitándole su control, ya sea en sede administrativa como jurisdiccional”<sup>60</sup>.

El motivo, o como también se le denomina causa o presupuesto, está constituido por los antecedentes jurídicos y fácticos que permiten ejercer la competencia casuísticamente, su ausencia determina la imposibilidad de ejercerla, exclusivamente, para el caso concreto.

La motivación de la sentencia constituye la parte medular donde el juzgador da las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo, como es el

---

<sup>60</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Biblioteca Jurídica, edición 2002, Págs. 370.



producto de la construcción de la premisa menor y mayor del silogismo judicial y de la actividad de subsumir los hechos concretos en el supuesto abstracto de la norma, actividades intelectuales éstas que deben constar en el cuerpo de la decisión.

La sentencia debe estar motivada y ello se realiza a través de las argumentaciones de hecho y de derecho que explican las razones que tuvo el juzgador para acoger o no la pretensión.

En definitiva, la parte dispositiva del fallo debe ser el producto de una motivación donde se explique las razones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas y la determinación de la consecuencia jurídica.

Carnelutti, señala con sencillez: “La motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente, para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva(...) la motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado”<sup>61</sup>; y en nuestro ordenamiento jurídico una resolución no se motiva con la simple interpretación del derecho, pues la misma actualmente, es un proceso mental que exterioriza un proceso intelectual, que impone al juez pronunciarse de alguna determinada manera, conforme señalo en líneas posteriores.

---

<sup>61</sup> CARNELUTTI, citado por, JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Biblioteca Jurídica, edición 2002, Págs. 370.

Sobre la **argumentación**, el maestro Manuel Atienza, señala que tiene tres cuestiones fundamentales que plantearse, que son:

- a) “Cómo analizar una argumentación;
- b) Cómo evaluarla;
- c) Cómo argumentarla”<sup>62</sup>.

Al respecto, el maestro citado, señala: “Para dar cuenta adecuadamente de la dimensión argumentativa del derecho, habría que considerar (distinguir, para luego integrar en una teoría compleja) los componentes formales, materiales y pragmáticos (dialécticos y retóricos) que existe en toda argumentación. A partir de ahí -esa era mi pretensión- se estaba en condiciones de poder afrontar las tres grandes preguntas que plantea ese enfoque del derecho: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentarla en el derecho”<sup>63</sup>.

Agrega con razón: “Una argumentación es todo el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que tienen lugar entre el planteamiento de una pregunta inicial (un problema), con que se abre la argumentación, y la respuesta a la misma (la solución –argumentativa- del problema), que significa el cierre de la argumentación. Básicamente consiste en un conjunto de argumentos y de líneas argumentativas. Pero no todos los pasos de una

---

<sup>62</sup> ATIENZA, Manuel. citado por, JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Biblioteca Jurídica, edición 2002, Pág. 370.

<sup>63</sup> ATIENZA, Manuel. citado por, JINESTA LOBO, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 370.

argumentación no son argumentativos. No son aquellos que no requieren de ninguna razón para ser dados”<sup>64</sup>.

Termina señalando: “Un argumento es una razón (formulada por medio de un enunciado) a favor o en contra de una determinada tesis (expresada esta última también en forma de un enunciado). Consta por tanto, de tres elementos: la razón (la premisa), la tesis, (la conclusión) y la vinculación -el ser una razón a favor o en contra- que se establece entre ambos (la inferencia). Las razones (los argumentos en sentido estricto), pueden ser más o menos complejas, finalmente una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido; a defender una tesis o a atacarla”<sup>65</sup>.

Endo Procesal.- Conforme señala el maestro Michele Tarufo, la finalidad de la motivación es tanto endo procesal como extra procesal.

“Desde el punto de vista *endo procesal*, la motivación trata de evitar la arbitrariedad, ofrece razones a las partes que participaron en el proceso y facilita el control de la actividad jurisdiccional al dotar de argumentos para los recursos.

Desde una perspectiva *extra procesal*, la motivación de las decisiones jurisdiccionales es una muestra de la responsabilidad del juez, que ofrece las explicaciones y razones de su decisión y cumple a su vez una tarea de pedagogía social, contribuyendo así a aumentar la confianza del

---

<sup>64</sup> ATIENZA, Manuel. citado por, JINESTA LOBO, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 370.

<sup>65</sup> *Ibidem*.- Pág. 370.

ciudadano”<sup>66</sup>. Y sobre todo, la motivación señala la sumisión del juez a la Constitución y a la ley.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, señala: “Si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por lo tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución, no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, sino una decisión razonada en términos de derecho”<sup>67</sup>, y termina señalando Jorge Malem Señala: “Pero todas estas funciones de la motivación, y otras más que pudieran surgir, no se podrían suplir si las decisiones judiciales no se expresan en un lenguaje inteligible, claro y preciso. A veces los jueces hacen gala de un estilo lingüístico enrevesado, barroco y confuso. La exigencia de que las sentencias sean concisas, claras y precisas, respondiendo a las reglas de la lengua ordinaria en la que se expresa, no tiene una finalidad estética, sino que es una exigencia constitucional”<sup>68</sup>.

En resumen, la exigencia constitucional del Art. 76 No. 7 letra I) de la Constitución de la República señala que las decisiones judiciales han de ser motivadas y, esto implica que deben estar justificadas, esto es han de estar avaladas por razones y como dice la doctrina, afirmar que la justificación de

---

<sup>66</sup> TARUFO, Michele. Citado por GARCÍA FALCONÍ, José .Análisis Jurídico sobre la Motivación. 22 de noviembre del 2013. Pág. 1.

<sup>67</sup> Tribunal Constitucional Español, Citado por GARCÍA FALCONÍ, José .Análisis Jurídico sobre la Motivación. 22 de noviembre del 2013. Pág. 1.

<sup>68</sup> MALEM, Jorge. Citado por GARCÍA FALCONÍ, José .Análisis Jurídico sobre la Motivación. 22 de noviembre del 2013. Pág. 1.

una sentencia tomada como paradigma de una decisión jurisdiccional, debe estar justificada tanto interna como externamente, forma parte de una teoría del derecho y, ésta justificación externa la debe hacer desde un punto de vista normativo y fáctico, tal como señala Michele Taruffo, tanto desde el punto vista endo procesal como extraprocesal, obviamente aclaro una vez más que en la tarea de tomar decisiones jurisdiccionales motivadamente, los jueces no están exentos de cometer errores.

#### **4.2.9. El Principio de Reparación Integral.**

La Reparación Integral consiste: “Siendo obligación de esta Sala ordenar una verdadera reparación integral de los derechos vulnerados que garantice en la realidad la tutela judicial efectiva”<sup>69</sup>, que consagra la Constitución de la República es necesario comenzar por preguntarse si la reparación integral concedida por el juez a *quo* frente a la Administración es o no efectiva. En la medida que en algunos supuestos, como se ha visto, existen diferentes terceros responsables e incluso concurre la responsabilidad de terceros con la del empleador del trabajador, hay que tener en cuenta que la reparación de daños se sujeta a dos principios que deben conjugarse: el principio de reparación íntegra y el principio de evitar el enriquecimiento injusto.

“Ello no impide que las reparaciones específicamente laborales, en forma de prestaciones de la seguridad social, se compatibilicen con las indemnizaciones complementarias por responsabilidad del empresario y/o

---

<sup>69</sup> GUEVARA ELIZALDE, ROBERT en su conferencia : “EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y ECUATORIANA”, dictada en la Universidad Autónoma, en Bogotá, el día viernes 12 de Noviembre del 2010

terceros<sup>70</sup>, lo que es absolutamente razonable si se atiende a que las prestaciones de la seguridad social en modo alguno resarcen todos los daños sino sólo del daño derivado de las repercusiones profesionales o funcionales que inciden en el lucro cesante y la consecuente pérdida de ganancia salarial derivada de la imposibilidad (total o parcial, temporal o definitiva) de continuidad en el trabajo hasta entonces desempeñado o en cualquier otro, por lo que en modo alguno el régimen de seguridad social pretende compensar todos los daños<sup>71</sup>, además de la escasa vinculación de gran parte de las prestaciones con el régimen de responsabilidad empresarial.

“En el ámbito laboral los principales problemas se han planteado a la hora, no de negar la posibilidad de una indemnización adicional a lo cobrado de la seguridad social, lo que no parece cuestionable<sup>72</sup>, sino al valorar si esto debía o no tenerse en cuenta a la hora de determinar el "quantum indemnizatorio", especialmente en los supuestos de accidente de trabajo que es donde se plantea el problema. Frente a la tesis del orden civil, que en general admite el reconocimiento de una indemnización adicional sin entrar a considerar lo ya percibido en el ámbito laboral<sup>73</sup>, la jurisprudencia del orden social entiende que, siendo posible reconocer una indemnización adicional a las prestaciones de la seguridad social, a efectos de evitar una duplicidad

---

<sup>70</sup> Admitida y aplicada sin problemas por la jurisprudencia, por ejemplo SSTS de 2 de febrero de 1998, RJ 3250; de 10 de diciembre de 1998, RJ 10501; de 17 de febrero de 1999, RJ 2598; de 20 de julio de 2000, RJ 7639, etc.

<sup>71</sup> GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. "Criterios de valoración del daño en la jurisprudencia civil y laboral", *Tribuna Social*, número 115, 2003, Pág. 25 y 32.

<sup>72</sup> Tal como entiende la jurisprudencia, por ejemplo, STS de 8 de abril de 2002, TOL s/n.

<sup>73</sup> SSTS (Civil) de 6 de febrero de 1997, RJ 8972 y de 13 de julio de 1998, RJ 5122.

indemnizatoria que podría conducir a un enriquecimiento injusto en su cuantificación, debe tenerse en cuenta lo percibido de aquella, salvo el recargo de prestaciones"<sup>74</sup>. La solución ha merecido un voto particular y algunas críticas doctrinales que incluso se han decantado por la posibilidad de suprimir el recargo de prestaciones, al entender que, o conduce a una duplicidad indemnizatoria con el consiguiente enriquecimiento injusto, o a una duplicidad sancionadora con infracción de la prohibición del "bis in idem"<sup>75</sup>, pero coincide con opiniones doctrinales que habían defendido esa solución"<sup>76</sup> y se ajusta al tenor literal de la ley, que declara al recargo independiente y compatible con las responsabilidades de cualquier otro orden, independencia que no se daría si su reconocimiento jugase un efecto de minoración de la indemnización por responsabilidad civil del empresario.

En resumen, cabe una cierta compatibilidad de indemnizaciones por daños en el orden privado y en relación con las prestaciones de la seguridad social y el posible recargo sobre las mismas. Ahora bien, una vez que el trabajador ha obtenido la reparación por todo ello, es imposible que dirija nuevas acciones frente a otros posibles responsables solidarios en reclamación de los daños ya indemnizados, pues ello implicaría un evidente enriquecimiento injusto.

---

<sup>74</sup> Al respecto, por ejemplo, SSTs de 2 de octubre de 2000, RJ 9673, de 14 de febrero de 2001, RJ 2521, 9 de octubre de 2001, RJ 9595 y de 21 de febrero de 2002, RJ 4539.

<sup>75</sup> DESDENTADO BONETE, A. y De la Puebla Pinilla, A. "La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia", *Tribuna Social*, número 125, 2001, páginas 22 y siguientes y Rodríguez Piñero, "El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2003 Pág. 32.

<sup>76</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, "Responsabilidad contractual por accidente de trabajo", *Revista de Derecho Social*, número 2, 1998, páginas 103 y 104 y González Labrada, M. "Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones preventivas: la doctrina del Tribunal Supremo sobre el quantum indemnizatorio único y su proyección sobre el ejercicio de una tutela reparadora fragmentada" *Revista de Derecho Social*, número 7, 1999, Pág. 166.

### **4.3. MARCO JURÍDICO.**

#### **4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.**

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 1, establece; “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”<sup>77</sup>.

Éste es un cambio de fondo, cualitativo, que ha provocado una revolución dentro del conocimiento del Derecho Constitucional; por lo tanto, los viejos paradigmas ya no tienen función ni significado en la actual organización y desarrollo del Estado ecuatoriano. Con esta primera declaración, además, nuestro país ha ingresado de lleno a un nuevo mundo jurídico-político, al mundo del Neo constitucionalismo latinoamericano que constituye ya un cambio revolucionario epistemológico y político.

Se ha instaurado, entonces, un nuevo rol del Estado y una legitimidad sustantiva y procesal diversa a la tradicional de tipo formal, legal o fríamente racional sin tomar en cuenta el mundo real y humano que es donde tienen lugar las relaciones jurídicas.

---

<sup>77</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 1



En el Título II, “Derechos”, Capítulo Segundo, denominado “Derechos del buen vivir”, Sección Octava, “Trabajo y seguridad Social”, en el Art. 33 se expresa: “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”<sup>78</sup>.

El trabajo es un derecho de todos los ecuatorianos y ecuatorianas ya que goza de la protección del Estado mediante la Constitución y las Leyes. Es la base para una vida digna, pues a través de este las personas pueden dotar de lo necesario para sí mismas y para su familia. A este derecho se lo puede entender como la posibilidad de ganarse la vida con el trabajo que las personas elijan, con las condiciones de trabajo seguras y saludables que no sean degradantes de la dignidad humana. Se debe garantizar un salario mínimo para los trabajadores que les permita llevar una vida decente. No se debe discriminar en el empleo y los ascensos, o en el goce de derechos relacionados con el trabajo, por razones de sexo, raza, etnia, religión o ideología política. Los trabajadores tienen derecho al salario mínimo, indemnización ante despido intempestivo; jornada de trabajo, descanso semanal y las vacaciones; seguridad social, etc.

El Art. 34 la Constitución de la República del Ecuador establece: “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y

---

<sup>78</sup> CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2010. Art. 33.

será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo”<sup>79</sup>.

El derecho al trabajo está íntimamente ligado al derecho que tienen los trabajadores a la seguridad social, entendiéndola a esta como la protección social o cobertura de las necesidades de salud, discapacidad o vejez.

El Título VI, “Régimen de desarrollo”, Capítulo sexto “Trabajo y producción”, Sección Tercera “Formas de Trabajo y su Retribución”, el Art. 325 manifiesta: “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 auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores”<sup>80</sup>.

Se reconoce las diferentes modalidades de trabajo, esto es, en relación de dependencia, cuando el trabajo lo realiza una persona bajo la subordinación

---

<sup>79</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 34.

<sup>80</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 325.

de otra que es el empleador, en cambio el trabajo autónomo se caracteriza porque no existe dicha subordinación entre empleador y trabajador.

En el Art. 326 se estipula los principios en los que se sustenta el derecho al trabajo, los mismos que son:

- 1.- “El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
- 2.- Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
- 3.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
- 4.- A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.
- 5.- Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.
- 6.- Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.
- 7.- Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización,

afiliarse a las de su elección y desafinarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.

8.- El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.

9.- Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.

10.- Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos.

11.- Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

12.- Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

13.- Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.

14.- Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

15.- Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.

16.- En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo”<sup>81</sup>.

En el Art. 327, “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”<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 326.

<sup>82</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 327.

Las relaciones laborales son bilaterales, es decir, se celebrarán entre empleador y trabajador, sin necesidad de la intervención de terceros. Está prohibida la contratación por horas. En este artículo se hace referencia a los problemas sociales que se derivan de las relaciones laborales, como es el fraude y la simulación laboral, los mismos que deberán ser penalizados y sancionados, de ahí se desprende la necesidad de incorporar en el Código del Trabajo sanciones pecuniarias proporcionales a quienes incurran en estas faltas.

En el Art. 328 de la Constitución textualmente dispone: “La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos.

El Estado fijará y revisará anualmente el salario básico establecido en la ley, de aplicación general y obligatoria.

El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley.

Lo que el empleador deba a las trabajadoras y trabajadores, por cualquier concepto, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.

Para el pago de indemnizaciones, la remuneración comprende todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies,

inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales y las remuneraciones adicionales.

Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley<sup>83</sup>.

La remuneración será inembargable, a excepción de las pensiones alimenticias. El pago de la remuneración se lo hará de acuerdo a lo que hayan convenido el empleador y el trabajador, y podrá ser mensual, quincenal o cuando haya terminado la obra. Las deudas que tenga el empleador con los trabajadores constituyen crédito de primera clase. El empleador deberá participar a sus trabajadores de las utilidades que arrojen sus empresas o negocios. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades será sancionado.

En el Art. 329 “Las jóvenes y los jóvenes tendrán el derecho de ser sujetos activos en la producción, así como en las labores de autosustento, cuidado

---

<sup>83</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 328.

familiar e iniciativas comunitarias. Se impulsarán condiciones y oportunidades con este fin.

Para el cumplimiento del derecho al trabajo de las comunidades, pueblos y nacionalidades, el Estado adoptará medidas específicas a fin de eliminar discriminaciones que los afecten, reconocerá y apoyará formas de organización del trabajo, y garantizará el acceso al empleo en igualdad de condiciones.

Se reconocerá y protegerá el trabajo autónomo y por cuenta propia realizado en espacios públicos, permitidos por la ley y otras regulaciones. Se prohíbe toda forma de confiscación de sus productos, materiales o herramientas de trabajo.

Los procesos de selección, contratación y promoción laboral se basarán en requisitos de habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidades. Se prohíbe el uso de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, la dignidad e integridad de las personas.

El Estado impulsará la formación y capacitación para mejorar el acceso y calidad del empleo y las iniciativas de trabajo autónomo.

El Estado velará por el respeto a los derechos laborales de las trabajadoras y trabajadores ecuatorianos en el exterior y promoverá convenios y acuerdos con otros países para la regularización de tales trabajadores”<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 329.



El Estado deberá impulsar políticas laborales para que los jóvenes tengan oportunidades de trabajo, y; garantizará el acceso al empleo en igualdad de condiciones.

En el Art. 330, “Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición”<sup>85</sup>.

Se brindará igualdad de condiciones a las personas discapacitadas, para que éstas tengan acceso al trabajo remunerado.

En el Art. 331, “El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo”<sup>86</sup>.

El Estado adoptará medidas para eliminar la discriminación por motivo de género y garantizará a las mujeres igualdad de condiciones para que puedan acceder a un trabajo digno. Está prohibida toda forma de discriminación, acoso o actos de violencias, que sean víctimas las mujeres.

---

<sup>85</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 330.

<sup>86</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 331.

En el Art. 332, “El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad.

Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos”<sup>87</sup>.

El empleador deberá velar por los derechos reproductivos de sus trabajadores, eliminando los riesgos laborales que puedan afectar a la salud reproductiva. Está prohibido el despido de las trabajadoras por motivo de embarazo, si este llegare a suceder las leyes laborales protegen a la mujer y deberá ser indemnizada.

En el Art. 333, “Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de auto sustento y cuidado humano que se realiza en los hogares.

El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado Infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus

---

<sup>87</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 332.

actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.

La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley”<sup>88</sup>.

El seguro social es un derecho de los trabajadores, el Estado brindará facilidades para la afiliación de las personas que realicen trabajo de autosustento y cuidado humano.

#### **4.3.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

El Art. 23, numeral 3 manifiesta: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”<sup>89</sup>.

Considero que para concretar estas aspiraciones es necesario considerar el problema salarial que vivimos actualmente, pues las políticas de promoción del trabajo, de fomento a la producción y combate a la inflación, de tributación y seguridad social constituye, junto con la política salarial, pilares fundamentales que deben ser desarrollados paulatinamente para que los

---

<sup>88</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 333.

<sup>89</sup> DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Art. 23.

ecuatorianos y ecuatorianas puedan ejercer su derecho al trabajo y puedan gozar de una vida digna.

#### **4.3.3. Código del Trabajo.**

El Código del Trabajo en el Art. 1, dispone; “Los preceptos de este Código regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo”<sup>90</sup>.

Esta definición toma como referencia específica del Código del Trabajo del Ecuador un elemento objetivo de la materia que regula, esto es la relación laboral, y por lo mismo, constituye una definición objetiva, frente a las definiciones subjetivas que se remiten a uno u otro de los sujetos de esa relación, esto es al empleador o al trabajador.

El Título I, denominado “Del Contrato Individual De Trabajo”, Capítulo I, titulado “De Su Naturaleza y Especies”, Parágrafo 1ro., “Definiciones y Reglas Generales”, en el Art. 8 “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”<sup>91</sup>.

El contrato de trabajo es el acuerdo bilateral que se da entre empleador o empleadores y trabajador o trabajadores, en donde el trabajador se

---

<sup>90</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art.1

<sup>91</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO. Ley Cit. Art. 8.

compromete a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo la dependencia del empleador, a cambio de una remuneración.

En el Art. 9, “Concepto de trabajador”, manifiesta que es “La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”<sup>92</sup>.

El trabajador es aquella persona que se compromete a prestar sus servicios, a realizar una labor determinada, a recibir órdenes del empleador, a cambio de una remuneración.

En el Art. 10, “Concepto de empleador”, reza que es “La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador.

El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Se entiende por tales obras no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago. Tienen la misma calidad de empleadores respecto de los obreros de las industrias que están a su cargo y que pueden ser explotadas por particulares.

---

<sup>92</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO. Ley Cit. Art. 9.

También tienen la calidad de empleadores: la Empresa de Ferrocarriles del Estado, y los cuerpos de bomberos respecto de sus obreros”<sup>93</sup>.

El empleador es aquella persona a la que se le presta un servicio, siendo esta una persona natural o jurídica, y puede ser privadas (empresas, industrias, negocios, etc.) o públicas (municipios, consejos provinciales, universidades estatales, etc.).

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

1. Pagar las cantidades que correspondan al trabajador, en los términos del contrato y de acuerdo con las disposiciones de este Código;
2. Instalar las fábricas, talleres, oficinas y demás lugares de trabajo, sujetándose a las disposiciones legales y a las órdenes de las autoridades sanitarias;
3. Indemnizar a los trabajadores por los accidentes que sufrieren en el trabajo y por las enfermedades profesionales, con la salvedad prevista en el artículo 38;
4. Establecer comedores para los trabajadores cuando éstos laboren en número de cincuenta o más en la fábrica o empresa, y los locales de trabajo estuvieren situados a más de dos kilómetros de la población más cercana;
5. Establecer escuelas elementales en beneficio de los hijos de los trabajadores, cuando se trate de centros permanentes de trabajo ubicados a más de dos kilómetros de distancia de las poblaciones y

---

<sup>93</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO. Ley Cit. Art.10.

siempre que la población escolar sea por lo menos de veinte niños, sin perjuicio de las obligaciones empresariales con relación a los trabajadores analfabetos;

6. Si se trata de fábricas u otras empresas que tuvieren diez o más trabajadores, establecer almacenes de artículos de primera necesidad para suministrarlos a precios de costo a ellos y a sus familias, en la cantidad necesaria para su subsistencia. Las empresas cumplirán esta obligación directamente mediante el establecimiento de su propio comisariato o mediante la contratación de este servicio conjuntamente con otras empresas o con terceros.

El valor de dichos artículos le será descontado al trabajador al tiempo de pagársele su remuneración.

Los empresarios que no dieran cumplimiento a esta obligación serán sancionados con multa de cien a quinientos sucres diarios, tomando en consideración la capacidad económica de la empresa y el número de trabajadores afectados, sanción que subsistirá hasta que se cumpla la obligación;

7. Llevar un registro de trabajadores en el que conste el nombre, edad, procedencia, estado civil, clase de trabajo, remuneraciones, fecha de ingreso y de salida; el mismo que se lo actualizará con los cambios que se produzcan;

8. Proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, en condiciones adecuadas para que éste sea realizado;
9. Conceder a los trabajadores el tiempo necesario para el ejercicio del sufragio en las elecciones populares establecidas por la Ley, siempre que dicho tiempo no exceda de cuatro horas, así como el necesario para ser atendidos por los facultativos de la Dirección Nacional Médico Social del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o para satisfacer requerimientos o notificaciones judiciales. Tales permisos se concederán sin reducción de las remuneraciones;
10. Respetar las asociaciones de trabajadores;
11. Permitir a los trabajadores faltar o ausentarse del trabajo para desempeñar comisiones de la asociación a que pertenezcan, siempre que ésta dé aviso al empleador con la oportunidad debida.
12. Los trabajadores comisionados gozarán de licencia por el tiempo necesario y volverán al puesto que ocupaban conservando todos los derechos derivados de sus respectivos contratos; pero no ganarán la remuneración correspondiente al tiempo perdido;
13. Sujetarse al reglamento interno legalmente aprobado;
14. Tratar a los trabajadores con la debida consideración, no infiriéndoles maltratos de palabra o de obra;  
  
Conferir gratuitamente al trabajador, cuantas veces lo solicite, certificados relativos a su trabajo.



Cuando el trabajador se separare definitivamente, el empleador estará obligado a conferirle un certificado que acredite:

- a) El tiempo de servicio;
- b) La clase o clases de trabajo; y,
- c) Los salarios o sueldos percibidos;

- 15. Atender las reclamaciones de los trabajadores;
- 16. Proporcionar lugar seguro para guardar los instrumentos y útiles de trabajo pertenecientes al trabajador, sin que le sea lícito retener esos útiles e instrumentos a título de indemnización, garantía o cualquier otro motivo;
- 17. Facilitar la inspección y vigilancia que las autoridades practiquen en los locales de trabajo, para cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones de este Código y darles los informes que para ese efecto sean indispensables. Los empleadores podrán exigir que presenten credenciales;
- 18. Pagar al trabajador la remuneración correspondiente al tiempo perdido cuando se vea imposibilitado de trabajar por culpa del empleador;
- 19. Pagar al trabajador, cuando no tenga derecho a la prestación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el cincuenta por ciento de su remuneración en caso de enfermedad no profesional, hasta por dos meses en cada año, previo certificado médico que acredite la imposibilidad para el trabajo o la necesidad de descanso;

20. Proporcionar a las asociaciones de trabajadores, si lo solicitaren, un local para que instalen sus oficinas en los centros de trabajo situados fuera de las poblaciones. Si no existiere uno adecuado, la asociación podrá emplear para este fin cualquiera de los locales asignados para alojamiento de los trabajadores;
21. Descontar de las remuneraciones las cuotas que, según los estatutos de la asociación, tengan que abonar los trabajadores, siempre que la asociación lo solicite;
22. Pagar al trabajador los gastos de ida y vuelta, alojamiento y alimentación cuando, por razones del servicio, tenga que trasladarse a un lugar distinto del de su residencia;
23. Entregar a la asociación a la cual pertenezca el trabajador multado, el cincuenta por ciento de las multas, que le imponga por incumplimiento del contrato de trabajo;
24. La empresa que cuente con cien o más trabajadores está obligada a contratar los servicios de un trabajador social titulado. Las que tuvieren trescientos o más, contratarán otro trabajador social por cada trescientos de excedente. Las atribuciones y deberes de tales trabajadores sociales serán los inherentes a su función y a los que se determinen en el título pertinente a la "Organización, Competencia y Procedimiento";
25. Pagar al trabajador reemplazante una remuneración no inferior a la básica que corresponda al reemplazado;

26. Acordar con los trabajadores o con los representantes de la asociación mayoritaria de ellos, el procedimiento de quejas y la constitución del comité obrero patronal;
27. Conceder permiso o declarar en comisión de servicio hasta por un año y con derecho a remuneración hasta por seis meses al trabajador que, teniendo más de cinco años de actividad laboral y no menos de dos años de trabajo en la misma empresa, obtuviere beca para estudios en el extranjero, en materia relacionada con la actividad laboral que ejercita, o para especializarse en establecimientos oficiales del país, siempre que la empresa cuente con quince o más trabajadores y el número de becarios no exceda del dos por ciento del total de ellos.  
  
El becario, al regresar al país, deberá prestar sus servicios por lo menos durante dos años en la misma empresa;
28. Facilitar, sin menoscabo de las labores de la empresa, la propaganda interna en pro de la asociación en los sitios de trabajo, la misma que será de estricto carácter sindicalista;
29. Suministrar cada año, en forma completamente gratuita, por lo menos un vestido adecuado para el trabajo a quienes presten sus servicios;
30. Conceder tres días de licencia con remuneración completa al trabajador, en caso de fallecimiento de su cónyuge o de sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad;
31. Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro

de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social;

32. Las empresas empleadoras registradas en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social están obligadas a exhibir, en lugar visible y al alcance de todos sus trabajadores, las planillas mensuales de remisión de aportes individuales y patronales y de descuentos, y las correspondientes al pago de fondo de reserva, debidamente selladas por el respectivo Departamento del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Los inspectores del trabajo y los inspectores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tienen la obligación de controlar el cumplimiento de esta obligación; se concede, además, acción popular para denunciar el incumplimiento.

Las empresas empleadoras que no cumplieren con la obligación que establece este numeral serán sancionadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con la multa de un salario mínimo vital, cada vez, concediéndoles el plazo máximo de diez días para este pago, vencido el cual procederá al cobro por la coactiva.

33. Contratar personas discapacitadas según sus aptitudes y de acuerdo a las posibilidades y necesidades de la empresa; y,

34. Contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras (mujeres), porcentaje que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Ministerio del Trabajo y Recursos Humanos, establecidas en el artículo 124, de este Código”<sup>94</sup>.

Estas entre otras obligaciones, que cada ley de carácter especial señale, deben ser cumplidas por el empleador en las empresas públicas o privadas, en beneficio del trabajador, por lo tanto, está en la obligación de dar a conocer a los trabajadores cuáles son sus obligaciones y las que consten en el Reglamento Interno de la empresa en caso de tener. De acuerdo al incumplimiento de estas obligaciones surgen los inconvenientes jurídicos entre empleado y trabajador, teniendo que acudir a las Inspectoría del Trabajo para que intervenga el Inspector del Trabajo o en su caso en forma directa ante el Juez del Trabajo competente.

Según el Art. 44 del Código del Trabajo.- “Prohibiciones al empleador.-  
Prohíbese al empleador:

- a) Imponer multas que no se hallaren previstas en el respectivo reglamento interno, legalmente aprobado;
- b) Retener más del diez por ciento (10%) de la remuneración por concepto de multas;
- c) Exigir al trabajador que compre sus artículos de consumo en tiendas o lugares determinados;

---

<sup>94</sup> CODIGO DEL TRABAJO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2009. Art. 42

- d) Exigir o aceptar del trabajador dinero o especies como gratificación para que se le admita en el trabajo, o por cualquier otro motivo;
- e) Cobrar al trabajador interés, sea cual fuere, por las cantidades que le anticipe por cuenta de remuneración;
- f) Obligar al trabajador, por cualquier medio, a retirarse de la asociación a que pertenezca o a que vote por determinada candidatura;
- g) Imponer colectas o suscripciones entre los trabajadores;
- h) Hacer propaganda política o religiosa entre los trabajadores;
- i) Sancionar al trabajador con la suspensión del trabajo;
- j) Inferir o conculcar el derecho al libre desenvolvimiento de las actividades estrictamente sindicales de la respectiva organización de trabajadores;
- k) Obstaculizar, por cualquier medio, las visitas o inspecciones de las autoridades del trabajo a los establecimientos o centros de trabajo, y la revisión de la documentación referente a los trabajadores que dichas autoridades practicaren; y,
- l) Recibir en trabajos o empleos a ciudadanos remisos que no hayan arreglado su situación militar. El empleador que violare esta prohibición, será sancionado con multa que se impondrá de conformidad con lo

previsto en la Ley de Servicio Militar Obligatorio, en cada caso. En caso de reincidencia, se duplicarán dichas multas”<sup>95</sup>.

En estas prohibiciones, su desacato es conocido por la Inspectoría del Trabajo y Juzgado del Trabajo y Centros de Mediación y Arbitraje, con la finalidad que se sancione al empleador que incurra en alguna de estas prohibiciones.

De conformidad al Art. 45 del Código del Trabajo encontramos; “Obligaciones del trabajador.- Son obligaciones del trabajador:

- a) Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos;
- b) Restituir al empleador los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles de trabajo, no siendo responsable por el deterioro que origine el uso normal de esos objetos, ni del ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor, ni del proveniente de mala calidad o defectuosa construcción;
- c) Trabajar, en casos de peligro o siniestro inminentes, por un tiempo mayor que el señalado para la jornada máxima y aun en los días de descanso, cuando peligren los intereses de sus compañeros o del empleador. En estos casos tendrá derecho al aumento de remuneración de acuerdo con la Ley;
- d) Observar buena conducta durante el trabajo;

---

<sup>95</sup> CODIGO DEL TRABAJO. Ley. Cit. Art. 44.

- e) Cumplir las disposiciones del reglamento interno expedido en forma legal;
- f) Dar aviso al empleador cuando por causa justa faltare al trabajo;
- g) Comunicar al empleador o a su representante los peligros de daños materiales que amenacen la vida o los intereses de empleadores o trabajadores;
- h) Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurra, directa o indirectamente, o de los que él tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecuta;
- i) Sujetarse a las medidas preventivas e higiénicas que impongan las autoridades; y,
- j) Las demás establecidas en este Código<sup>96</sup>.

El trabajador también tiene obligaciones que debe de cumplir en su trabajo cualquiera que fuere la modalidad como choferes, servidores domésticos, futbolistas, entre otras modalidades del trabajo, por lo tanto deben someterse a la normativa de las leyes laborales ecuatorianas y a los reglamentos internos legalmente aprobados en las Inspectorías del trabajo del país.

El Art. 46 del Código del Trabajo establece; “Prohibiciones al trabajador.- Es prohibido al trabajador:

---

<sup>96</sup> CODIGO DEL TRABAJO. Ley Cit. Art. 45.



- a) Poner en peligro su propia seguridad, la de sus compañeros de trabajo o la de otras personas, así como de la de los establecimientos, talleres y lugares de trabajo;
- b) Tomar de la fábrica, taller, empresa o establecimiento, sin permiso del empleador, útiles de trabajo, materia prima o artículos elaborados;
- c) Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la acción de estupefacientes;
- d) Portar armas durante las horas de trabajo, a no ser con permiso de la autoridad respectiva;
- e) Hacer colectas en el lugar de trabajo durante las horas de labor, salvo permiso del empleador;
- f) Usar los útiles y herramientas suministrados por el empleador en objetos distintos del trabajo a que están destinados;
- g) Hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la empresa;
- h) Suspender el trabajo, salvo el caso de huelga; e,
- i) Abandonar el trabajo sin causa legal<sup>97</sup>.

Las prohibiciones al trabajador en general dependen de servicio que este prestando y en la empresa que está trabajando, por lo tanto los trabajadores también deben de avisar de cualquier inquietud a su empleador o Inspector

---

<sup>97</sup> CODIGO DEL TRABAJO. Ley Cit. Art. 46.

del Trabajo. Si estas falencias existen dentro de las normas, la falta de cumplimiento por parte del empleador, es evidente, entonces, como se puede amparar al trabajador, siendo necesario que se aclare las normas, protegiéndolo a este, que no tiene una estabilidad laboral, lo que garantizará su estabilidad, y una vez establecida, las relaciones entre el empleador y el doméstico mejorarán sustancialmente, tomando en consideración que los beneficiarios serán las partes contratantes, claro que el trabajador es el que debe beneficiarse por la normativa legal laboral, lo que será necesario que nuestros legisladores, ya tomen conciencia sobre este tipo de labor, que en muchos de los casos, es muy sacrificada, y demanda de esfuerzo físico y hasta intelectual.

En lo referente a las demandas judiciales planteadas por los trabajadores, el Art. 573 del Código del Trabajo determina; “Trámite de las controversias laborales.- Las controversias laborales a que diere lugar un contrato o una relación de trabajo, serán resueltas por las autoridades establecidas por este Código, de conformidad con el trámite que el mismo prescribe”<sup>98</sup> .

Es decir, las autoridades competentes para conocer y resolver en primera instancia judicial son los Jueces del Trabajo y con jurisdicción a nivel provincial y en los lugares donde no se cuente con estos cumplirán esta función los jueces de lo Civil.

---

<sup>98</sup> CODIGO DEL TRABAJO. Ley Cit. Art. 573.

El Art. 575 dispone; “Sustanciación de la controversia.- Las Controversias individuales de trabajo se sustanciarán mediante procedimiento oral”<sup>99</sup>.

El sistema oral persigue el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia, invocados en el Art. 192 de la Constitución de la República del Ecuador, así mismo y en relación a la presentación y contradicción de las pruebas, el sistema oral se rige a los principios: dispositivos de concentración e inmediación.

---

<sup>99</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO. Ley Cit. Art. 575.

#### **4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.**

##### **4.4.1. Real Decreto Legislativo 5/2000. Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales. 2001. España.**

Texto Refundido de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Artículo 1. Infracciones en el orden social.

1. “Constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social.
2. Las infracciones no podrán ser objeto de sanción sin previa instrucción del oportuno expediente, de conformidad con el procedimiento administrativo especial en esta materia, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir.
3. Las infracciones se califican como leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, de conformidad con lo establecido en la presente Ley”<sup>100</sup>.

Previo a garantizar los derechos de los trabajadores nacionales y extranjero en España, el Ministerio del Trabajo dicta un Decreto Real, con la finalidad de evitar la explotación y abuso patronal al que estaban siendo sometidos los trabajadores en España.

---

<sup>100</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000. Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales de 4 de agosto 2001.

“Artículo 2. Sujetos responsables de la infracción.

Son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley y, en particular, las siguientes:

1. El empresario en la relación laboral.
2. Los empresarios, trabajadores por cuenta propia o ajena o asimilados, perceptores y solicitantes de las prestaciones de Seguridad Social, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y demás entidades colaboradoras en la gestión, en el ámbito de la relación jurídica de Seguridad Social, así como las entidades o empresas responsables de la gestión de prestaciones en cuanto a sus obligaciones en relación con el Registro de Prestaciones Sociales Públicas y demás sujetos obligados a facilitar información de trascendencia recaudatoria en materia de Seguridad Social.
3. Los empresarios, los trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas, respecto de la normativa de colocación, fomento del empleo y de formación profesional ocupacional y continua.
4. Los transportistas, agentes, consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de emigración o movimientos migratorios.
5. Los empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros.
6. Las cooperativas con respecto a sus socios trabajadores y socios de trabajo, conforme a la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

7. Las agencias de colocación, las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias respecto de las obligaciones que se establecen en su legislación específica y en la de prevención de riesgos laborales, sin perjuicio de lo establecido en otros números de este artículo.
8. Los promotores, los propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
9. Las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia.
10. Las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes titulares de los centros de trabajo y empresas de dimensión comunitaria situadas en territorio español, respecto de los derechos de información y consulta de los trabajadores en los términos establecidos en su legislación específica.
11. Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa legal que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, respecto de las condiciones de trabajo que deben garantizar a dichos trabajadores desplazados temporalmente a España.

## **Infracciones Laborales.**

### Artículo 5. Concepto.

1. Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional y de trabajo temporal, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente Ley. Asimismo, tendrán dicha consideración las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables y en las materias que se regulan en el presente Capítulo.
2. Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los empresarios, las de las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las auditoras y las formativas en dicha materia y ajenas a las empresas, así como las de los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia, que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral sujetas a responsabilidad conforme a la presente Ley.

### Artículo 48. Atribución de competencias sancionadoras.

1. La competencia para sancionar las infracciones en el orden social, en el ámbito de la Administración General del Estado, corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la autoridad competente a nivel provincial, hasta 1.000.000 de pesetas; al Director

general competente, hasta 5.000.000 de pesetas; al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, hasta 10.000.000 de pesetas; y al Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo y Asuntos Sociales, hasta 15.000.000 de pesetas.

2. En el ámbito de competencias de la Administración General del Estado, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales serán sancionadas, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la autoridad competente a nivel provincial, hasta 5.000.000 de pesetas; por el Director general competente, hasta 15.000.000 de pesetas; por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, hasta 50.000.000 de pesetas; y por el Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo y Asuntos Sociales, hasta 100.000.000 de pesetas.
3. Las infracciones en materia de cooperativas tipificadas en la presente Ley serán sancionadas, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el órgano directivo del que dependa el Registro de Sociedades Cooperativas, hasta 1.000.000 de pesetas y por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, hasta 5.000.000 de pesetas y la descalificación.

#### Artículo 52. Principios de tramitación.

1. El procedimiento se ajustará a los siguientes trámites:
  - a) Se iniciará, siempre de oficio, por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de actuaciones practicadas de oficio, por propia iniciativa o mediante denuncia, o a instancia de persona interesada.



- b) El acta será notificada por la citada Inspección al sujeto o sujetos responsables, que dispondrá de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estime pertinentes en defensa de su derecho, ante el órgano competente para dictar resolución.
- c) Transcurrido el indicado plazo y previas las diligencias necesarias, si se hubieren formulado alegaciones se dará nueva audiencia al interesado por término de ocho días, siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el acta.
- d) A la vista de lo actuado, por el órgano competente se dictará la resolución correspondiente.

Como se observa en esta legislación ya cuenta con norma protectoras de los derechos del trabajador y normas sancionadoras para los empleadores que cometen a diario abuso patronales inobservando los derechos y obligaciones que tienen que cumplir para con sus trabajadores ya sean nacionales y extranjeros, en Ecuador, todavía no se incorporado normas que permitan garantizar los derechos del trabajador conforme lo prevé la Constitución de la República del Ecuador.

#### **4.4.2. Ley de Contrato de Trabajo de Argentina.**

El Art. 4 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina; señala: “Concepto de trabajo.- Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración.

El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley”<sup>101</sup>.

“Art. 7.- Condiciones menos favorables. Nulidad.- Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley”<sup>102</sup>.

“Art. 14.-Nulidad por fraude laboral.- Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”<sup>103</sup>. Como se observa en esta legislación la contratación laboral disfrazada, el acto es declarado nulo, pero garantiza el derecho del trabajador.

#### **4.4.3. Decreto Supremo No. 0521, del Estado Plurinacional de Bolivia.**

Artículo 1. (Objeto). El presente Decreto Supremo tiene por objeto establecer la prohibición de toda forma de evasión a la normativa laboral, sea mediante fraude, simulación o cualquier otro medio que se produzca como

---

<sup>101</sup> <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>.

<sup>102</sup> <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>.

<sup>103</sup> <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>.

consecuencia de las modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, enganche u otras modalidades en tareas propias y permanentes del giro del establecimiento laboral.

Artículo 2.- (Infracciones de leyes sociales). Son consideradas Infracciones de Leyes Sociales además de las establecidas en la normativa vigente, las siguientes:

- a. Todo acto que mediante figuras contractuales no laborales encubra relaciones en las que concurren las características de una relación laboral.
- b. Reclutar y proporcionar fuerza de trabajo, sea manual, intelectual o mixta, con o sin fines de lucro mediante las figuras de subcontratación, tercerización, enganche y externalización o cualquier forma que no cumpla con la normativa socio laboral.

Toda empresa que requiera contratar a otra, en actividades que no sean propias ni permanentes al giro del establecimiento laboral, deberá incluir obligatoriamente en el contrato, una cláusula que establezca que la empresa contratada dará cumplimiento a las obligaciones socio laboral respecto a sus trabajadoras y sus trabajadores.

Artículo 4.- (Relación laboral en caso de simulación). Cuando se constituya una relación que simule una modalidad no laboral pero en la misma hayan concurrido las características de una relación de trabajo, ésta se considerará como una relación laboral en todos sus efectos.

Artículo 5.- (Cumplimiento de los derechos socio laborales).

- I. En caso de constatarse la tercerización, subcontratación, externalización, enganche u otras en tareas propias y permanentes del giro del establecimiento laboral, las trabajadoras y los trabajadores, las ex trabajadoras y ex trabajadores en forma personal o mediante su representación sindical, podrán acudir ante las Jefaturas Departamentales y Regionales de Trabajo dependientes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, para exigir el cumplimiento de sus derechos socio laborales.
- II. Los empleadores que ocupen trabajadoras o trabajadores a través de otras empresas, en actividades propias y permanentes al giro del establecimiento laboral, son responsables de todas las obligaciones socio laborales así como de los aportes a la Seguridad Social.
- III. Las empresas e instituciones que cedan fraudulentamente en todo o parte sus establecimientos, que estén habilitados a su nombre, a terceristas, subcontratistas, externalizadores, enganchadores y otros, son responsables del cumplimiento de obligaciones socio laborales”<sup>104</sup>.

En caso de incumplimiento de las disposiciones del presente Decreto Supremo, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, procederá con las sanciones por infracción de Leyes Sociales y dispondrá la restitución de los derechos vulnerados a favor de los trabajadores.

---

<sup>104</sup> GACETA OFICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Derechos Reservados © 2012  
www.gacetaoficialdebolivia.gob.bb.

Como se observa la República de Bolivia ya cuenta con una normativa legal que direcciona a sancionar a los empleadores por las prácticas abusivas patronales, mediante la acción administrativa del Ministerio del Trabajo, con la finalidad de garantizar el fiel cumplimiento de los derechos de los trabajadores. Al comparar con nuestra legislación no se logado aun desde la vigencia de la Constitución en el año 2008 hasta la presente fecha no se ha legislado en incorporar normas legales en el Código del Trabajo que guarden estrecha relación con la disposición legal del Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo concerniente a la relación bilateral y directa.

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS.**

### **5.1. Materiales.**

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicará el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

### **5.2. Métodos.**

El método científico, aplicado a las ciencias jurídicas, implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que quiero realizar; en el presente caso me propongo ejecutar una investigación socio-jurídica, que se concreta en una investigación del Derecho tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, relativo al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales. De modo concreto procuraré garantizar la aplicación del principio de primacía de la realidad en el juicio laboral.

La presente investigación será de tipo generativa, para la recopilación de información recurriré a las técnicas de investigación bibliográfica, documental, descriptiva, participativa y de campo que será desarrollada en el transcurso de seis meses.

### **5.3. Procedimientos y Técnicas.**

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico y documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. El estudio de tres casos relacionados a la problemática, tramitados en los Juzgados del Trabajo de Loja, cuyos resultados reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas entre abogados, funcionarios de la ciudad de Loja y cinco personas para las entrevistas entre Jueces del Trabajo y Abogados especialista en materia laboral; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis.

Los resultados de la investigación se presentaran en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la construcción del marco teórico y la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. Resultados de las Encuestas.

En este ítem me corresponde dar a conocer los resultados obtenidos mediante la aplicación de la técnica de la encuesta instrumento que fue aplicado a treinta profesionales del Derecho Laboral.

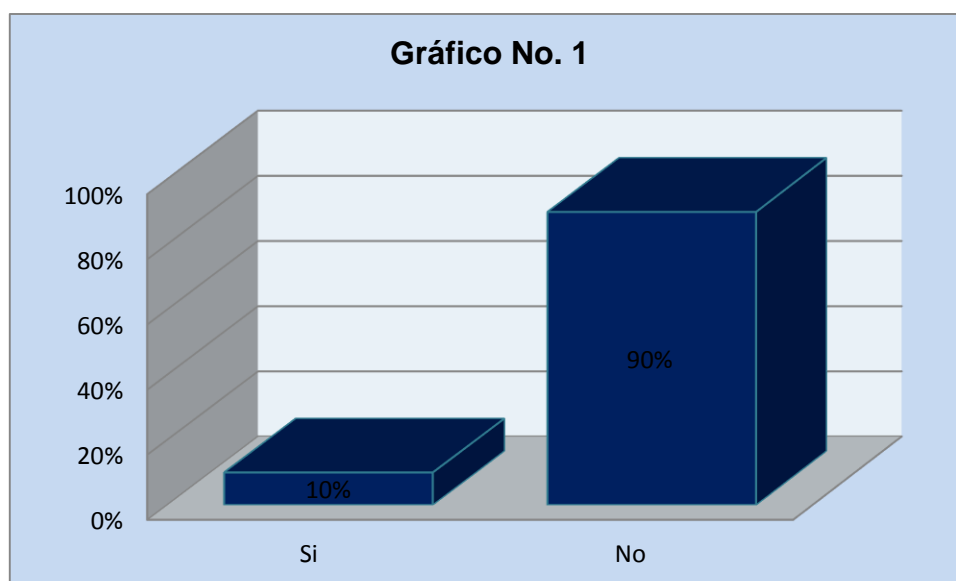
**Primera Pregunta:** El Art. 33 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas. ¿Considera usted, que se cumple con esta norma?

**Cuadro No. 1**

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	03	10%
No	27	90%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.  
**Autor:** Henry Jimmy Granda Ríos.

**Gráfico No. 1**





**Interpretación:**

En esta pregunta de los treinta encuestados, tres de ellos que corresponden al 10%, manifestaron que la norma suprema garantiza los derechos laborales y sociales del trabajador, sin embargo, en la aplicación de los derechos de los trabajadores son los empleadores quienes vulneran derechos en forma engañosa. En cambio, veintisiete de los interrogados que equivalen al 90%, responden que no porque en algunas empresas, se lesionan los derechos de los trabajadores, como son las bonificaciones, remuneraciones que no responden a la igualdad del rendimiento del trabajador, el salario básico unificado está por debajo de la canasta básica familiar, lo cual conlleva a que los trabajadores no cubran las necesidades básicas.

**Análisis:**

Comparto la opinión de la mayoría de los consultados porque, existe vulneración de derechos de los trabajadores que se ven obligados, a trabajar bajo silencio para conservar su trabajo, la dignidad de los trabajadores se ve mancillada al obligarles a que mediante juicio demuestren los derechos que consideran lesionados.

**Segunda Pregunta:** El trabajo es un derecho garantizado por la Constitución de la República del Ecuador y establece la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa, ¿Cree usted, que se cumple con esta disposición legal?

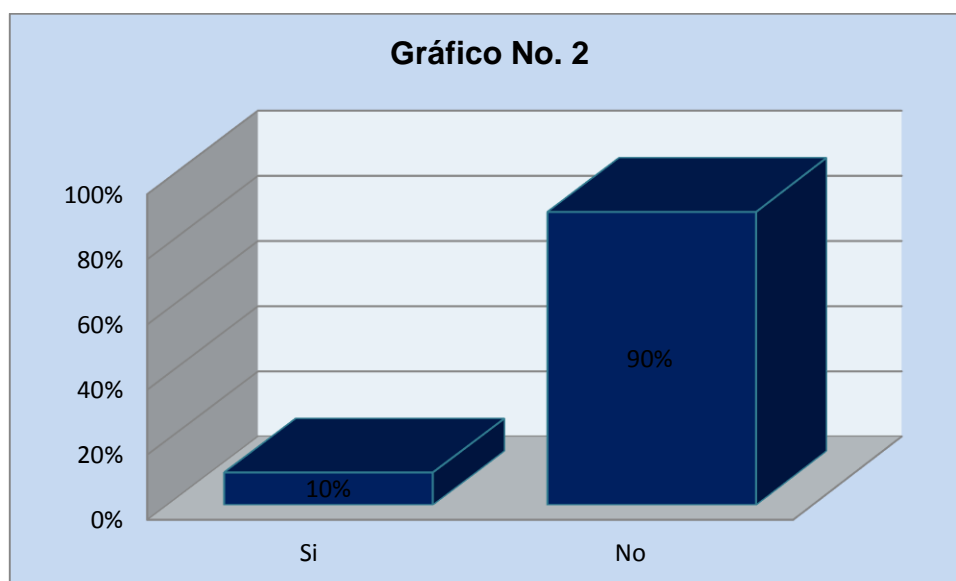
**Cuadro No. 2**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	03	10%
No	27	90%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

**Autor:** Henry Jimmy Granda Ríos.

**Gráfico No. 2**



**Interpretación:**

En esta interrogante tres personas que significan el 10%, consideran que si se cumple con la relación laboral entre empleador y trabajador en forma directa, ya que no existe la tercerización laboral, que fue derogada y prohibido por el Mandato Presidencial No. 8. En cambio, veintisiete encuestados que corresponden al 90%, señalan que no porque los empleadores directos buscan a terceras personas que contraten a su servicio con la finalidad de garantizar sus derechos y beneficiarse de las utilidades de la empresa contratante, así como grandes empresas a través de terceras personas que vendría a ser terciarizadoras son quienes

contratan a trabajadores para extracción de material o recursos no renovables.

**Análisis:**

Comparto la opinión de la mayoría, porque existen empresas que se valen de intermediarios para que procedan a contratar los servicios de trabajadores que son explotados y perjudicados en el pago de sus beneficios laborales, así como de su estabilidad laboral. La Constitución prevé normas que si garantizan derechos del trabajador, sin embargo, su aplicación es inadecuada pro parte de las autoridades y de los empleadores.

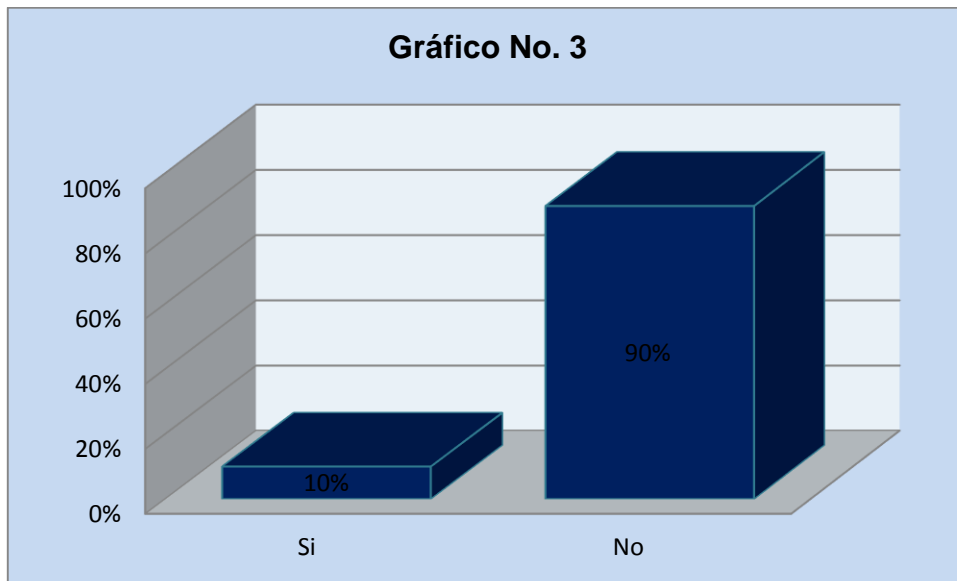
**Tercera Pregunta:** El Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora; ¿Considera usted que se está cumpliendo con esta norma?

**Cuadro No. 3**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	03	10%
No	27	90%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

**Autor:** Henry Jimmy Granda Ríos.



**Interpretación:**

Los encuestados en esta pregunta responden: tres personas que corresponden al 10%, consideran que si se cumple con la prohibición de la intermediación laboral y tercerización, ya no existen fueron eliminadas por el actual gobierno, mientras que veintisiete encuestados que equivalen al 90%, señalan que no se cumple con la disposición constitucional, porque existe grandes empresas nacionales y extranjeras que evaden los beneficios y utilidades de la empresa que debe por ley al trabajador; así como, existen falta de control por parte de las autoridades administrativas y judiciales acerca de velar por el cumplimiento de los derechos laborales y sociales del trabajador.

**Análisis:**

La mayoría de los encuestados aciertan al señalar que no se cumple a cabalidad la prohibición de terciarizadoras o de la intermediación laboral, lo cual limita derechos del trabajador, porque son explotados por sus

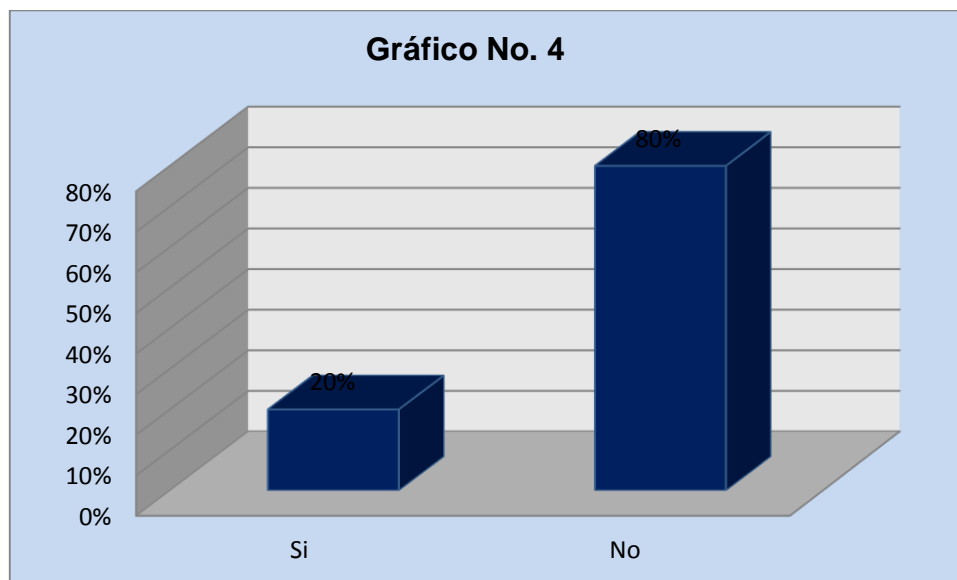
empleadores, que cuando, surge una controversia laboral, tratan de desvirtuar la relación laboral existente.

**Cuarta Pregunta:** ¿Cree usted, que los empleadores cumplen con la normativa vigente del Art. 42 del Código del Trabajo, relacionada con las obligaciones del empleador?

**Cuadro No. 4**

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	06	20%
No	24	80%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.  
**Autor:** Henry Jimmy Granda Ríos.



**Interpretación:**

Los encuestados responden seis de ellos que corresponden al 20%, que las obligaciones del empleador para con su trabajador que prevé el Art. 42 del

Código del Trabajo si son cumplidas, de acuerdo al trabajo, modalidad de contrato y necesidad de la empresa pública o privada. Mientras que veinticuatro personas que equivalen al 80% señalan que no se cumplen con las obligaciones que consagra el Código del Trabajo, en cada caso es diferente y falta alguna de las 35 obligaciones que es incumplida por el empleador, llegando hasta el caso de querer evadir responsabilidades de empleador directamente.

**Análisis:**

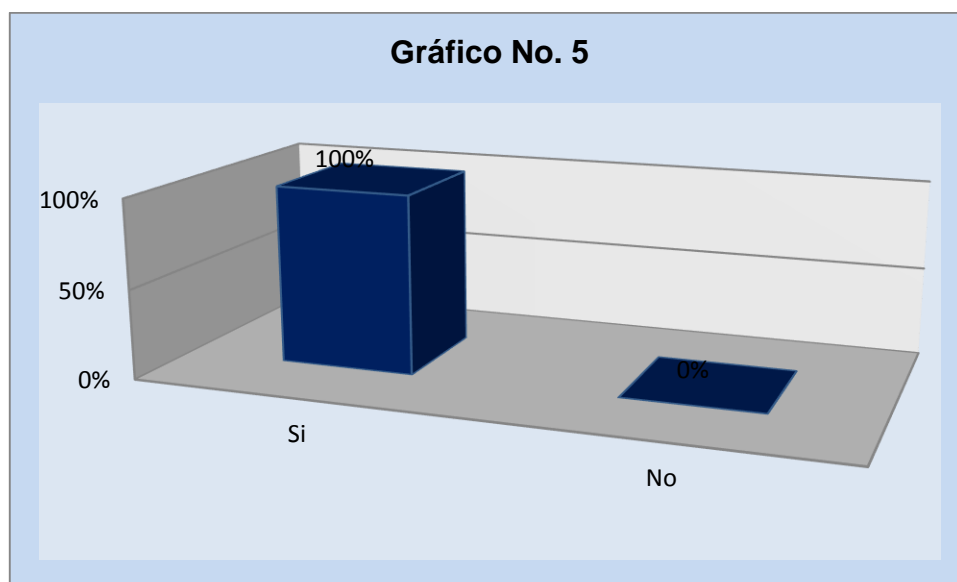
La mayoría de los encuestados afirman que no se cumplen con todas las obligaciones que tipifica el Art. 42 del Código del Trabajo, en cada casos es diferente la controversia laboral, en donde el trabajador debe demostrar en juicio de trabajo que se le adeudan remuneraciones, bonificaciones, días de descanso obligatorio, seguridad social, entre otros beneficios que por ley el empleador debe de cancelar. El trabajador en muchos de los casos es el responsable de no demandar ante las autoridades administrativas y judiciales competentes, por existir el temor de ser despedido.

**Quinta Pregunta:** ¿Estima conveniente que los empleadores obliguen mediante juicio oral laboral al trabajador demostrar que existe la relación bilateral directa, para que puedan cobrar sus remuneraciones?

**Cuadro No. 5**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	00	00%
No	30	100%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.  
**Autor:** Henry Jimmy Granda Ríos.



**Interpretación:**

En esta interrogante los treinta encuestados que significan el 100%, manifiestan que no es conveniente que el trabajador siendo una persona de escasos recursos que trabajo para satisfacer su necesidades básicas, sea obligado a que mediante juicio demuestre que el empleador le debe remuneraciones, y que mediante sentencia le caminen al empleador a cubrir las responsabilidades laborales, porque fue demostrada en el juicio con las

pruebas aportadas y con la aplicación de la sana crítica del Juez determina que existe la relación laboral directa, y por ende manada al empleador que cancele las remuneraciones adeudadas.

**Análisis:**

Estoy de acuerdo con la opinión de los encuestados porque es la realidad en la que estamos inmersos, para que un trabajador logre cobrar su remuneraciones que por le corresponde se ve obligado a seguir un juicio laboral, el mismo que demanda de recursos económicos y disponibilidad de tiempo, por lo tanto, no debería la administración de justicia permitir que los trabajadores defiendan sus derechos con abogados particulares, y que el empleador finja su relación laboral directa con el trabajador para que mediante un juicio el juez determine que si existe la relación laboral directa.

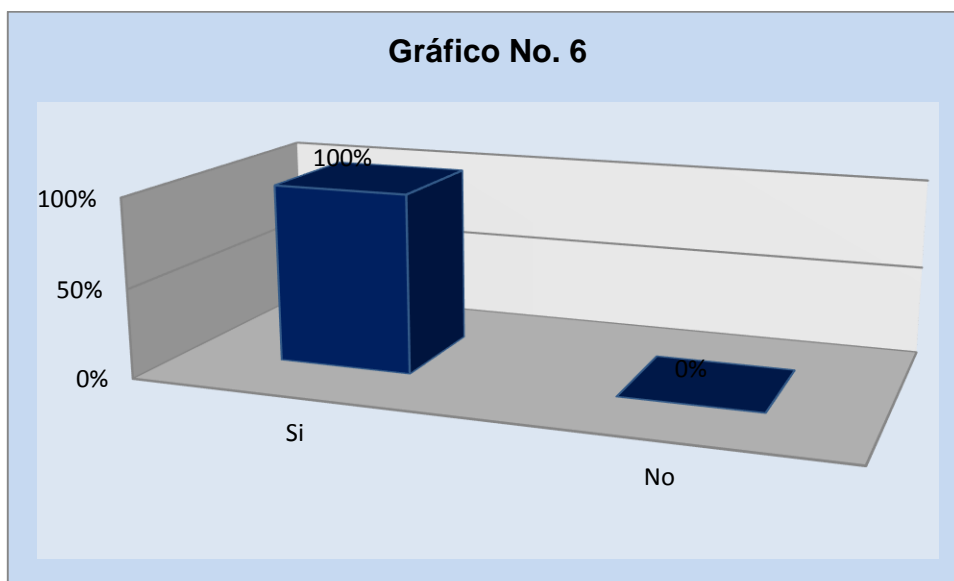
**Sexta Pregunta:** ¿Estima necesario la elaboración de una propuesta de reforma al régimen del trabajo, dirigida a garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador?

**Cuadro No. 6**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	30	100%
No	00	00%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.  
**Autor:** Henry Jimmy Granda Ríos.





**Interpretación:**

En esta interrogante los treinta encuestados que significan el 100%, responden que si consideran la necesidad de reformar el régimen del trabajo, dirigida a garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador por incumplir con sus obligaciones laborales y por tratar de engañar a la administración de justicia que no existe la relación laboral bilateral y directa en la controversia laboral que conoce.

**Análisis:**

Comparto la opinión de los encuestados porque los derechos del trabajador son irrenunciables y garantizados por la Constitución de la República, por lo tanto debe reformarse el Código del Trabajo, en beneficio del trabajador y reprimiendo al empleador que conlleva a un juico de trabajo para demostrar que si existe la relación laboral bilateral y directa entre empleador y trabajador.

## **6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.**

La presente técnica fue aplicada a cinco profesionales del Derecho especializados en la materia del Derecho Laboral de la ciudad de Loja. En la aplicación de la entrevista obtuve los siguientes resultados.

**Primera Pregunta:** ¿Considera usted, que la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador, está siendo inobservada en el régimen de contratación individual del trabajo, porque debe ser demostrada en el juicio por el trabajador y motivada por el Juez?

### **Respuestas:**

Los cinco entrevistados manifiestan que si existe inobservancia de la norma Constitucional en lo relacionado a la contratación laboral, porque a pesar de existir pruebas el trabajador debe aportar con suficiente elementos probatorios para que el Juez debe motivar considerando la existencia de la relación bilateral y directa que el empleador está negando, y que ha obligado al trabajador a contratar los servicios de un profesional para que asuma su defensa, así, mismo ante la administración de justicia donde se ventila la causa laboral, les obliga a atender y despachar el proceso para ser luego escuchados en audiencia, esto limita los derechos del trabajador y distrae a la administración de justicia.

### **Comentario:**

Comparto con la opinión de los entrevistados porque en la realidad el empleador actúa de mala fe, porque a pesar de conocer que debe responder

por los derechos laborales y sociales del trabajador, perjudica sus intereses porque mediante un juicio oral laboral debe demostrarse que existen los elementos del contrato individual de trabajo como son la relación de dependencia, la subordinación, el trabajo lícito y personal, la remuneración pacta por la ley, o el contrato escrito o verbal; todo esto es el juez quien determina la relación bilateral y directa entre el trabajador y empleador.

**Segunda Pregunta:** ¿Cree usted que el trabajador se siente obligado por parte del empleador en demostrar mediante juicio la relación laboral bilateral y directa del trabajador en lo concerniente a la contratación individual?

**Respuestas:**

Los entrevistados manifiestan que así es, todo trabajador al observar la oposición del empleador en pagarles sus remuneración adeudada y demás bonificaciones, se ve obligado en contratar los servicios profesionales de un abogado para que asuma su defensa, aparte de pagar los honorarios profesionales de su abogado, debe invertir tiempo y demás dinero para conseguir en derecho que se haga justicia y le den la razón mediante sentencia el juez disponga el pago de las remuneraciones, esto no debería ser así, más bien el Estado debe colaborar con los defensores público para todo trabajador que por recibir una remuneración presta sus servicios lícitos y personas a otra personas llamada empleador, quien siempre tiende a negar la relación laboral que el Juez descubre mediante la aplicación de la sana crítica.

**Comentario:**

Estoy de acuerdo con las cinco respuestas de los entrevistados porque toda persona trabajadora, si busca trabajo y lo presta es porque necesita para cubrir sus necesidades, sin embargo existe el abuso y la mala fe del empleador que niega los derechos de su trabajador obligándolo a seguir una acción judicial que demanda de mucho dinero y de tiempo, porque debe reunir las pruebas y presentarlas en el juicio oral laboral ante el Juez para que sea quien con su profesional conocimiento aplique el derecho y dicte una sentencia en razón a las pruebas aportadas. Si la justicia es gratuita esta debe ser también en su defensa profesional con abogados del Estado.

**Tercera Pregunta:** ¿Considera usted, que el Juez a través del principio de primacía de la realidad comprueba la relación laboral bilateral directa entre el trabajador y empleador?

**Respuestas:**

Los cinco entrevistados afirmaron que así es, el Juez a través del principio de primacía de la realidad considera que es necesario aplicarlo cuando se produce una discrepancia entre los hechos y aquello que ha sido declarado en los documentos, en todo tipo de formalidades. En tal caso, se ha de preferir lo que sucedió en la realidad siempre; es decir, en materia laboral, demostrar que se cumplen los elementos del contrato de trabajo, la relación bilateral y directa. Éste principio sirve para la interpretación de las relaciones entre empleadores y trabajadores, se debe tomar en cuenta lo que

verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han contratado formalmente.

**Comentario:**

Comparto con la opinión de los entrevistados porque en la práctica los jueces para dictar sentencia deben considerar que existe la urgencia de interpretar los hechos con el principio de primacía de la realidad, y no importa la autonomía de la voluntad, sino la demostración de la realidad que reina sobre la relación entre trabajador y empleador. Así, ambos pueden contratar una cosa, pero si la realidad es otra, es esta última la que tiene efecto jurídico y el juez a través de su sana crítica dicta sentencia confirmando la existencia de la relación laboral bilateral y directa, en el caso que se investiga.

**Cuarta Pregunta:** ¿Considera necesario mediante reforma al Código del Trabajo garantizar en el régimen de contratación individual del trabajo, la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador?

**Respuestas:**

Los cinco entrevistados manifiestan que si apoyan que se reforme el régimen laboral ecuatoriano, con la finalidad, que en todo juicio laboral donde los empleadores sean condenados y se demuestre su relación bilateral y directa, debe ser reprimido el empleador y obligado a más de cancelar las remuneraciones adeudadas y más beneficios de ley, deberá

sufragar la indemnización de daños y perjuicios por obligarle al trabajador demostrar mediante juicio sus derechos laborales y sociales que fueron vulnerados por el empleador demandado.

**Comentario:**

Estoy totalmente de acuerdo con las opiniones de los entrevistados, porque ya es hora que garanticen los derechos del trabajador y se reprima al empleador que forzar al trabajador seguirle un juicio de trabajo y pasar más de un año para cobrar sus remuneraciones adeudadas. Desviando la atención del Juez en la apreciación de la prueba sobre la existencia de la relación bilateral y directa a través del principio de primacía de la realidad.

**6.3. ESTUDIO DE CASOS.**

**Caso No. 1**

**1.- Datos Referenciales.**

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Laboral.

**Actora:** J.D.T.A

**Demandado:** P.A.M.S Director Ejecutivo y Representante Legal de APROFE

**2.- Antecedentes:** T.A.J.D, comparece ante el Juez de la Unidad Especializada del Trabajo del Cantón Loja, para demandar en trámite oral, al Centro Médico APROFE-LOJA, cuyo representante legal a nivel nacional es el doctor P.A.M.S; y, en la ciudad de Loja, se encuentra a cargo la licenciada M.C., en su calidad de Administradora, el pago de los rubros laborales que

en ocho literales los detalla en su libelo inicial, en las que se incluyen las costas procesales; pues, en lo principal de su pretensión, manifiesta : Que, mediante contrato escrito, desde el primero de enero del año 2008 y en forma ininterrumpida hasta el día 5 de junio del 2013, ha laborado en el Centro Médico APROFE-LOJA, desempeñando los cargos de Cajera y Secretaria de Laboratorio, percibiendo una sola remuneración y su último salario mensual ha sido el de USD 349,00; con el horario de trabajo de 07h00 a 15h30 de lunes a viernes en una sola jornada y los días sábados de 08h00 a 13h00 en laboratorio; y, en caja en el horario de 08h00 a 13h15 y de 15h30 a 18h30 en doble jornada y los días sábados de 09h00 a 13h00 en turnos rotativos. Que, al haber laborado por más de dos años seguidos su contrato se volvió de tiempo indefinido o permanente, lo cual deberá ser tomado en cuenta para efectos de liquidación. Que, mediante Memorándum de fecha 5 de junio del 2013y que se encuentra suscrito por la señora licenciada M.C.P, en su calidad de Administradora del Centro Médico Aprove-Loja, se le hace conocer que “ ...hasta el día 05 de junio /13, laborará en nuestro Centro Médico, la Srta. T.A.J.D, cajera. Por tal motivo solicito se le realice la Liquidación correspondiente hasta la fecha indicada como despido intempestivo...”, y por ende, sin que medie justificación alguna y en forma ilegal y arbitraria ha sido despedida intempestivamente de su trabajo que por más de cinco años, cinco meses y cinco días lo ha realizado con eficiencia, honestidad y responsabilidad. Que, en virtud del despido intempestivo ha presentado una reclamación ante el Inspector Provincial del Trabajo de Loja, a fin de que se proceda a pagarle su liquidación a la que

tiene derecho con todos los beneficios sociales, incluyendo desahucio, despido intempestivo, el pago de las horas suplementarias y extraordinarias que no le fueron canceladas durante toda la relación laboral, decimos tercero y cuarto, vacaciones, utilidades durante todos los años de servicio ya que el Centro Médico Aprove-Loja cobra por las consultas y por la venta de medicamentos en la farmacia, en tal virtud el mismo percibe utilidades, las cuales nunca se le cancelaron y más beneficios sociales a que tiene derecho. Que, en vista de la reclamación su ex empleador procedió a realizar el Acta de Finiquito con la liquidación respectiva, la misma que fue elaborada el día 14 de junio del 2013, por la cantidad de *tres mil setecientos tres dólares con catorce centavos* (USA \$ 3.703,14), en la cual se le cancelaba todos los valores correspondientes al pago de horas suplementarias y extraordinarias durante toda su relación laboral, el pago de desahucio respectivo por los cinco años cinco meses y cinco días que duró la relación laboral tan solo por 5 años, que no se le ha cancelado el sueldo real que le correspondía al realizar doble actividad y que no estaba estipulada en el contrato y una serie de beneficios sociales a que tiene derecho que nunca fueron tomados en cuenta, en tal virtud, ha solicitado al señor Inspector del Trabajo de Loja, que se conmine a su ex empleador para que proceda a realizar una reliquidación tomando en cuenta todos los valores adeudados y que no fueron tomados en cuenta en dicha acta de finiquito. Que, con fecha 16 de julio del 2013, a las 11h30, ha sido convocada por la Inspectoría Provincial del Trabajo de Loja, a suscribir la Acta de Finiquito, a la cual, su ex empleador Centro Médico Aprove-Loja no



procedió a realizar o tomar en cuenta los valores reclamados de su parte y que no constan en el Acta, pero por necesidad económica y al encontrarse desempleada, ha procedido a suscribir el Acta de Finiquito, la cual es atentatoria a sus derechos, que son irrenunciables. Fijo la cuantía de su acción en USD 10.000,00 e impugno el Acta de Finiquito. Aceptada a trámite de rigor, por parte del Juez Temporal de la Unidad Judicial Especializada Primera del Trabajo de Loja ha dispuesto la citación a los demandados y señalado fecha para la realización de audiencia preliminar. Luego de citada la demandada Mireya Calderón Pinza, se ha llevado a efecto la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, conforme lo determina el Art. 576 del Código del Trabajo, acta de (fs. 21-23), diligencia a la que comparecen la actora acompañada de su Abogado defensor, la accionada M.C.P acompañada del doctor C.B.J, quien también comparece en calidad de Procurador Judicial del demandado P.A.M.S, Director Ejecutivo y representante legal de APROFE. Al no haber acuerdo que de por terminada la litis, los demandados contestan la acción en los términos de su escrito de fs. 24-25; para luego, los contendientes anunciar sus probanzas en defensa de sus intereses, mismas que fueron proveídas como correspondía. Trabada de esta manera la litis, más adelante se llevó a cabo la audiencia definitiva (fs. 45-48), diligencia en la que se receiptó el juramento deferido de la accionante, así como también su confesión judicial; la confesión judicial de la demandada M.A.C.P, se ha declarado confeso al demandado P.A.M.S; y, finalmente los procuradores judiciales de los comparecientes han expuesto sus alegatos en derecho.

Agotada la sustanciación, el Juez a quo, con fecha 8 de octubre del 2013, a las 08h00, ha pronunciado sentencia, por la que, declara sin lugar la demanda por falta de prueba. Del fallo, interpone recurso de apelación la demandante, al que se adhiere la parte demandada. Concedido que le ha sido el recurso, el proceso ha subido a esta Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y adolescencia, en razón de la materia. Por ser del caso resolver, para hacerlo, se considera: La causa se ha tramitado conforme a ley, sin que se advierta omisión de solemnidad sustancial, que afecte la decisión judicial, por lo que se confirma la validez de lo actuado. El Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina: “Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la Ley”. Es obligación de las partes probar los hechos que han propuesto afirmativamente o que alegan, excepto los que se presumen conforme a la ley, atento a lo dispuesto en los Arts. 113 y 114 del Código Procesal Civil. En esta clase de juicios, es prioritario establecer si entre los litigantes, ha existido la relación laboral, factor del que derivan los derechos, obligaciones y prohibiciones que el Código del Trabajo, impone a trabajadores y empleadores. En la especie, la relación de trabajo que ha existido entre los justiciables no es motivo de discusión, pues esta, ha sido reconocida por los demandados en la audiencia preliminar, como así se puede evidenciar del escrito de fs. 24-25; y especialmente con el Ata de Finiquito de fs. 2 de los autos. Conforme lo dispone el Art. 273 del Código

Adjetivo Civil: “La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre los que se trabo la litis y los incidentes, que originados durante el proceso, hubieren podido reservarse sin causar gravamen a las partes, para resolverlas en ella”. En la especie los demandados, alegan como excepción la prescripción de la acción, siendo indispensable, previo a continuar con el análisis, que el juzgador la atienda, y para ello, se hace necesario manifestar que el Art. 635 del Código del Trabajo, prescriba: “Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años contados desde la terminación de la relación laboral...”, en el presente caso, la desvinculación de la trabajadora Tania Alexandra Jaramillo Diez, se produce el día 5 de junio del 2013, y la presentación de la demanda se la realiza el 1 de agosto del mismo año, por tanto la alegación de prescripción de la acción, es improcedente. Como así lo determina el Principio de Tutela Judicial efectiva de los derechos, estipulado en el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tienen el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, o establecidos en las leyes (...). Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. Corresponde al Tribunal analizar las inconformidades de la recurrente, al respecto, el Tribunal analiza: El Art. 577 del Código del Trabajo, establece que, en la audiencia preliminar de

conciliación, las partes solicitaran la práctica de pruebas como la inspección judicial, exhibición de documentos, peritajes y cualquier prueba que las partes estimen pertinentes, en cuyo caso el juez señalara en la misma audiencia el día y hora para la práctica de esas diligencias, que deberán realizarse dentro del término improrrogable de veinte días. La accionante, entre las pruebas debidamente anunciadas, ha solicitado de sus ex empleadores, la confesión judicial, habiendo comparecido únicamente la demandada M.A.C.P, no así el señor P.M, quien no comparece a rendirla; así como también, ha requerido la presentación de los roles de pago mensual durante toda la relación laboral; es decir, desde enero de 2008 hasta el 5 de junio del 2013; tarjetas originales de control de entrada y salidas diarias, durante el mismo periodo, el pago de los décimos tercero y cuarto sueldo, durante toda la relación laboral, los formularios de pago de utilidades, del mismo periodo, prueba que ha sido debidamente atendida por el juez de instancia, quien ha dispuesto que la parte accionada presente lo solicitado en el término de diez días ,no habiendo dado cumplimiento los accionados con lo dispuesto por el Juez A quo. El Art. 581 Ibídem, establece que: “En caso de declaratoria de confeso de uno de los contendientes deberá entenderse que las respuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas (...) Idéntica presunción se aplicará para el caso de que uno de los litigantes se negare a cumplir con una diligencia señalada por el juez, obstaculizare el acceso a documentos o no cumpliera con un mandato impuesto por el juez, en cuyo caso se dará por cierto lo que afirma quien solicita la diligencia”. En el caso del cuestionario de preguntas que debía

absolver el doctor P.M.S, la preguntas 8, 9 y 10 se refieren al horario de trabajo y el no pago de las horas suplementarias y extraordinarias, mismas que al darles el valor a afirmativo, corresponde su reconocimiento a la reclamante. Como así se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, la no comparecencia a rendir la confesión judicial, convierte a ésta en una confesión ficta y de prueba plena, fallos de triple reiteración, entre otros los juicios N° 41-99; 325-98 y 349-98 publicados en las Gacetas Judiciales XXIII-A; XXIII-B; y, XXIII-C, respectivamente. 6.2. La actora en su libelo inicial ha manifestado que cumplía labores los días sábados de 08h00 a 13h00, en turnos rotativos. En consecuencia, al haber sido declarado confeso el demandado P.M.S y al no haber la parte accionada dado cumplimiento a lo dispuesto por el señor Juez de Instancia, corresponde que a la actora se le reconozca el pago de las horas extraordinarias laboradas para su ex empleadora por todo el tiempo de la relación laboral, los días sábados en forma alternada, en el horario de 08h00 a 13h00, dando un total de 745 horas extraordinarias; Del juramento deferido rendido por la actora, ésta manifiesta que su remuneración a la fecha del despido ha sido la de US\$ 349,00 mensuales.

### **3.- Resolución:**

Comprobada la existencia de la relación laboral, por el principio de inversión de la carga de la prueba, correspondía a la parte demandada justificar el haberle cubierto al accionante todos los emolumentos en los términos del Art. 42 del Código del Trabajo, mas como procesalmente no lo ha podido

demostrar, es procedente el pago de las horas extraordinarias laboradas los días sábados en horario rotativo, durante toda la relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del Art. 55 del Código del Trabajo; esto es la suma de USD 2.160,50. Con respecto a los demás rubros que reclama la actora, esto es, la diferencia del desahucio, utilidades y décima tercera y decima cuarta remuneración, tales pretensiones carecen de sustento legal, la primera porque la disposición del Art. 185 del Código del Trabajo no establece nada respecto a la fracción de año, únicamente lo hace el Art. 188, ibídem, para el caso de despido intempestivo, utilidades por ser una institución de servicio social y remuneraciones adicionales, por haber reconocidos la actora en su confesión judicial, que le han sido satisfechas. Por todo lo analizado, y sin que sean necesarias otras consideraciones, la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de Loja, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se revoca el fallo subido en grado y en su lugar **se dispone que la Entidad demandada, APROFE-LOJA, por intermedio de sus representantes legales, paguen a la actora T.A.J.D, el valor de US\$ 2.160,50, por concepto de horas extraordinarias**, que no han sido justificadas por la parte demandada, conforme así se lo analiza. Se fija en la suma de US\$ 216,05 los honorarios del Abogado defensor de la parte actora. Total mandado a pagar USD 2.376,55. De esta forma se atiende en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

#### **4.- Comentario:**

Como se observa en este caso se obligó a la trabajadora a firmar una acta de finiquito en la que constaba que se le había realizado la respectiva liquidación y reconocido todos los beneficios de ley, sin embargo, esta acta no demuestra la verdadera realidad, (principio de primacía de la realidad), pues estos rubros nunca le fueron cancelados a la actora. Por lo que en este caso hubo un fraude laboral, en donde el empleador trató de liberarse de las obligaciones que le corresponden con la celebración del acta de finiquito.

#### **Caso No. 2.**

##### **1. Datos Referenciales:**

Juez Ponente: Dr. Robert Guevara Elizalde Presidente de la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

JUICIO No. 982-2010-B

Guayaquil, 4 de Marzo del 2011; las 11:30:00.

##### **2. Antecedentes:**

El Juez Décimo Segundo de lo Civil fue el competente por sorteo de ley, para conocer la Acción de protección Constitucional, según lo establecido en los Arts. 86 No. 2 y 88 de la Constitución, en vigencia publicada en el Registro Oficial No. 449 de lunes 20 de Octubre del 2008; en concordancia con los Arts. 7 y 31 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicado en el Registro Oficial No. 52 de jueves 22 de Octubre del 2009; y, cuya competencia en alzada recayó, en virtud del

sorteo de ley, en la Tercera Sala de lo Penal y de Tránsito de la Provincia del Guayas.

**La Cuestión de los Terceristas:** Habiendo: 1.- **Cervecería Nacional CN S.A.** impugnado la sentencia de instancia por no haberse contado con ella como tercero interesado, esta Sala cree necesario detenerse en este asunto como paso previo a otras consideraciones. En efecto, Cervecería alega que el juez *a quo* violó su derecho a la defensa al no haber ordenado que sea citada en legal y debida forma. Al respecto hay que hacer las siguientes puntualizaciones: A) La demanda presentada por Eduardo Arturo Cervantes Ronquillo tiene por objeto que se declare la nulidad, por violatorio de sus derechos constitucionales, de un acto administrativo que dictó el Ministro de Relaciones Laborales, en otras palabras, la pretensión constitucional del actor es que se deje sin efecto el contenido de ese acto de poder público. Ello significa que es solamente con el órgano emisor del acto impugnado con quien debió principalmente trabarse la relación jurídica procesal. En efecto, si la autoridad demandada fue el Ministro de Relaciones Laborales, era con esta autoridad con la que la relación jurídico-procesal debió establecerse, como en efecto así sucedió. B) Ahora bien, ¿es requisito indispensable que el juez *a quo* cuente en el proceso con la participación del tercero interesado? La Sala no encuentra sustento, en este caso, para afirmar que tal requisito es obligatorio o indispensable, como tampoco lo hace Cervecería en su escrito de apelación en el que se limita hacer afirmaciones genéricas al respecto. *Debe recordarse que el tercero es aquella persona*



*que sin ser demandante ni él directamente demandado, acude voluntariamente, en forma provocada o necesaria, a defender una pretensión o la oposición a una pretensión con carácter ya autónomo, ya subordinado a la actuación de una de las partes originarias, por hallarse vinculada a ésta mediante una relación de conexidad o afinidad.* Como enseña la doctrina procesal, la intervención de los terceros puede ser voluntaria, provocada o necesaria. La intervención es voluntaria cuando se produce por la voluntad del propio tercero. Provocada, cuando se debe a la voluntad de una de las partes originarias. Y es necesaria cuando la requiere un mandato de la ley procesal. C) Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en el proceso constitucional ecuatoriano la intervención del tercero es excepcional y facultativa. El artículo 12 de la LGJ y CC establece que *“podrán intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional”*. (El subrayado es nuestro) Como la LOGJ y CC destaca, la intervención de terceros en el proceso constitucional no es obligatoria sino meramente facultativa. Los terceros interesados podrán comparecer, dice la norma. La Ley no contiene un mandato y no exige que se los cite. ¿Por qué la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no exige que se cite al tercero interesado? La respuesta se encuentra en la naturaleza misma del proceso de protección constitucional. El proceso constitucional de protección debe ser sencillo, rápido y eficaz a efectos de que se resuelva dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas la

pretensión de la víctima. Como pauta general, la intervención de terceros en la acción de protección debe efectivizarse restrictivamente, a fin de no entorpecer la marcha de este rápido y comprimido proceso. D) Si la Ley de Garantías Jurisdiccionales no contiene un mandato que exija que se cuente con el tercero es porque no es indispensable contar con él para determinar si un acto de la autoridad pública impugnado, vulnera o no derechos constitucionales. En efecto, no puede, ni debe, existir un tercero interesado en que se mantenga un acto de la autoridad pública que viola los derechos constitucionales. Debe recordarse por otro lado que, como lo establece la propia Constitución, *la acción de protección no es un pleito entre partes sino un proceso contra un acto*, proceso que tiene por misión velar por la integridad normativa de la Ley Suprema. *Como hemos dicho, la intervención de los terceros en el proceso constitucional ecuatoriano es voluntaria, el juez no tiene la obligación de notificar, peor citar, al tercero interesado en que se mantenga el acto que se impugna por violatorio de los derechos.* Por otra parte, independiente de haber sido o no citados con esta demanda, en la que no conforman la legitimación pasiva, Cervecería Nacional CN CA ha intervenido ante las autoridades del Trabajo, durante todo el trámite administrativo de la reclamación materia también de esta acción constitucional. Por lo que se entienden que conocían de ésta acción; y, por ello, han intervenido como terceros en este procedimiento constitucional. Por lo que es improcedente su impugnación a la sentencia dictada por el juez a quo E) A la luz de las anteriores consideraciones debemos analizar si el juez *a quo* vulneró el derecho de defensa de Cervecería Nacional CN S.A.

Revisado el expediente la Sala concluye que no existió dicha vulneración. Debe anotarse que en su escrito de comparecencia, Cervecería Nacional CN S.A. cita precisamente el artículo de la LGJ y CC que establece que el juez no tiene la obligación de citar al tercero interesado. No solamente que lo invoca, sino que le solicita al juez que lo aplique y *que se la considere como parte coadyuvante del accionado* por tener interés directo en el mantenimiento del acto que motivó la presente acción constitucional. Ahora bien, a partir de entonces, Cervecería presentó escritos, contestó traslados, formuló peticiones de aclaración y ampliación y apeló de la sentencia. Es decir, Cervecería no ha quedado en indefensión en ningún momento. *Por un lado, porque desde que lo solicitó ha participado activamente como tercero coadyuvante del Estado y, por otro, porque el acto impugnado por el Señor Cervantes ha sido defendido ardorosamente por el Ministerio de Relaciones Laborales y la Procuraduría General del Estado al punto que, si se considera que no hay interés estatal comprometido en defensa del acto impugnado, han actuado en coincidencia con los intereses de la propia compañía cervecera.* Como respaldo adicional para esta Sala, la doctrina, en materia procesal constitucional enseña que “la intervención de terceros en el proceso de amparo debe efectivizarse restrictivamente, a fin de no entorpecer la marcha de este rápido y comprimido proceso. Desde luego, la sentencia pronunciada en el amparo limita sus efectos a quienes forman parte del proceso y no podría extinguir, por ejemplo, contratos celebrados con terceros no traídos al juicio”. Por último, la Cervecería Nacional CN. S.A., a pesar de haber sido notificada en legal y debida forma para que comparezca

a la Audiencia prevista para el día lunes 28 de febrero del 2011, a las 15H00, sin embargo, de haber esta Tercera Sala de lo Penal y Tránsito dado las garantías de seguridad para todas las partes e interesados intervinientes en esta especie, como fue constatado por los medios de comunicación colectiva, haciendo un desaire a la solemnidad de la audiencia convocada, simplemente no les interesó comparecer; de modo que no puede imputarse de modo alguno a ésta Tercera Sala que no se les ha brindado ampliamente la oportunidad de que Cervecería Nacional CN S.A., exponga los fundamentos de sus derechos, cuya oportunidad de hacerlo fue despreciada por la misma entidad que reclama se la tenga en cuenta en este proceso constitucional.

El actor ha comparecido a la instancia en búsqueda de protección de sus derechos constitucionales quebrantados, según su decir, por la resolución del Ministro Espinosa quien al renunciar el ejercicio de su potestad de control sobre Cervecerías desencadenó una serie de violaciones a la Norma Fundamental e infligió un daño injustificado a los trabajadores y ex trabajadores de Cervecerías. En efecto, el primer derecho que sufrió un menoscabo fue el derecho de los reclamantes a recuperar, luego de un largo procedimiento, el 15% de las utilidades de Cervecerías que no fue repartida entre los años 1990 y 2005. Este derecho que tienen los trabajadores es un derecho de rango constitucional el mismo que goza inclusive de una especial protección en vista de la posición de debilidad que tienen los trabajadores frente a los empleadores. El menoscabo de este derecho es evidente, pues,

la vía administrativa por la que optaron los ex trabajadores y trabajadores de Cervecerías para reclamar su derecho ofrece indudables ventajas en término de tiempo y eficiencia que la opción preferida por el Ministro de hacer que más de mil ex trabajadores y trabajadores inicien sendos juicios individuales de trabajo. Esto sin perjuicio del hecho que una vez que los interesados optaron por ejercer sus derechos en sede administrativa las autoridades del Ministerio de Relaciones Laborales estaban obligadas a ejercer su potestad de control sin que quepa, como sucedió en este caso, que se evada conscientemente al ejercicio de su competencia, tal como a los jueces tampoco les está permitido que lo hagan con la suya. El artículo 84 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva lo dice de una manera indiscutible: la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia.

Debe tenerse en cuenta, además, que sobre la parte que les corresponde de las utilidades líquidas de la empresa, los trabajadores tienen un derecho de propiedad, tal como lo tienen los accionistas o socios de una empresa con respecto a la parte de las utilidades que a ellos les corresponde. No ha hecho la Constitución ninguna diferenciación al respecto. Tan derecho de propiedad es el que tienen los unos como los otros. El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. Sobre la palabra bienes la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en el caso Baruch/Ivcher Bronstein vs. Perú dijo: “*Los bienes pueden ser definidos como aquellas*

*cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.*” Ahora bien, la Constitución ha otorgado al derecho de propiedad de un rango constitucional y al hacerlo ha rodeado al mismo de las garantías para su pleno reconocimiento y ejercicio que le son propias a todo derecho constitucional. Es por ello, que la violación del principio constitucional de igualdad al que tenían y tienen derecho los ex trabajadores y trabajadores de Cervecerías y que ha sido analizada con bastante claridad por el Juez de instancia tiene un carácter instrumental, pues, dicha violación, de por sí bastante grave, ha sido el vehículo para el menoscabo y quebranto de otros derechos, interdependientes y conexos, de los reclamantes, nos referimos al derecho de propiedad, y el derecho a recibir su parte en las utilidades de Cervecerías, que es un derecho laboral y social. No es esta una situación única. Raras son las veces que la violación de un derecho constitucional ocurre sin el menoscabo o vulneración de otros derechos de igual rango jurídico. La propia Constitución de la República del Ecuador señala esta realidad: *“todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”* (Art. 11 No. 6. CPR) Por ello es que una reparación integral, como la que exige la Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Social cuando se ejerce la acción de protección constitucional no puede obtenerse sin tomar en consideración el conjunto de los derechos y principios constitucionales por la acción u omisión de los poderes públicos.

Para la Sala no puede darse dicha reparación integral, a la que está obligada a conceder, sin restablecer todos los derechos afectados de tal manera que la tutela judicial de los derechos sea efectiva como lo manda el artículo 75 de la Constitución. Es evidente que por quince años los accionistas de Cervecerías se apropiaron indebidamente de dineros que era de propiedad de sus trabajadores, dinero con el que los accionistas pudieron obtener ventajas financieras como es el de los intereses, mientras que tales intereses, no se diga el capital, no acrecentó el patrimonio de los extrabajadores y trabajadores de Cervecería, causándoles un daño que debe ser reparado. Tan cierto es que el propio abogado de Cervecería, Doctor Santiago Velásquez Coello, en escrito que presentó ante el Juez de instancia pidiéndole que se abstenga de ejecutar la sentencia que había proferido señaló que en el supuesto no consentido por él de que Cervecerías les deba pagar a los reclamantes la parte de las utilidades no distribuidas, la demora en el pago de esa suma es reparable a través del pago de los respectivos intereses. Dice textualmente el abogado de Cervecería en su escrito de 10 de noviembre de 2010 (fs. 178 a 179 ): *“en el evento no admitido de que dicho pago fuere procedente, la espera o demora en recibir el mismo es fácilmente indemnizable, de ser el caso, con el pago de los correspondientes intereses”*. En otras palabras, la Cervecería Nacional CN S.A. admite que la demora en pagarle a los reclamantes sus dineros conlleva el pago de intereses, cosa que, por lo demás, es de universal justicia y es compatible con el orden público ecuatoriano. Tan grave es el incumplimiento de obligaciones laborales como es el caso de pagar puntual

e íntegramente las utilidades a los trabajadores que el artículo 41 de la ley laboral ecuatoriana hace solidariamente responsable del cumplimiento de esa obligación a los representantes y accionistas de la empresa deudora. Dice la norma de la ley laboral ecuatoriana: “Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador. Igual solidaridad, acumulativa y electiva, se imputará a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores habituales, dentro de las instalaciones, bodegas anexas y otros servicios del empleador.

### **3. Resolución:**

**La Reparación Integral:** Ahora bien, siendo obligación de esta Sala ordenar una verdadera reparación integral de los derechos vulnerados que garantice en la realidad la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución de la República es necesario comenzar por preguntarse si la reparación integral concedida por el juez *a quo* frente a la Administración es o no efectiva. Recordemos que la sentencia del Juez Duodécimo de lo Civil y Mercantil de Guayaquil ordena que el Ministro de Relaciones Laborales, o quien lo subrogue en el cargo, restituya el derecho de los afectados dictando, dentro del mismo procedimiento, la resolución que ordene y ejecute el pago de las utilidades reclamadas, tal como lo hizo el mismo Ministerio en el Caso Holcim. En los hechos y circunstancias del caso concreto *¿ha sido la orden del juez a quo verdaderamente efectiva?* El artículo 162 de la LOGJ y CC señala de las sentencias constitucionales son de inmediato cumplimiento, al



punto que el artículo 24 de la misma LGJ y CC dice que ni siquiera el recurso de apelación suspende la ejecución de la sentencia. Han pasado más de dos meses desde que se dictó la sentencia sin que todavía se la cumpla. El Ministerio de Relaciones Laborales en una actitud displicente y por demás reprochable no dice nada al respecto. No ha contestado ninguno de los oficios que el juez *a quo* envió para que cumpla la ejecución inmediata de su sentencia. No obstante que la ley dispone que una orden como la emitida por el juez de instancia deba ser ejecutada de inmediato, el Ministro optó por presentar un recurso de aclaración y ampliación esgrimiendo argumentos tan banales y fútiles como aquél que por el cambio de nombre del Ministerio de Trabajo y Empleo al de Relaciones Laborales, el Ministro tenía la facultad de cambiar de aplicar la ley de una forma diferente y darle una protección distinta a un grupo de personas con relación a otras. A ello se añade que cuando el Juez de instancia aclaró y amplió su sentencia con fecha 22 de noviembre del 2010 (fs. 180 y ss.) y dispuso que el Ministro dicte la resolución dentro del término de cinco días, éste no solo que no apeló de esa decisión -apelación que aun cuando hubiese sido interpuesta no afectaba la orden emitida por el Juez de instancia – sino que tampoco cumplió con esta segunda orden constitucional. Tal es la situación creada por la conducta del Ministro que los ex trabajadores y trabajadores de Cervecerías llevan ya más de 60 días desde que el Juez de instancia reconoció que sus derechos constitucionales habían sido vulnerados por la resolución del 7 de julio de 2010 (fs. 42 a 49) sin que haya habido una reparación integral a dicha vulneración; vulneración que realmente viene

arrastrándose desde 1990 año en que Cervecerías impuso, en fraude a la ley, su oprobioso, fraudulento e ilegítimo régimen laboral que permitió a sus accionistas apropiarse de dineros ajenos. *Este cuadro de simulaciones e ilegalidades llegó a su extremo cuando Cervecerías presentó y obtuvo, contra ley expresa, de un Juez Primero Adjunto de Tránsito de Pichincha la expedición de medidas cautelares (fs. 183 a 185 y vta.) para enervar la orden del Juez de instancia, único juez que había prevenido por medio del sorteo en el conocimiento de esta principal acción de protección constitucional, en manifiesta violación de la ley que prohíbe este tipo de procedimientos.* El artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional categóricamente dispone que *no proceden medidas cautelares para eludir o evitar el cumplimiento de una orden judicial.* La conducta de ambos, la de Cervecería Nacional CN S.A. y la del Ministro de Relaciones Laborales en claro detrimento de los derechos de los trabajadores lleva a esta Sala a la conclusión de que una resolución simplemente confirmatoria de la decisión del juez de instancia volverá a ser ignorada a través del claro abuso de recursos procesales o mediante la burda manipulación de recursos legítimamente establecidos, dejando nuevamente a los trabajadores en indefensión. Esta Sala no encuentra otra fórmula para reparar de manera expedita y efectiva – como debe ser la tutela judicial de los derechos de quienes acuden a los órganos de la Función Judicial – los derechos vulnerados de los trabajadores *que la de ordenar directamente a Cervecería Nacional CN S.A. el cumplimiento de la orden que debió dictar el Ministro de Relaciones Laborales en ejecución de la*

*orden judicial dictada por el juez a quo. En este punto es ineludible preguntarse si puede esta Sala de la Corte Provincial de Justicia de Guayas sustituirse en el Ministro que no cumplió con la orden constitucional del juez de instancia que le ordenó disponer el depósito de las utilidades no distribuidas por Cervecería desde el año 1990. El artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador consagra el derecho a la tutela judicial y dispone que por imperativo constitucional ésta debe, y tiene que ser, realmente efectiva. La tutela judicial que garantiza la Constitución no será nunca verdaderamente efectiva si no se asegura en la realidad de los hechos la íntegra ejecución de la sentencia constitucional. El artículo 21 de LGJ y CC ordena a los jueces emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia. Como dice el profesor Eduardo García de Enterría<sup>71</sup>: “Que sólo puede hablarse de jurisdicción verdadera si el vencedor de un proceso puede imponer al vencido la ejecución forzosa de la sentencia es una obviedad. Otra obviedad es que el proceso no puede limitarse a decisiones puramente declarativas y retóricas, sino que ha de incluir procesos de condena bien en vía principal o subsidiaria, esto último, al menos, para poder imponer la ejecución de un fallo y que dicha ejecución no quede sólo remitida a la buena voluntad de los funcionarios administrativos o entendida como un mero deber moral, como una obligación natural (no civil), en sentido técnico, esto es, completamente incoercible... el juez de lo contencioso administrativo – y con mucha más*

---

<sup>71</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo, BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. En el libro: “EL PODER DE SUSTITUCIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS DE LA ADMINISTRACIÓN”. Primera Edición, 1995. Editorial Civitas, Madrid. páginas 17 y ss..

razón el juez constitucional- *dispone, en efecto, de ese poder de sustitución de la Administración renuente al cumplimiento de una Sentencia que le afecta. Más aún: ese poder de sustitución es la esencia misma de la jurisdicción, la cual actúa justamente cuando alguien se niega a cumplir de grado lo que la norma le obligaba previamente a hacer. No hay jurisdicción sin poder de sustitución, rotundamente...*Continúa el maestro español Eduardo García de Enterría: *Ninguna razón jurídica seria puede ser opuesta a la sustitución por el juez de la condena de hacer impuesta a la Administración por una sentencia si la propia Administración no la ejecuta por sí misma. Ni el principio de la división de poderes, ni los argumentos técnicos de la discrecionalidad y de la acción personalísima, de la indisponibilidad por el juez de los medios técnicos propios de la Administración, ni el supuesto conflicto entre intereses públicos, nada, ninguna razón mínimamente consistente puede dejar inaplicables los dos preceptos constitucionales básicos en la materia, el artículo 24, que incluye necesariamente la ejecución entre la efectividad de la tutela judicial cuyo derecho fundamental proclama, y el artículo 118, que declara la obligación específica de cumplir las sentencias...*” Esta Sala de la Honorable Corte Provincial de Justicia del Guayas suscribe el criterio del profesor Eduardo García de Enterría y considera que el poder de sustitución, esto es, que el Tribunal haga o mande hacer lo que el órgano administrativo debió hacer y no hizo o hizo mal, es un poder que se deriva directamente de la obligación que tiene el Estado ecuatoriano de garantizar el derecho a la tutela judicial

efectiva. Como lo ha dicho el Tribunal Constitucional Español <sup>372</sup>: “*El derecho a la tutela judicial efectiva... exige que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de cualquiera de las partes en meras declaraciones de intenciones...*” En definitiva un juez que no dispone del poder de ejecución para hacer cumplir una sentencia que no quiere acatar la Administración Pública, o no es un juez o es un juez al 50 por 100, y en cualquier caso no es un juez efectivo (y entonces es un juez de actuación no constitucional). De manera que la exigencia constitucional de efectividad de la tutela judicial obliga a un cambio sustancial en el modo de ejecutar las sentencias constitucionales. La Administración pública no ejecuta sino que cumple las sentencias y si no cumple se verá sometida a un proceso de ejecución forzosa, el cual incluye la facultad de sustituir al sujeto obligado. Tal sustitución no implica administrar sino que es una consecuencia de la función de juzgar. Si no fuera posible acudir a dicho instituto, el actor podría no obtener nunca la ejecución in natura o en sus propios términos de la sentencia. Habiéndose acreditado el incumplimiento manifiesto por parte del Ministro de Relaciones Laborales y considerando el abuso del derecho a la tutela judicial por parte de Cervecería que, contra norma legal expresa, interpuso una acción de medidas cautelares para frustrar el cumplimiento de una orden judicial, *esta Sala de la Corte Provincial de Justicia del Guayas no encuentra otra fórmula para reparar de*

---

<sup>72</sup> STC 32/82 de 7 de junio, FJ. 2º.

*manera expedita y efectiva los derechos vulnerados de los trabajadores que la de ordenar directamente a Cervecería Nacional CN S.A. que ella pague y deposite a las órdenes del juez a quo en la cuenta del juzgado de primera instancia la suma de USD \$ 90.929.135,00, más los intereses de ley (el total de la utilidades no distribuidas entre sus trabajadores durante los años 1990 a 2005), y que no ha sido disputada por Cervecería Nacional CN S.A. al no haber impugnado el acto del Ministerio de Relaciones Laborales que declara la vinculación manifiesta y evidente entre ella y sus empresas tercerizadoras y el oprobioso régimen laboral instaurado por ésta, para que el Director Regional del Trabajo de Guayaquil continúe con el trámite previsto en la ley, esto es, la entrega de esos dineros a sus legítimos dueños una vez que dicho funcionario verifique que en efecto los reclamantes trabajaron para las supuestas empresas tercerizadoras durante el mencionado período. Por las consideraciones expuestas,*

**ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** esta Tercera Sala de lo Penal, Tránsito y Colusorio de la Corte Provincial de Justicia del Guayas resuélvase: a) Se niegan los recursos interpuestos, por las amplias razones expuestas en esta sentencia; y b) Se confirma la sentencia venida en grado dictada por el Juez Constitucional Pedro Iriarte Suárez el 26 de octubre de 2010, y su respectivo auto ampliatorio, con las reformas que constan en esta sentencia, las mismas que se resumen en lo siguiente: I.-La Constitución para hacer efectivas las garantías y derechos garantizados por ella a las personas,

estableció una gama de acciones, cuyo ejercicio por parte de los agraviados, así como las decisiones de los jueces, se encuentran reglamentados por normas que deben ser cumplidas, para la real y efectiva realización; y, entre las dirigidas a los jueces constitucionales están las de normas los requisitos indispensables e ineludibles que deben contener las sentencias constitucionales. II) Que el Ministro de Relaciones Laborales, Richard Espinosa Guzmán, *violó los derechos que reconocen y garantizan los artículos 3.1, 11.2, 66.4, 76.7 literal L) y 328 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; obstaculizando el cumplimiento de su deber institucional, constitucional y legal, lo que obstaculizaría cumplimiento de esta sentencia por su parte III) En merito a lo anterior, se ordena que Cervecería Nacional CN S.A., o cualquiera de sus responsables solidarios de conformidad con la ley laboral ecuatoriana, pague y deposite a las órdenes del juez a quo en la cuenta del juzgado de primera instancia la suma de USD \$ 90.929.135,00, más los intereses de ley que serán liquidados por un perito acreditado por el Consejo de la Judicatura, con cargo a utilidades no repartidas a sus trabajadores entre 1990 y 2005, en el término máximo de cuarenta y ocho horas, con la prevención que de no hacerlo en ese término deberá depositar necesariamente el monto de los intereses legales correspondientes a título de multa en base a lo que dispone el artículo 106 del Código del Trabajo; IV) Disponer que Cervecería Nacional CN S.A., o cualquiera de sus*

responsables solidarios de conformidad con la ley laboral ecuatoriana, haga el mencionado depósito *de USD \$ 90.929.135,00, más los intereses de ley, en caso de mora, sin perjuicio de los recursos que pudiese ejercer, pues, de ninguna forma tales recursos, en el evento de que sean interpuestos, podrán alterar la orden de esta Sala de realizar dicho depósito, y sin perjuicio de cualquier otra orden, de la naturaleza de fuere, que reciba de cualquier autoridad tendiente a dilatar o evitar que este depósito se haga;* V)\_*Que dichos fondos son de los ex trabajadores y trabajadores de Cervecería Nacional CN S.A. que durante los años 1990 a 2005 laboraron a través de las supuestas empresas tercerizadoras o intermediarias;*\_VI) Disponer que hecho el depósito en la cuenta del juzgado de primera instancia, el juez *a quo* convoque por uno de los diarios de mayor circulación de la ciudad de Guayaquil a *las personas que entre 1990 y 2005 trabajaron para las compañías SUDEPER S.A., MASFESA C.A., CASDASE S.A., PERCANEL CIA. LTDA. y SOLTRADE CIA. LTDA., las mismas que durante ese período fungieron de terceras empresas cuando en realidad eran empresas vinculadas sujetas totalmente al control de Compañía de Cervezas Nacionales C.A., ahora, Cervecería Nacional CN S.A.* El juez de primera instancia verificará, en coordinación con el Procurador Común de los ex trabajadores y trabajadores de Cervecería Nacional CN S.A., que quienes invocan la calidad de ex trabajadores y trabajadores de dichas empresas demuestren haberlo sido efectivamente para lo cual deberá exigir los documentos de ley necesarios para tal efecto. Las acreencias de los ex trabajadores y trabajadores deberán cancelarse año por año, comenzando



por los trabajadores que laboraron durante 1990 y la suma a pagarse incluirá el monto de las utilidades que Cervecería debió cancelar ese año, más los intereses legales que correrán hasta la fecha de pago, y así sucesivamente hasta completar el año 2005, inclusive; VII) *Delegar el seguimiento del cumplimiento de esta sentencia al Defensor del Pueblo*; VIII) Dejar a salvo el derecho de Cervecería Nacional CN S.A. de repetir contra los accionistas que ilegítimamente se apropiaron de los fondos que ahora la justicia constitucional le ordena restituir a su legítimos dueños: los extrabajadores; IX) *Dejar a salvo el derecho de los trabajadores y ex trabajadores, y sus respectivas familias, para demandar en esta u otra jurisdicción por el daño inmaterial (Como parte de la reparación integral) que sufrieron como víctimas del fraude a la ley cometido por Cervecería Nacional CN S.A, que fue declarado por el Ministro de Relaciones Laborales demandado, el juez a quo y esta Sala de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Respecto de escritos que se han presentado para proveerlos se dice: 1) Que esta Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte provincial del Guayas, está legalmente integrada con el Abogado Héctor Cabezas, en reemplazo del Dr. Carlo Hoyos Andrade quien se excusó y le fue aceptada la excusa, y sobre todo atendiendo a la acción de personal que se adjuntó al Acta de la Audiencia de fecha 28 de febrero del 2011, a las 15H00. 2) Agréguese a los autos los escritos presentados por las partes procesales: 2.1.-Téngase en cuenta la autorización que el procurador común de los Trabajadores reclamantes hace en la persona del Dr. Viterbo Cevallos Alcívar, lo cual ha sido atendido en esta sentencia.*

**Comentario:** En este caso que trascendió la esfera nacional, se debe indicar que la parte demandada utilizó la tercerización como medio para evadir la relación directa entre el empleador y los derechos del trabajador, por lo tanto, la administración con la norma constitucional en vigencia, dictó la sentencia dándoles la razón a los trabajadores que estaban siendo vulnerados y que se vieron obligado a litigar para defender su derechos.

### **Caso No. 3**

#### **1. Datos Referenciales:**

La República del Ecuador en su Nombre y por Autoridad de la Ley.

Ponencia Dra. Rocío Salgado Carpio

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Laboral.

Quito, 31 de enero de 2013, las 15h25

#### **2. Antecedentes:**

Dentro del juicio laboral seguido por Lupe Madelaide Santos Ordoñez contra Marcelo Jaramillo Hill como propietario del Parque recreacional “Agua Manía” y Reydy Jaramillo, Administrador del mismo, los demandados interponen recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

Comparece Lupe Madelaide Santos Ordoñez, manifestando que mediante contrato verbal, desde el 10 de junio de 2004, laboró en el Parque Recreacional llamado “Agua Manía”, cuyo propietario y gerente es el demandado Marcelo Jaramillo Hill, y administrado por Reydy Jaramillo, sin

que se le pagara lo que por ley le correspondía, hasta el 7 de abril de 2010, fecha en la que el señor Reydy Jaramillo, sin motivo alguno, ni aviso previo, le indica que daba por terminada la relación laboral, por lo que manifiesta que habiéndose configurado el despido intempestivo, presenta su demanda a fin de que, en sentencia, se ordene el pago de los rubros constantes en ella. El juez de primera instancia, rechaza la demanda por falta de legitimado pasivo en la causa; la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 1 de noviembre de 2011, a las 14h36, revoca la sentencia venida en grado, y en su lugar acepta parcialmente, la demanda. Inconforme con esta decisión, el demandado, Marcelo Jaramillo Hill, interpone recurso de casación, mismo que ha sido aceptado a trámite en auto de 28 de diciembre de 2011, a las 09h35, por la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por juezas y jueces nacionales, nombrados/as y posesionados/as por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución número 004-2012 de 26 de enero de 2012; y designados por el pleno para actuar en esta Sala de lo Laboral, por resolución de 30 de enero de 2012 y en este proceso en mérito al sorteo realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. Su competencia para conocer los recursos de casación interpuestos, se fundamenta en lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la

República del Ecuador, 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

El impugnante en su recurso de casación, considera que se han infringido los Arts. 8, 10, 41, y 593 del Código del Trabajo, y los Arts. 113, 114, y 115 del Código de Procedimiento Civil. Funda su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como lo son las sentencias, provenientes, por lo general, de un tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de acierto y legalidad. En este contexto, este Tribunal de la Sala de lo Laboral reitera que la demanda de casación debe avenirse al rigor técnico que su planteamiento y demostración exigen, acatando las reglas legales y desarrollos jurisprudenciales fijados para su procedencia, pues un acto procesal de esta naturaleza y categoría está sometido en su formulación a una técnica lógico-jurídica especial y rigurosa, que, al incumplirse, conduce a que el recurso extraordinario resulte inestimable, imposibilitando el estudio de fondo de los cargos o dando al traste con los mismos. Esta actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en aras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se cimenta el estado constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través

del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

**Impugnaciones Presentadas.-** Este Tribunal, ha examinado la sentencia de la Sala de Alzada y los recaudos procesales, a fin de confrontarlos con la normativa jurídica pertinente y verificar si existen los vicios de ilegalidad acusados por la parte recurrente. El casacionista funda su recurso en las causales primera y tercera, señalando que: “*Existe falta de aplicación de los Arts. 8 y 10 del Código del Trabajo y falta de aplicación de los Arts. 113, 114 y 115 del Código de Procedimiento Civil*”. El Art. 8 del antes aludido Código Laboral trata sobre el contrato individual de trabajo; el Art. 10 ibídem, define el concepto de empleador; el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, se refieren a la carga de la prueba; el Art. 114 ibídem, sobre la obligación de probar lo alegado; y, el Art. 115 ibídem, se refiere a la valoración de la prueba en su conjunto y acorde **a las reglas de la sana crítica**, sosteniendo los recurrentes que ninguno de los presupuestos que configuran el contrato de trabajo “*han existido entre el compareciente y la actora, y por el contrario hemos negado cualquier vínculo laboral a través de la excepción de falta de legitimación pasiva en la causa, por tal razón correspondía a la parta actora, DEMOSTRAR la existencia de este convenio entre la actora y el compareciente...*” además a decir del casacionista “*la sentencia. recurrida no MOTIVA la forma cómo se ha establecido la existencia de la relación laboral entre el compareciente y la actora...*”, añadiendo que el juez plural desconoce las pruebas que “*confirman nuestra excepción de falta de*

*legitimación pasiva en la causa” en especial “los contratos de comodato y arrendamiento suscritos”. Manifiesta también, que existe errónea interpretación del Art. 41 del Código del Trabajo, que se refiere a la responsabilidad solidaria de empleadores, alegando que la jurisprudencia citada por el Tribunal ad quem, no guarda relación con el presente caso, por no contener los mismos patrones facticos, ni tampoco se ajusta a la norma citada, “pues la actora ni ha trabajado para dos o más empleadores, así como tampoco entre los señores: Boris Ramiro Montero Loaiza y Eliza Cevallos Solórzano , y el compareciente ha existido intereses en la misma empresa, sea como condueños, socios, o coparticipes....,tampoco ha existido una relación de intermediación ...ni el compareciente recibía beneficio alguno por el funcionamiento del bar y restaurante que existe en el interior del parque recreacional Aguamanía, ni los señores Boris Ramiro Montero Loaiza y Eliza Cevallos Solórzano, participan de los beneficios que produce el mencionado parque, por la simple y llana razón de que son negocios independientes”. Así mismo el casacionista alega la falta de aplicación del Art. 593 del Código del Trabajo, sobre la apreciación de los jueces conforme la sana crítica, y juramento deferido, señalando que existe diferencia entre la sana crítica y el “libre albedrio...debiendo deferir el juramento del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para probar tales particulares. En el presente caso no solo hay una, sino muchas pruebas más que logran demostrar para quien laboró la actora...”.*

Analizado el recurso, se advierte, que el impugnante ha realizado su ataque de forma general, sin detenerse, como era su obligación, en individualizar las causales y en explicar en detalle, fundamentadamente, las normas viciadas en cada una de ellas. La Corte Suprema de Justicia, ha dicho: *“Nuestra Ley de Casación dispone que las causales tienen motivos y circunstancias diferentes, siendo autónomas e independientes: ya que los cargos imputados a la sentencia impugnada tienen individualidad propia, y debe tener un nexo de causalidad entre el error y la resolución emitida de tal manera que la violación de origen al fallo”*<sup>1</sup>. La **causal tercera**, alegada, tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y no a la que con criterio individual, pudiera hacer el juez/a o tribunal. La causal procede, cuando el juez o tribunal ha dado por establecidos los hechos violando las disposiciones legales que regulan la valoración de la prueba, en la certeza que éstos deben ser comprobados con arreglo a la ley. La Corte Nacional al respecto, mediante Resolución No. 83-99, de fecha 11 de febrero de 1999 publicada en R.O. 159 de fecha 30 de marzo 1999, (Fallo de triple reiteración) se pronunció señalando: *“la valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones hechas. tanto por el actor como por el demandado, en la demanda y la contestación a la demanda, respectivamente. Esta operación mental de valoración o*

*apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia y deben hacerlo aplicando, como dice la ley, las reglas de la sana crítica, o sea aquellos conocimientos que acumulados por la experiencia y que, en conformidad con los principios de la lógica, le permiten al Juez considerar a ciertos hechos como probados”.* Es decir, para que se configure la causal tercera es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) identificación del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia. b) determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su criterio ha sido infringida. c) demostración, lógica jurídica del modo en que se produjo el quebranto; y, d) identificación de la norma sustantiva que se ha aplicado erróneamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido, al realizar la valoración de la prueba. Para viabilizar el recurso por esta causal se exige la existencia de dos infracciones sucesivas:

1) la demostración de la forma en que se ha violado las normas de valoración de la prueba o la sana crítica y 2) la identificación de la norma sustantiva o material que ha sido erróneamente aplicada, o no ha sido aplicada como consecuencia del error cometido al realizar la valoración de la prueba, cosa que no sucede en el presente caso, pues el recurrente no solo que no identifica el precepto jurídico que regula el medio de prueba que a su entender ha sido infringido, pues el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, no contiene ningún precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, sino que faculta al juzgador a hacer uso de las reglas de la sana crítica, las mismas que no se hallan consignadas en ninguna norma legal



que obligue a los juzgadores a seguir un criterio determinado; tampoco hace el análisis requerido sobre los errores alegados en la valoración de la prueba que le condujeron al Tribunal de Alzada por contragolpe o carambola a violar indirectamente la ley sustancial, por lo tanto el cargo no prospera. De otro lado, la **causal primera**, contiene un vicio *in iudicando*, esto es, cuando el Juez o Jueza de instancia, elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o cuando se le atribuye a una norma de derecho un significado equivocado, de darse un caso así y si la sentencia viola los conceptos de una ley sustantiva o de fondo, hay un *error de juicio*.

Lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho, de la Constitución y/o de cualquier código o ley vigente, y los precedentes jurisprudenciales obligatorios. Esta es una forma de violación directa de la ley que obliga, al recurrente, a señalar cuál de las tres circunstancias de quebranto de la ley acusa, (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación) pues, al Tribunal de casación le está vedado elegir una de ellas o cambiar lo indicado por el casacionista, debiendo hacerse abstracción sobre las conclusiones a las que ha llegado el Tribunal de alzada en materia probatoria; ya que esta causal conlleva el reconocimiento tácito del casacionista de su conformidad con esas conclusiones fácticas, haciendo improcedente en la causal primera la censura sobre el análisis probatorio, cosa que en este caso, inobserva el recurrente. La Ex-Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones se ha pronunciado subrayando el carácter formalista de la Casación: “*En el recurso*

*de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia". 2, por lo que el cargo no prospera, recordando al casacionista que frente a la invocación simultánea de las dos causales analizadas, la Corte Suprema ha concluido que "no es conducente que se acuse a la sentencia, de hallarse afectada de la violación prevista en la causal primera del artículo, 3 de la Ley de Casación y, simultáneamente, acusarse por los mismos motivos por la causal tercera, porque existiría contradicción. No se puede estar de acuerdo con las conclusiones sobre los hechos a que ha arribado el Tribunal ad quem y, al mismo tiempo, manifestar su desacuerdo".*

Por otro lado, la falta de legitimación pasiva en la causa alegada por el recurrente, invocando las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, no se encuentra debidamente fundamentada, por corresponder realizarla con sustento en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, que prevé los casos de *"Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente"*. Sin embargo de lo dicho, y, en razón de que el Art. 349 del Código de Procedimiento Civil establece que: *"Las juezas y jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no*

*hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1,2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 346, comunes a todos los juicios e instancias; siempre que pueda influir en la decisión de la causa, salvo que conste en el proceso que las partes hubiesen convenido en prescindir de la nulidad y que no se trate de falta de jurisdicción.” ; en concordancia con el Art. 346, que, en su parte pertinente, dispone: “Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: (...) 3. Legitimidad de personería.”, es necesario analizar si en el presente caso existe nulidad, a efectos de proceder conforme corresponde, para lo que se considera: **1)** La idea de la solidaridad pasiva, tiene su origen en el Derecho Romano, con la “*Obligatio in solidum*”, concebida como: “*aquella en la que varios deudores responden colectivamente frente al acreedor, cada uno de ellos por la totalidad de la deuda. La solidaridad, que puede ser activa y pasiva en algunas ramas del derecho, como en el Derecho Civil o el Mercantil, en el Derecho laboral es casi siempre pasiva; esto es, que impide entre los sujetos pasivos la división de la obligación en razón del alto interés que ella defiende, cual es el de proteger al trabajador por ser la parte débil de la relación laboral. La solidaridad que en doctrina, es perfecta cuando emana de la ley, e imperfecta cuando se origina en la voluntad de los contratantes, pertenece en la esfera laboral al primero de los criterios enunciados; pues, constituye derecho irrenunciable del trabajador, ya que está consagrada en la Constitución Política, cúspide y ápice de nuestro ordenamiento jurídico*”.*

Por lo tanto es oportuno tener presente, que la responsabilidad solidaria patronal tiene como finalidad, evitar que el empleador o empleadores utilizando argumentos, incluso legales, puedan dejar de cumplir con los derechos de sus trabajadores, lo cual ha sido consagrada por el Código del Trabajo, entre sus normas, se encuentra el Art. 41.-*“Responsabilidad solidaria de empleadores.- Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador”*. En este orden de ideas, la Corte Constitucional para el periodo de transición ha dicho *“se establece una representación para proteger y tutelar los derechos del trabajador previniendo la posibilidad práctica de que el patrono, por interpuesta persona, realizara actos en perjuicio de esos derechos, no pudiendo ser exonerado de responsabilidades legales o sociales.(..) y es que esta solidaridad ocurre iure et iure, puesto que siendo el trabajador la parte débil de la relación laboral, no necesita conocer detalladamente la denominación o razón social o quienes o cuáles son los personeros que legalmente representan al empleador.”* De otro lado, si bien es verdad que conforme al derecho común, una entidad pública o privada, debe estar representada en juicio por su representante legal; más, para efectos laborales debemos estar a lo dispuesto en el Art. 36 del Código del Trabajo, según el cual, son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración,

aun sin tener poder escrito y suficiente según el Derecho Común. Por lo tanto, no se le impone a la actora la obligación de conocer en detalle el nombre o razón social de sus empleadores, el tipo de sociedad o quiénes son los representantes legales de la misma, pues le basta con conocer el nombre o nombres de las personas con quien ha laborado bajo subordinación, como ha sucedido en el presente caso, existiendo fallos de triple reiteración al respecto.

### **3. Resolución:**

En el **caso sub judice**, bien hizo el Tribunal ad quem al señalar que el **demandado Marcelo Jaramillo Hill**, pretendió evadir la **solidaridad patronal**, al determinarse tanto en el contrato de comodato (fjs.55-56) como en el de arrendamiento (fjs. 57-59), que las cuestiones de obligaciones patronales dependen únicamente del comodatario y posteriormente del arrendatario, cuando acorde con el Art. 702 del Código Civil: *"Se efectuara la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad. De la misma manera se efectuará la tradición de los derecho de hipoteca...."*, sin que en el presente caso, se haya perfeccionado el contrato de comodato, pues el documento que obra del proceso, es copia certificada por notario, que no cuenta con la inscripción del título en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Añadiendo que el contrato de arrendamiento se lo suscribe estando aún vigente el contrato de comodato, siendo además, la arrendataria, señora Elisa Cevallos Solorzano, cónyuge del codemandado Reydi Jaramillo; todo

lo cual *permite develar la pretensión de disfrazar el contrato de trabajo, inobservando lo dispuesto en el Art. 327 de la Constitución de la República vigente: “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.* A través de las declaraciones testimoniales (fjs. 79 vta. A 81), se corrobora que la actora trabajó de manera ininterrumpida desde el 2004 hasta el 2010, para la parte demandada. Este Tribunal recuerda que, si bien no existe contrato escrito entre las partes, el Art. 11 del Código de Trabajo que establece la clasificación de los contratos de trabajo, hace referencia expresa al contrato verbal. Este Tribunal recuerda, que el Art. 37 del Código del Trabajo, dispone:” *Los contratos de trabajo están regulados por las disposiciones de este Código, aún a falta de referencia expresa y a pesar de lo que se pacte en contrario*”, es decir en materia laboral, no es un requisito para la existencia de la relación laboral el contrato escrito, disposición que tiene como punto de partida el principio de la primacía de la realidad, que supone que en casos de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe estarse a lo primero, *“La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las*

*partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, 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...En atención a lo dicho es por lo que se ha denominado al contrato de trabajo, contrato-realidad, puesto que existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y es esta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia”.*

Américo Pla Rodríguez, reafirma lo dicho al sostener que en materia laboral, han de prevalecer los hechos por sobre los acuerdos formales. En este orden de ideas, la jurisprudencia señala: “...el que no medie del proceso ningún contrato escrito entre la parte partes, pues la ley laboral contémplo el contrato verbal, el que, en la especie está acreditado con la prueba testifical que obra de autos”<sup>8</sup>; por tanto, en el presente caso no queda duda, de la existencia de la relación laboral, pues la sentencia del Tribunal de Alzada en los considerandos Tercero y Cuarto, ha efectuado un análisis prolijo y suficiente en mérito a las pruebas aportadas, por lo que no existe la falta de legitimación pasiva. Por las consideraciones analizadas, este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia recurrida. De conformidad con el Art. 12 de la Ley de Casación, entréguese el valor total de la caución rendida a la parte actora.

#### **4. Comentario:**

Como se observa claramente, la actora trata de disfrazar la relación directa y bilateral que tenía con el trabajador, para no ser responsable ante la Ley; sin embargo, durante el proceso se logra probar la relación laboral y la subordinación que existía entre el empleador y trabajador, por lo cual el Juez confirma la sentencia de primer nivel, fundamentado con la norma del Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo concerniente a la relación bilateral y directa que debe existir entre empleador y trabajador y el fiel cumplimiento de los elementos del contrato individual de trabajo.



## **7. DISCUSIÓN.**

### **7.1. Verificación de Objetivos.**

Los objetivos propuestos en mi proyecto de tesis son uno general y tres específicos que a continuación procedo a verificarlos.

#### **Objetivo General:**

***“Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico del régimen de contratación individual del trabajo y la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador”***

El objetivo general ha sido verificado con el desarrollo del marco conceptual, marco jurídico y marco doctrinario, donde analicé temas respecto a mi problemática de estudio, como es: el marco conceptual con temas como: El marco conceptual defino temas como el Derecho Laboral, el contrato individual, Elementos del Contrato de Trabajo, el empleador y trabajador, la relación laboral bilateral y directa, las obligaciones laborales, la Controversia Individual Laboral, Responsabilidad Laboral, Seguridad Jurídica, el Debido Proceso. A continuación en el marco doctrinario desarrollo temáticas relacionadas con el fraude y simulación laboral tales como: Estado Constitucional de Derechos, el Principio de Primacía de la Realidad, Intermediación y Tercerización Laboral, la Intermediación Laboral, el Fraude Laboral, la Simulación Laboral, el Enriquecimiento Injusto en Materia Laboral, la Motivación de las Resoluciones; y , el Principio de Reparación

Integral. En el marco jurídico analizo e interpreto las normas jurídicas de la Constitución de la República del Ecuador, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Código del Trabajo, así como Legislación Comparada analizo el Real Decreto Legislativo 5/2000. Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales 2001. España, Ley de Contrato de Trabajo de Argentina; y, Decreto Supremo N° 0521, del Estado Plurinacional de Bolivia.

### **Objetivos Específicos:**

- 1. *“Demostrar que el empleador obliga al trabajador aclarar mediante juicio la relación laboral bilateral y directa del trabajador en lo concerniente a la contratación individual”***

Este objetivo, lo verifique con el estudio de tres casos en los cuales se observa que mediante juicio oral laboral el trabajador debe demostrar la relación laboral que tiene con el demandado que niega ser su empleador, queriendo desviar la atención y responsabilidad, sin embargo el juez, mediante el principio de primacía de la realidad, logra demostrar que existe la relación laboral bilateral, directa entre actor y demandado, lo que genera que mediante sentencia el juez condene al empleador a cancelar las remuneraciones adeudadas. Además verifico este objetivo con la aplicación de la quinta pregunta de la encuesta en donde los treinta encuestados que significan el 100%, manifiestan que no es conveniente que el trabajador siendo una persona de escasos recursos que trabajo para satisfacer su necesidades básicas, sea obligado a que mediante juicio demuestre que el

empleador le debe remuneraciones, y que mediante sentencia le caminen al empleador a cubrir las responsabilidades laborales, porque fue demostrada en el juicio con las pruebas aportadas y con la aplicación de la sana crítica del Juez determina que existe la relación laboral directa, y por ende manada al empleador que cancele las remuneraciones adeudadas.

**2. “Establecer que el Juez a través del principio de primacía de la realidad comprueba la relación laboral bilateral directa entre el trabajador y empleador”**

Con la aplicación de la tercera pregunta de la entrevista se observa que los cinco preguntados afirman que así es, el Juez a través del principio de primacía de la realidad considera que es necesario aplicarlo cuando se produce una discrepancia entre los hechos y aquello que ha sido declarado en los documentos, en todo tipo de formalidades. En tal caso, se ha de preferir lo que sucedió en la realidad siempre; es decir, en materia laboral, demostrar que se cumplen los elementos del contrato de trabajo, la relación bilateral y directa. Éste principio sirve para la interpretación de las relaciones entre empleadores y trabajadores, se debe tomar en cuenta lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han contratado formalmente.

**3. “Elaborar una propuesta de reforma al régimen del trabajo, dirigida a garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador”**

Este objetivo los verifíco con la sexta pregunta de la encuesta donde los treinta encuestados que significan el 100%, responden que si consideran la necesidad de reformar el régimen del trabajo, dirigida a garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador por incumplir con sus obligaciones laborales y por tratar de engañar a la administración de justicia que no existe la relación laboral bilateral y directa en la controversia laboral que conoce. Así mismo, se encuentra plasmado en la propuesta jurídica en donde establezco reformas al Art. 588 del Código del Trabajo, dirigida a garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador.

## **7.2. Contrastación de la Hipótesis:**

La hipótesis planteada en mi proyecto de tesis es la siguiente:

***La relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador, está siendo inobservada en el régimen de contratación individual del trabajo, porque debe ser demostrada en el juicio por el trabajador y motivada por el Juez.***

La presente hipótesis fue contrastada con el desarrollo del marco teórico, específicamente con las temáticas sobre la relación bilateral y directa que debe existir entre empleador y trabajador, el principio primacía de la realidad, la motivación del juez, el principio de reparación integral, todo esto analizado desde el punto de vista conceptual, jurídico y doctrinario; además se contrastó con el estudio de la normativa legal vigente en el Código del

Trabajo que no está acorde con la normativa jurídica del Art. 327 de la Constitución de la República, obteniendo como resultado favorable a la solución de mi problemática las respuestas de las entrevista y encuestas, particularmente con la primera pregunta en donde los cinco entrevistados manifiestan que si existe inobservancia de la norma Constitucional en lo relacionado a la contratación laboral, porque a pesar de existir pruebas el trabajador debe aportar con suficiente elementos probatorios para que el Juez debe motivar considerando la existencia de la relación bilateral y directa que el empleador está negando, y que ha obligado al trabajador a contratar los servicios de un profesional para que asuma su defensa, así, mismo ante la administración de justicia donde se ventila la causa laboral, les obliga a atender y despachar el proceso para ser luego escuchados en audiencia, esto limita los derechos del trabajador y distrae a la administración de justicia.

### **7.3. Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.**

En el Ecuador y en otros países, los problemas derivados de la tercerización y de la intermediación laboral, más que originarse en su concepto, nacen del abuso o mal uso de la figura.

La tercerización y la intermediación laboral existían en el Ecuador, desde antes de la vigencia del Mandato 8. En el Código del Trabajo de 1938 ya existía una referencia a este mecanismo de trabajo. Asimismo, las Constituciones de 1945 y 1979 reconocían la figura de la tercerización.

Con la expedición del Decreto 2166, se pretendió, vía este mecanismo, regularizar la aplicación de la figura, lo que creó más desconcierto, pues vía decreto ejecutivo se establecían normas de actuación que según muchos juristas entendidos en la materia, requerían jerarquía de Ley.

Mediante la Ley No. 48 mencionada al inicio, se avanzó en forma definitiva hacia el control de la aplicación de la tercerización y la intermediación laboral, como consecuencia de abusos que se denunciaron en medios de prensa y de la propia insatisfacción de las personas que trabajaban bajo ese régimen.

Subsisten los “contratos de actividades complementarias” así definidos en la Primera Disposición General del mencionado Mandato, lo cual permite que se pueda contratar el “outsourcing” en materia de vigilancia, seguridad, limpieza, alimentación y mensajería. A ello se refiere la Primera Disposición General del Mandato.

La relación jurídica laboral será directa y bilateral; se prohíbe la intermediación y cualquier forma de tercerización de servicios en las actividades propias y habituales del proceso productivo. Sólo para casos excepcionales de trabajos eventuales, ocasionales y de temporada, por un período que no podrá exceder de 180 días, la autoridad del trabajo podrá autorizar la contratación de personal bajo la modalidad temporal, conforme los contratos establecidos. En los contratos colectivos, actas

transaccionales, actas de finiquito y otros acuerdos que celebren las instituciones del estado o mixtas, no se impondrá pagos de indemnizaciones.

La relación que se produce entre la empresa y los trabajadores; y está constituida por un conjunto de vínculos personales y patrimoniales que ligan entre sí a aquellos, reconociéndoseles derechos e imponiéndoles deberes de carácter moral y económico.

El Art. 33 de la Constitución de la República del Ecuador establece: 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.

En el Art. 325 de la Constitución señala el derecho al trabajo, señalando que el Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónoma, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.

El trabajo es un derecho garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, donde el Estado reconoce todas sus modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, así mismo la norma constitucional establece que *la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa*, esta disposición en la actualidad no se viene

cumpliendo por parte del empleador, en ciertos casos el empleador obliga a sus trabajadores a realizar actividades laborales en días festivos o de descanso, otro inconveniente es respecto a su no afiliación al seguro social y el irrespeto a sus derechos. Incumpliendo la normativa vigente del Art. 42 del Código del Trabajo. Por lo tanto, las obligaciones del empleador deberían ser acatadas y en caso de su incumplimiento el Inspector Provincial del Trabajo debe intervenir y denunciar a los responsables ante la Fiscalía del fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral, conforme el régimen sancionador que pretendo incorporar en el Código del Trabajo ecuatoriano y demás leyes pertinentes en caso de ser necesario.

En el Art. 327 del mismo cuerpo legal señala la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Además 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. En la actualidad los empleadores obligan mediante juicio oral laboral al trabajador demostrar que existe la relación bilateral directa, para que puedan cobrar sus remuneraciones, siendo el juez quien determina que existe la relación laboral, por comprobar con el principio de primacía de la realidad, la relación que consagra el Art. 8 del Código del Trabajo que consiste en la contratación individual, por lo que es necesario investigar.



El Art. 588 del Código del Trabajo, sanciones por temeridad o mala fe.- En caso de que el juez o tribunal de la causa determine que todas o una de las partes procesales ha litigado con temeridad o mala fe, la o las sancionará con multa de cinco a veinte remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general. Las costas judiciales y los honorarios de la defensa del trabajador, serán de cuenta del empleador demandado, siempre y cuando la sentencia favorezca total o parcialmente al trabajador.

Los resultados de las encuestas y entrevistas apoyan mi propuesta de reforma al Código del Trabajo, dirigida a garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador.

En el estudio de tres casos en los cuales se observa que mediante juicio oral laboral el trabajador debe demostrar la relación laboral que tiene con el demandado que niega ser su empleador, queriendo desviar la atención y responsabilidad, sin embargo el juez, mediante el principio de primacía de la realidad, logra demostrar que existe la relación laboral bilateral, directa entre actor y demandado, lo que genera que mediante sentencia el juez condene al empleador a cancelar las remuneraciones adeudadas.

## **8. CONCLUSIONES**

Una vez que he desarrollado y analizado el marco teórico y la Investigación de Campo considero pertinente presentar las siguientes conclusiones:

1. El Estado ecuatoriano es el encargado de vigilar el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores, que sean respetados según las normas Constitucional y Código del Trabajo.
2. Existe vulneración de los derechos de los trabajadores por parte de sus empleadores, que atentan a diario los derechos laborales y constitucionales.
3. En el Art. 325 de la Constitución de la República del Ecuador se garantiza el derecho al trabajo reconociendo todas sus modalidades, en relación de dependencia o autónomas.
4. En el Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que el incumplimiento de las obligaciones, el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizaran y sancionarán de acuerdo con la ley.
5. Las obligaciones del empleador no son acatadas y en caso de su incumplimiento el Inspector Provincial del Trabajo no interviene en defensa de los derechos del trabajador.

6. El principio de primacía de la realidad toma en cuenta lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han contratado formalmente.
7. De la investigación de campo se observa que la mayoría de los consultados consideran cuando se ha comprobado dentro de un juicio de trabajo, la existencia de fraude o simulación laboral estos casos deben ser penalizados y sancionados por las autoridades de trabajo.
8. Con el estudio de tres casos se observa que mediante juicio oral laboral el trabajador debe demostrar la relación laboral que tiene con el demandado que niega ser su empleador, queriendo desviar la atención y responsabilidad.
9. El Juez o tribunal mediante el principio de primacía de la realidad, logra demostrar que existe la relación laboral bilateral, directa entre actor y demandado.
10. Existe un vacío legal en el Código del Trabajo, en relación de garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador.

## **9. RECOMENDACIONES.**

Las recomendaciones que considero pertinente presentar son las siguientes:

1. Sugiero a la Universidad Nacional de Loja mediante los Docentes y estudiantes de la Carrera de Derecho realice seminarios-talleres, para concienciar a los trabajadores y empleadores sobre la relación bilateral y directa que debe existir entre las partes.
2. Propongo a la Función Judicial dicten seminarios en lo relacionado al Derecho del Trabajo, y sus principios rectores, entre ellos el principio de primacía de la realidad.
3. Considero que se realice una campaña radial que informen a las personas sobre la normativa constitucional que debe ser incorporada en el Código del Trabajo, para frenar la mala fe del empleador en negar la relación laboral con el trabajador que debe demostrarla mediante juicio oral laboral.
4. Al Ministerio de relaciones Laborales presente proyectos de reformas al Código del Trabajo encaminadas a garantizar los derechos de los trabajadores en las relaciones laborales bilaterales y directas.
5. A los señores Asambleístas que amplíen la disposición legal del Art. 327 de la Constitución, incorporándola en el Código del Trabajo, con la finalidad de garantizar los derechos laborales del trabajador.

6. A los señores profesionales y representantes del Colegio y Foros de Abogados de Loja, que organicen seminarios – talleres respecto a los derechos humanos de los trabajadores, que en la actualidad tienden a ser lesionados por los empleadores, tratando de buscar consensos y proponer alternativas de solución.
7. Sugiero a los Asambleístas reformar el Art. 588 del Código del Trabajo, dirigida a garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador.

## 9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

### LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR



#### CONSIDERANDO:

**Que:** El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos establecido en la Constitución y en los Tratados Internacionales legalmente celebrados.

**Que:** El Estado garantiza la igualdad formal y material y no discriminación, por lo que todas las personas deberán ser consideradas iguales y gozaran de los mismos derechos.

**Que:** En el Art. 325 de la Constitución de la República del Ecuador se garantiza el derecho al trabajo.

**Que:** El Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador establece que la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.

**Que:** El Art. 588 del Código del Trabajo, determina en caso de que el juez o tribunal de la causa determine que todas o una de las partes

procesales ha litigado con temeridad o mala fe, la o las sancionará con multa de cinco a veinte remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general.

**Que:** Es necesario reformar el Código del Trabajo en lo concerniente a la incorporación de normas legales, dirigidas a garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador.

En uso de la facultad que le otorga el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, EXPIDE la siguiente:

### **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO**

**Art. 1.- En el Art. 588, agréguese el siguiente inciso:**

*“El Juez o Tribunal de la causa que llegaren a comprobar mediante el principio de primacía de la realidad que se ha vulnerado los derechos laborales del trabajador y se ha tratado de disfrazar la relación bilateral y directa entre trabajador y empleador; procederán a imponer la multa de cuarenta salarios básico unificados del trabajador en general; y obligaran a pagar los daños y perjuicios al trabajador por haberle hecho litigar injustamente. Además en la sentencia deberá hacer contar el interés de mora por el pago de la remuneraciones y bonificaciones adeudadas, así como reparación deberá el empleador cancelar el 20% del monto total que deba pagar de la liquidación”.*

**Artículo Final.-** Quedan derogadas las demás disposiciones legales que se opongan a esta reforma.

**Disposición Final.-** La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los 31 días del mes de julio del dos mil catorce.

-----  
PRESIDENTA DE LA  
ASAMBLEA NACIONAL

-----  
SECRETARIO DE LA  
ASAMBLEA NACIONAL



## 10. BIBLIOGRAFÍA.

1. ATIENZA, Manuel. citado por, JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Biblioteca Jurídica, edición 2002
2. BAYTELMAN, Andrés. La Evaluación del Sistema Procesal en el Ecuador. Citado Por Carlos Tandazo Román.
3. BELTRAN QUIROGA, Jaime: *“Los procesos ejecutivo y de ejecución”* publicado en la obra *“Aportes para la reforma del proceso laboral peruano”* editado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social (2005)
4. BUSTAMANTE FUENTES, Colón. *“Manual de Derecho Laboral”*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quinta Edición. Quito-Ecuador. 2013
5. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial. Heliasta. Buenos Aires-Argentina 1997.
6. CABANELLAS, Guillermo.- *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*. Editorial Heliasta. Tomo III. Buenos Aires - Argentina 2003.
7. CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral*. Tomo II. Buenos Aires- Argentina. 1949.
8. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Enciclopédica de Derecho*, 27ava edición 2002 *Introducción al Derecho Laboral*
9. CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo*, 2ª edic., edit. El Ateneo, Buenos Aires-Argentina 1975t.

10. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012).
11. CASTRO PATIÑO, Iván, citado por, García Falconí, José. "La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección". Quito-Ecuador. 2008.
12. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012).
13. CARNELUTTI, citado por, JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Biblioteca Jurídica, edición 2002
14. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011
15. CÓDIGO DEL TRABAJO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2011.
16. CEVALLOS VASQUEZ, María Elena, Legislación Laboral, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas.
17. CHAVEZ DE BARRERA, Nelly, "Derecho Laboral Aplicado", Editorial de la Universidad Central del Ecuador, Quito – Ecuador, agosto 2002
18. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
19. DE LA CUEVA, Luis Mario. Citado por GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Introducción al Derecho del Trabajo. Bogotá–Colombia. 1992.
20. DE RIVERO, Oswaldo, "Vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la Globalización", en Los derechos humanos

- y la globalización: avances y retrocesos, Comisión Andina de Juristas, primera edición, Lima, Perú, 2003
21. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO SALVAT, Tomo V, Ediciones Salvat S.A. Buenos Aires-Argentina, 1997.
22. FERRO ASTRAY, citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012).
23. GACETA OFICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Derechos Reservados © 2012 [www.gacetaoficialdebolivia.gob.bb](http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bb).
24. GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Introducción al derecho del trabajo, segunda edición, editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia, 1982
25. <http://www.rae.es/oralidad/dertrabcontrtrab.htm>.
26. <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-463.html>. 23 de abril de 2014.
27. [http://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_de\\_primac%C3%ADa\\_de\\_la\\_realidad](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_primac%C3%ADa_de_la_realidad). 24 de abril de 2014.
28. [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_laboral#Principio\\_protector](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral#Principio_protector). 23 de abril de 2014.
29. <http://informativoecb.blogspot.com/2012/04/el-principio-de-primacia-de-la-realidad.html>.
30. [http://actrav.oit.org.pe/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2335&Itemid=1575](http://actrav.oit.org.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=2335&Itemid=1575)
31. [http://www.comfia-seguros.es/art\\_20\\_concepto.html](http://www.comfia-seguros.es/art_20_concepto.html)

32. [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_laboral#Principio\\_protector](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral#Principio_protector). 23 de abril de 2014.
33. HERRERO, Luis Rene.- Eficacia del Debate Procesal en el Debido Proceso.- Colombia 2012.
34. HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo, Manual de Derecho del Trabajo, Editora Dalis, Moca, 2004, 9ª edición.
35. JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Biblioteca Jurídica, edición 2002
36. KROSTOSCHIN, Ernesto.- Instituciones de Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Ediciones DEPALMA. Buenos Aires – Argentina. 1968.
37. LUPO HERNÁNDEZ RUEDA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Editora Dalis, Moca, 2004.
38. MALEM, Jorge. Citado por GARCÍA FALCONÍ, José .Análisis Jurídico sobre la Motivación. 22 de noviembre del 2013.
39. MAYORGA RODRÍGUEZ, Julio. Ab. “Doctrina Teoría y Práctica en Materia Laboral”, Editorial CARPOL, Primera Edición, Tomo 8, Cuenca-Ecuador, 2008.
40. MENÉNDEZ, Pidal. La Estabilidad en el Empleo y otros Estudios de Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina. 1957.
41. MONTERO MALDONADO. Dr. Jorge Augusto. El Derecho Laboral Ecuatoriano, Editorial Universitaria. Quito, 1974
42. MOSSET ITURRASPE, citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012).

43. PEREZ BOTIJA, Derecho del Trabajo. Primera Edición. 2007.
44. Real Decreto Legislativo 5/2000. Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales de 4 de agosto 2001.
45. ROBALINO BOLLE, Isabel. Manual de Derecho del Trabajo, segunda edición, febrero. Quito-Ecuador. 1998.
46. SANGUINO SANCHEZ, Jesús María.- Garantía del Debido Proceso.- España 2009.
47. SANGUINETI, citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización Publicado por Instituto IDLADS PERU (Juristas, abril 2012).
48. Sentencia No. 0035-09-SEP-CC. Caso No. 0307-09-EP. Considerando Quinto último párrafo. 09 de Diciembre de 2009. R.O. Suplemento #117 del 27 de enero del 2010.
49. Sentencia No. 016-10-SEP-CC. Caso No. 0092-09-EP y 0169-09-EP Acumulados. 28 de Mayo del 2010. R.O. Suplemento # 202.
50. TARUFO, Michele. Citado por GARCÍA FALCONÍ, José .Análisis Jurídico sobre la Motivación. 22 de noviembre del 2013.
51. Tribunal Constitucional Español, Citado por GARCÍA FALCONÍ, José Análisis Jurídico sobre la Motivación. 22 de noviembre del 2013.
52. TRUJILLO, Julio Cesar. Garantías del Trabajo. Tomo I. Editorial Don Bosco. Quito – Ecuador. 1973.
53. VASQUEZ LÓPEZ, Jorge. Derecho Laboral Práctico. Editorial Jurídica Cevallos. Quito – Ecuador 2013.

54. ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Edilex. S.A. Quito-Ecuador. 2010.
55. ZAVALA RIVERA, Alejandro. “El ABC del Derecho Laboral y Procesal Laboral”. Editorial San Marcos. Lima –Perú. 2011

11. ANEXOS.



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA  
CARRERA DE DERECHO**

Me encuentro desarrollando mi tesis de Abogado que versa sobre el tema: **“Necesidad de garantizar en el régimen de contratación individual del trabajo, la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador”**, por ello le solicito muy comedidamente se digne responder a las preguntas de la siguiente **ENCUESTA** con la finalidad de conocer su criterio el cual será fundamental para el desarrollo y análisis de la temática en estudio.

1. El Art. 33 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas. ¿Considera usted, que se cumple con esta norma?

Si ( ) No ( )

Porqué:

---

---

---

---

2. El trabajo es un derecho garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, donde el Estado establece la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa, ¿Cree usted, que se cumple con esta disposición legal?

Si ( ) No ( )

Porqué:

---

---

---

---

3. El Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora; ¿Considera usted que se está cumpliendo con esta norma?

Si ( ) No ( )

Porqué:

---

---

---

4. Cree usted, que los empleadores cumplen con la normativa vigente del Art. 42 del Código del Trabajo, relacionada con las obligaciones del empleador?

Si ( ) No ( )

Porqué:

---

---

---

5. ¿Estima conveniente que los empleadores obliguen mediante juicio oral laboral al trabajador demostrar que existe la relación bilateral directa, para que puedan cobrar sus remuneraciones?

Si ( ) No ( )

Porqué:

---

---

---

6. ¿Estima necesario la elaboración de una propuesta de reforma al régimen del trabajo, dirigida a garantizar los derechos del trabajador frente a los abusos del empleador?

Si ( ) No ( )

Porqué:

---

---

---





**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA  
CARRERA DE DERECHO**

Me encuentro desarrollando mi tesis de Abogado que versa sobre el tema: **“Necesidad de garantizar en el régimen de contratación individual del trabajo, la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador”**, por ello le solicito muy comedidamente se digne responder a las preguntas de la siguiente **ENTREVISTAS** con la finalidad de conocer su criterio el cual será fundamental para el desarrollo y análisis de la temática en estudio.

1. ¿Considera usted, que la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador, está siendo inobservada en el régimen de contratación individual del trabajo, porque debe ser demostrada en el juicio por el trabajador y motivada por el Juez?

---

---

---

---

2. ¿Cree usted que el trabajador se siente obligado por parte del empleador en demostrar mediante juicio la relación laboral bilateral y directa del trabajador en lo concerniente a la contratación individual?

---

---

---

---

3. ¿Considera usted, que el Juez a través del principio de primacía de la realidad comprueba la relación laboral bilateral directa entre el trabajador y empleador?

---

---

---

---

4. ¿Considera necesario mediante reforma al Código del Trabajo garantizar en el régimen de contratación individual del trabajo, la relación laboral bilateral y directa, prevista en la Constitución de la República del Ecuador?

---

---

---

---

## INDICE

Portada .....	i
Certificación.....	ii
Autoría.....	iii
Carta de Autorización.....	iv
Dedicatoria .....	v
Agradecimiento.....	vi
Tabla de Contenidos .....	vii
<b>1. Título.....</b>	<b>1</b>
<b>2. RESUMEN.....</b>	<b>2</b>
<b>2.1. Abstract .....</b>	<b>4</b>
<b>3. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>4. REVISIÓN DE LITERATURA.....</b>	<b>9</b>
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	9
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	39
4.3. MARCO JURÍDICO.....	63
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	91
<b>5. MATERIALES Y MÉTODOS.....</b>	<b>101</b>
5.1. Materiales Utilizados .....	101
5.2. Métodos.....	101
5.3. Procedimientos y Técnicas .....	102
<b>6. RESULTADOS.....</b>	<b>103</b>
<b>6.1. Resultados de las Encuestas.....</b>	<b>103</b>

6.2.	Resultados de las Entrevistas.....	113
6.3.	Estudios de Casos.....	117
<b>7.</b>	<b>DISCUSIÓN.....</b>	<b>160</b>
7.1.	Verificación de Objetivos.....	160
7.2.	Contrastación de Hipótesis.....	163
7.3.	Fundamento de Reforma Legal.....	164
<b>8.</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>169</b>
<b>9.</b>	<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>171</b>
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.....	173
<b>10.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>176</b>
<b>11.</b>	<b>ANEXOS.....</b>	<b>182</b>
	<b>INDICE.....</b>	<b>186</b>