



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN, FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL.

TESIS PREVIA A
OPTAR POR EL
TÍTULO DE ABOGADA

AUTORA:

GABRIELA LORENA CALDERÓN GUZMÁN

DIRECTOR DE TESIS:

DR. PHD. GALO STALIN BLACIO AGUIRRE

CERTIFICACIÓN

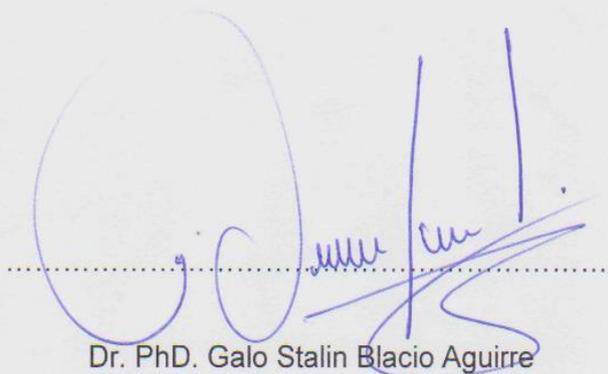
Dr. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre

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

CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado prolijamente el contenido y forma del presente trabajo de investigación jurídica del nivel de pre-grado presentado por la postulante señorita **GABRIELA LORENA CALDERÓN GUZMÁN**, bajo el título de **“TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN, FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL”**, la presente tesis cumple con las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Octubre del 2014.



Dr. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Gabriela Lorena Calderón Guzmán**, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTORA: Gabriela Lorena Calderón Guzmán

FIRMA:.....


CÉDULA: 0705136240

FECHA: Loja, octubre 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, **GABRIELA LORENA CALDERÓN GUZMÁN** declaro ser autora de la tesis titulada: **TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN, FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL**, como requisito para optar al grado de **ABOGADA** 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 23 días del mes de octubre del dos mil catorce, firma la autora.

Firma: 

Autora: Gabriela Lorena Calderón Guzmán.

Cédula: 0705136240.

Dirección: Huaquillas-El Oro Calles Ecuador y Clemente Yerovi

Correo Electrónico: gab_lor@hotmail.com

Teléfono: 2970986

Celular: 0988827691

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre

Tribunal de Grado: PRESIDENTE Dr. Galo Aguirre Valdivieso

VOCAL Dr. Marcelo Costa Cevallos

VOCAL Dra. María Antonieta León Ojeda

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedico primeramente a Dios por darme la vida y la fortaleza para prepararme profesionalmente, y a mi familia, que por su incondicional apoyo he podido culminar mis estudios .

Gabriela Lorena CalderónGuzmán

AGRADECIMIENTO

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

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

LA AUTORA.

TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

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

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

1. TÍTULO.

2. RESUMEN.

2.1 RESUMEN.

2.2 ABSTRACT.

3. INTRODUCCIÓN.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Nociones básicas del Derecho Penal.

4.1.1.1 El Delito.

4.1.1.2 La Sanción.

4.1.1.3 El Derecho Protegido.

4.1.2 El Derecho al Trabajo como objeto de protección de la ley penal.

4.1.2.1 La Simulación Laboral.

4.1.2.2 El Fraude en Materia Laboral.

4.1.2.3 El incumplimiento de obligaciones laborales.

4.1.2.4 El Enriquecimiento Injusto en materia laboral.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 El Tipo Penal de Fraude.

4.2.1.1 Elementos del Delito de Fraude.

4.2.1.1.1 Conducta falaz o engaño.

4.2.1.1.2 Acto de Disposición.

4.2.1.1.3 Daño y lucro patrimonial.

4.2.1.2 Características del Delito de Fraude.

4.2.1.2.1 Delito Consumado.

4.2.1.2.2 Delito Doloso.

4.2.1.2.3 Objeto Material.

4.2.1.2.4 Bien Jurídico Tutelado.

4.2.1.2.5 Valor y ajenidad de la cosa.

4.2.1.2.6 Sujeto Activo y Pasivo.

4.2.2 El Tipo Penal de Simulación.

4.2.2.1 Elementos del Delito de Simulación.

4.2.2.1.1 Acuerdo Simulatorio.

4.2.2.1.2 Fin de engañar a terceros.

4.2.2.1.2.1 La Simulación puede ser Lícita o Ilícita.

4.2.2.2 Simulación Absoluta y Simulación Relativa.

4.2.2.2.1 Simulación Absoluta.

4.2.2.2.2 Simulación Relativa.

4.2.2.2.2.1 Negocio Aparente y Fingido.

4.2.2.2.2.2 Negocio Oculto y Real.

4.2.2.3 Simulación Total y Simulación Parcial.

4.2.2.4 El Delito de Simulación como una especie de Fraude.

4.2.3 El Enriquecimiento Injustificado o sin Causa.

4.2.3.1 Elementos del Enriquecimiento Injustificado o sin Causa.

4.2.3.1.1 Enriquecimiento del demandado.

4.2.3.1.2 Empobrecimiento del actor.

4.2.3.1.3 Falta de causa del desplazamiento patrimonial.

4.2.3.2 La Dicotomía del Enriquecimiento Injustificado o sin causa y la Responsabilidad Civil Extracontractual.

4.2.4 La Mora o Incumplimiento de Obligaciones.

4.2.4.1 Requisitos de la Mora.

4.2.4.1.1 Retardo.

4.2.4.1.2 Culpa o Dolo del Retardo atribuible al deudor.

4.2.4.1.3 Interpelación del acreedor al deudor.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Los delitos laborales que establece la Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2 Análisis de la legislación laboral y penal del Ecuador respecto de los delitos laborales que establece la Constitución de la República del Ecuador.

4.4 Legislación Comparada.

4.4.1 Argentina.

4.4.2 México.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

5.2.- Métodos utilizados.

6. RESULTADOS.

6.1 Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la Investigación de Campo.

6.1.1 Resultados de la Encuesta.

6.1.2 Resultados de la Entrevista.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

8.1 Conclusiones.

8.2 Recomendaciones.

9. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

10. BIBLIOGRAFÍA.

1. TÍTULO:

**“TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS
DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN,
FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL”**

2. RESUMEN.

El Derecho Laboral como rama integrante del Derecho Social, ha pretendido equiparar o dar un equilibrio a las partes integrantes de la relación laboral, en especial a la clase proletaria y trabajadora desde las conocidas luchas sociales por la jornada máxima de ocho horas diarias, por remuneraciones justas, y con un enfoque especial al proceso constitucional del Ecuador que en el año 2008 mediante referéndum aprobatorio, promulgó mediante la Asamblea Constituyente la norma suprema de la República, partiendo de la eliminación de las formas precarias de contratación laboral, y con un nuevo reto consistente en penalizar y sancionar algunas conductas que siguen afectando a las relaciones laborales.

En este contexto, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 327 ha establecido que la relación laboral será directa y bilateral, prohibiéndose toda forma de tercerización, intermediación o precarización laboral, y se ha dispuesto además que el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral serán penalizados y sancionados de acuerdo con la ley.

El mandamiento constitucional es claro, hay que penalizar y sancionar las conductas indicadas en el párrafo anterior, lo que conlleva a la necesidad de efectuar un estudio jurídico-doctrinario para la tipificación de estas conductas que deben revestir antijuridicidad al vulnerar los derechos laborales que son inalienables, intangibles e irrenunciables.

La legislación penal ecuatoriana, con el Código Penal que recientemente fue derogado por el Código Orgánico Integral Penal, ya establecía algunas conductas típicas que merecen sanción y que tienen íntima relación con el ámbito laboral, tales como: exigencia de servicios no impuestos por la ley o contrato; suspensión de trabajo por y para fines ilícitos; la coacción patronal para obligar a participar en boicot o sociedad obrera; y, el impedimento del ejercicio del derecho de petición.

Con un contenido esencialmente enfocado a los derechos de asociación, boicot o paralización del trabajo, suspensión del trabajo y el derecho de petición del trabajador.

Con el actual Código Orgánico Integral Penal, se han establecido las conductas de impedimento o limitación del derecho a huelga; retención ilegal de aportes a la seguridad social y la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

No obstante la nueva normativa penal que entrará en vigencia a partir de ciento ochenta días desde su publicación en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 180 del día lunes 10 de febrero del 2014, no regula las figuras de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.

Surgiendo la necesidad de la tipificación de tales conductas con la determinación de las circunstancias constitutivas y su respectiva penalización o sanción.

ABSTRACT.

The Labor Right as integral branch of the Social Right, it has sought to compare or to give a balance to the integrant parts of the labor relationship, especially to the proletarian and worker class from the acquaintances social fights for the maximum day of eight daily hours, for fair remunerations, and with a special focus to the constitutional process of the Ecuador that in the year 2008 by means of approbatory referendum, it promulgated by means of the Constituent Assembly the supreme norm of the Republic, starting of the elimination in the precarious ways of labor recruiting, and with a new consistent challenge in to penalize and to sanction some behaviors that continue affecting to the labor relationships.

In this topic, the Constitution of the Republic of the Ecuador in their article 327 have established that the labor relationship will be direct and bilateral, being prohibited all outsourcing form, intermediation or labor precarious, and it has also prepared that the nonfulfillment of obligations, the fraud, the simulation and unjust enrichment in labor matter will be penalized and sanctioned in accordance with the law.

The constitutional order is clear, it is necessary to penalize and to sanction the behaviors indicated in the previous paragraph, what bears to the necessity of making a juridical-doctrinal study for the legal typification of these behaviors that should have antijuristic when harming the labor rights that are unalienable, intangible and unavoidable.

The Ecuadorian penal legislation, with the Penal Code that recently was repealed by the Code Organic Penal Integral, some typical behaviors that deserve sanction already settled down and that they have intimate relationship with the labor environment, such as: demand of services not imposed by the law or contract; work suspension for and it stops illicit ends; the employer coercion to force to participate in boycott or labor society; and, the impediment of the exercise of the petition right.

With content essentially focused to the association rights, boycott or paralyzed work, suspension of the work and the right of the worker's petition.

With the current Code Organic Penal Integral, the impediment behaviors or limitation have settled down from the right to strike; illegal retention of contributions to the social security and the affiliation lack to the Ecuadorian Institute of Social Security.

Nevertheless the new one normative penal that will enter in validity starting from hundred eighty days from their publication in the Supplement of the Registration Official Number 180 of the day Monday February 10 the 2014, it doesn't regulate the figures of nonfulfillment of obligations, fraud, simulation and unjust enrichment in labor matter.

Appearing of the necessity, the typification of such behaviors with the determination of the constituent circumstances and their respective penalization or sanction.

3. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo investigativo intitulado: **“TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN, FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL”**, lo he seleccionado partiendo de la realidad social que viven cotidianamente los trabajadores, en verdaderos atropellos a sus derechos reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador y el Código del Trabajo, con el incumplimiento de obligaciones patronales, acciones fraudulentas, simulación de actos o contratos jurídicos o enriquecimiento injusto por parte de sus empleadores.

El sentido proteccionista de las leyes laborales en todo el mundo, parten de la protección del trabajador ante los abusos de la empresa privada, en casos como incumplimiento de los deberes patronales, especialmente la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, así como la falta de pago de salarios y beneficios legales; a más de situaciones de simulación del contrato laboral dando la apariencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales; fraude del empleador con el objeto de perjudicar económicamente al trabajador, y el enriquecimiento injusto.

La falta de tipos penales concretos en la legislación penal ecuatoriano y en el Código Orgánico Integral Penal de reciente promulgación, ha permitido que estas conductas de alto grado de afectación a los derechos del trabajador queden sin solución legal y mucho menos con la sanción que correspondería a tal transgresión del bien jurídico del trabajo.

La presente investigación jurídica parte de la relevancia que dentro de la Ciencia del Derecho, surge con un mandato constitucional de tipificación de conductas como: el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, según la disposición del Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por ende es necesario determinar estas nuevas figuras penales, que hasta la presente fecha no se lo ha hecho ni siquiera en el Código Orgánico Integral Penal.

El presente trabajo investigativo lo he estructurado de la siguiente manera:

En la Revisión de Literatura se trató en el marco conceptual de las nociones generales de Derecho Penal, para dar luego una breve definición del derechos del trabajo como bien jurídico tutelado y definir de una forma general las nuevas conductas a tipificar partiendo de los delitos y figuras jurídicas generales (fraude, simulación, mora o incumplimiento de obligaciones y del enriquecimiento injustificado o sin causa); desde un marco doctrinario se procedió a estudiar en forma específica sobre los elementos constitutivos y características fraude, simulación, mora o incumplimiento de obligaciones y del enriquecimiento injustificado o sin causa; desde un marco jurídico se efectuó un estudio integral de la normativa vigente, partiendo de la Constitución de la República del Ecuador, Código del Trabajo, Mandato Constituyente Nro. 8, Código Orgánico Penal Integral, Ley para el Juzgamiento de la Colusión. Al finalizar la revisión de literatura se efectuó un estudio de Legislación Comparada con cuerpos legales de Argentina y México.

En Materiales y Métodos, se detallan todas las herramientas y fuentes de información que sirvieron para la redacción del informe final, así como las técnicas empleadas para la investigación de campo, las cuales son la encuesta y entrevista aplicadas a una población determinada de funcionarios judiciales, abogados en libre ejercicio, docentes universitarios entre otros.

En los Resultados se muestra estadísticamente los datos obtenidos de la aplicación de las técnicas antes indicadas, mostrándose la información con su respectivo gráfico, interpretación y comentario de la autora.

En la Discusión se verifican los objetivos planteados en el proyecto de tesis, y se fundamentó jurídicamente la propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal a la legislación conexas.

En la parte final del Informe se presentan las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Pongo en conocimiento del H. Tribunal de Grado el presente trabajo de investigación jurídica del nivel de pre-grado, esperando que el modesto trabajo sea de apoyo a la comunidad universitaria, y a la sociedad en general.

La Autora.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

En la presente investigación jurídica referente a la TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN, FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL, es necesario para iniciar el estudio conceptual, doctrinario y jurídico sobre la problemática de la tesis, partir de la noción que la Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum en el año 2008 establece en la parte final del segundo inciso del Art. 327, que el incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizará y sancionará de acuerdo con la ley.

El mandato constitucional de tipificar estas nuevas figuras penales en la legislación ecuatoriana conlleva un verdadero reto, pues como iré indicando en el desarrollo de la presente tesis, se debe partir de las figuras penales ya conocidas, para luego obtener los fundamentos necesarios para implementarlas al ámbito laboral, pues en este caso el bien jurídico sería el derecho al trabajo y sus prerrogativas derivadas en favor de los trabajadores.

Por lo ello, es preciso indicar que el presente estudio iniciará con nociones generales del derecho penal, del derecho al trabajo como bien jurídico protegido, y en el marco doctrinario se profundizará en cada una de los planteamientos de los tratadistas del Derecho sobre las figuras de fraude, simulación, incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto, contrastando siempre con la realidad de los trabajadores ecuatorianos.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Nociones básicas del Derecho Penal.

Dentro de los conceptos y definiciones de Derecho Penal, la presente investigación se remitirá en forma general al delito-sanción con el objeto de determinar las nociones del tipo penal, y en un segundo plano en lo referente al derecho protegido por las normas penales, presupuesto sobre el recae la antijuridicidad de la conducta típica, que merece reunir varios requisitos para ser relevante y procedente su criminalización y penalización.

El presente trabajo investigativo no se enfoca en la generalidad de la Teoría del Delito que es demasiado amplia abarcando puntos como la culpabilidad, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, entre otros aspectos, sino que la presente investigación profundizará en las figuras penales de fraude y simulación en todos sus aspectos teórico-doctrinales, así como se referirá al incumplimiento de obligaciones y el enriquecimiento injusto, partiendo de la premisa de que actualmente no son tipos penales, y cuya regulación es esencialmente civil, pero para cumplir con la disposición constitucional de tipificar nuevos delitos laborales es necesario partir de los fundamentos teóricos y contrastarlos con las conductas relevantes del ámbito laboral que requieran penalización con el objeto de tutelar adecuadamente el bien jurídico del derecho al trabajo.

4.1.1.1 El Delito.

Una de las primeras definiciones a estudiar es la del delito, que para Guillermo Cabanellas es:

“Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa.”¹

Como indica el autor citado, un delito puede entenderse como un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. De esta noción, se desprende lo siguiente, un delito o en términos generales una infracción penal, es todo hecho que por ser antijurídico produce la sanción correspondiente con una pena, el delito es un hecho y no necesariamente requiere ser un acto jurídico, esta primer distinción radica en que un hecho puede ser efectuado con o sin voluntad y conciencia, y puede o no producir efectos jurídicos o puede o no producir el quebrantamiento de alguna disposición legal, en cambio un acto jurídico requiere esencialmente la manifestación de la voluntad o la prestación del consentimiento, y produce efectos jurídicos dependiendo de la idoneidad del acto jurídico (es decir si cumple con sus requisitos esenciales y no hay vicio que conlleva nulidad).

El delito es un hecho y no un acto jurídico por cuanto no produce efectos jurídicos, pero si consecuencias jurídicas, en este contexto el delito es un acto antijurídico, es decir un atentado a un bien jurídico protegido que conlleva la consecuencia de la sanción.

¹CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, I A-D, 9na Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 1976, Pág. 603.

Por otro lado, no todo hecho antijurídico es un delito, sino aquel hecho que reúne los elementos del tipo penal, es decir de ciertas circunstancias constitutivas que lo diferencia de otras conductas que no requieren penalización, de esta forma por ejemplo en el delito de daños en la propiedad privada, la destrucción de una ventana de vidrio no reúne la importancia económica para ser tratada como un delito, sino que en este caso se resuelve por la vía civil, es decir quien ocasionó el daño mínimo debe reponer indemnizando al afectado.

Además una infracción penal puede ser dolosa o culposa, es decir existe un elemento subjetivo en el delito que es la culpabilidad, la cual tiene diferente gradación, en el caso del dolo determinaría la intención afirmativa de causar daño por ejemplo en el caso del tipo penal del asesinato, en el cual una persona valiéndose de la noche y el despoblado quita la vida a otra persona, en cambio hay homicidio culposo cuando la muerte de la persona se produjo sin que el agente haya querido ese resultado, pero por falta de previsión del agente se produjo el resultado, y por ello es penalizada la conducta.

Cabe indicar que en el sistema penal ecuatoriano, ley penal es aquella que contiene un precepto sancionado con la amenaza de una pena, pues a más de que el agente cumpla con la conducta típica, para que sea sancionado se requiere de otros elementos, principalmente la imputabilidad, pues en ciertos casos no se puede atribuir responsabilidad penal, tal como el caso de que el hecho punible lo haya efectuado un alienado mental o un adolescente que son penalmente inimputables, y que concurren los elementos subjetivos de culpabilidad es decir obrar con voluntad y conciencia.

Otro punto es la antijuricidad que establece como regla general que la conducta afecte un bien jurídico protegido, pero a esto la ley ha establecido ciertas excepciones como son las causas de justificación, en las cuales no se comete delito, entre estas causas en forma general se puede citar la legítima defensa, por la cual no comete delito quien quita la vida a otra persona en legítima defensa.

Respecto del delito Ernesto Albán manifiesta lo siguiente:

“...suele definirse al delito como aquel acto que ofende gravemente al orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y que, por tanto merece una sanción”².

De la definición transcrita, a más de lo ya indicado, es relevante hacer hincapié en que el delito afecta gravemente al orden ético-cultura de una sociedad determinada en un momento determinado y que por tanto merece sanción. El derecho al ser una producción de carácter social, se concibe como la regulación de una sociedad determinada en un momento histórico determinado.

De lo indicado se desprende que en un determinado momento de la vida de una sociedad, ciertas conductas pueden ser consideradas como transgresiones graves al ordenamiento legal, y por tanto merecen sanción, pudiendo ser despenalizadas en un tiempo posterior debido a la evolución del pensamiento de la sociedad a través del tiempo. Como un ejemplo se encuentra que en

² ALBÁN Ernesto, **MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO**, Parte General, 1era. Edición. Colección Profesional Ecuatoriana. Ediciones Legales, Quito- Ecuador, Pág. 108.

Israel en tiempos de Moisés el adulterio de la mujer era castigado con la muerte a pedradas.

De igual manera en Estados Unidos, algunos de sus Estados tienen pena de muerte, lo cual para la legislación ecuatoriana que ampara el derecho a la vida resulta en una barbarie que atenta contra los derechos humanos, para aquellos Estados es legal y procedente.

En toda regulación legal penal sin importar el país, parten del principio de legalidad y de la tipicidad de las conductas prohibidas que en caso de cometerse conllevan la consecuencia de la pena o sanción conforme indica Claus Roxin:

“La delimitación de los comportamientos prohibidos o en su caso de observancia obligatoria, se han delimitado en lo que conocemos como tipo penal, por lo que Welzel, retomando las ideas de Bebing considera atribuir la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida...”³

El tipo penal consiste en la delimitación de la conducta que a más de prohibida, sea punible dentro del sistema penal, con el objeto de preservar de esta forma los bienes jurídicos protegidos previniendo la comisión de tales conductas en la sociedad (prevención absoluta).

Como es conocido la criminalización de las conductas y la penalización grave de las mismas no ha contribuido a erradicar la comisión de ilícitos, por ende la prevención absoluta de la pena, no es de una efectividad total, pero permite

³ ROXIN Claus, **TEORÍA DEL TIPO PENAL**, Editorial Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1979, Pág. 70.

frenar en un gran punto la comisión de ilícitos, pues sin normas sancionadoras existiría una situación caótica en la sociedad, quedando en mero enunciado la seguridad jurídica de cualquier país.

4.1.1.2 La Sanción.

Sergio Ramírez García, en lo que respecta a la sanción o pena, manifiesta que:

“...el delito sin pena es campana sin badajo. Por lo tanto, era preciso fijar el acompañamiento del crimen, para espanto y escarmiento de los criminales; en otros términos, labrar en la cantera unas sanciones que correspondieran a la malicia de los autores y a la gravedad de la falta: exacerbadas aquéllas y éstas.”⁴

Al ser el delito un hecho antijurídico atentatorio de los bienes jurídicos protegidos, requiere de una retribución o castigo acorde al hecho cometido (proporcionalidad entre delito y sanción), con el objeto de restituir el orden social, y servir de ejemplo a los demás ciudadanos con la finalidad de evitar la comisión de delitos.

Entonces la sanción surge como una consecuencia del quebrantamiento de las normas jurídicas protegidas, y el cumplimiento de los elementos del tipo penal concreto.

⁴ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, **ITINERARIO DE LA PENA**, en CRIMINALIA (Academia Mexicana de Ciencias Penales), Año LXIII, Nro. 1, México, Enero-Febrero 1997, Pág. 182.

En lo referente, a lo que el autor indica que el delito sin pena es como una campana sin badajo, es muy importante recalcar que las normas jurídicas son en primer plano esencialmente normativas, es decir, establecen reglas de conducta o lo que es conocido como el deber ser, las normas jurídicas por el hecho de ser objetivas y positivas, son de cumplimiento obligatorio. Pero más sucede que en la realidad social, existe siempre el riesgo que los preceptos jurídicos sean vulnerados, contravenidos o quebrantados.

Las garantías normativas en las que se incluyen los derechos y bienes jurídicos protegidos como el derecho a la vida, al patrimonio, a la propiedad, a la fe pública entre otros, son de carácter primario, y establecen el deber jurídico de las personas de respetar tales bienes de protección legal.

Las garantías primarias en todo sistema jurídico devienen en ineficaces sino existen otro tipo de garantías secundarias, estas son las garantías de tutela jurídica y especialmente jurisdiccional, lo indicado quiere decir, que al quebrantamiento de una norma jurídica (garantía normativa-primaria), existe la garantía secundaria que consiste en el procedimiento ante el órgano jurisdiccional correspondiente, que garantice la reparación de la afectación al derecho tutelado.

Las garantías secundarias, son de diverso índole y se regulan a través de las diferentes clases de Derecho (Civil, Mercantil, Administrativo, Penal, etc.), por ello por ejemplo en Derecho Civil, ante vicios ocultos en la cosa objeto de una compraventa, la legislación civil establece la figura de la rescisión del contrato

(terminación unilateral del contrato), con la correspondiente sanción pecuniaria de indemnización de los daños y perjuicios.

En el mismo caso, por ejemplo puede tratarse también de una defraudación, es decir que existió un engaño con el objeto de apropiarse del dinero del comprador, pero ante la aplicación de la sanción penal, primero están las demás formas de garantizar la reparación del derecho vulnerado, esto es lo que se instituye como el principio de mínima intervención penal, solo en ultima ratio se aplica el derecho penal.

Respecto a la sanción Fernando Velásquez manifiesta:

“Frente al delito el Estado tiene dos posibilidades: una preventiva y otra represiva. Las dos opciones forman parte de la ingeniería o diseño de la Política Criminal que un Estado en particular adopta para enfrentar este fenómeno social.”⁵

Remontando una vez más al concepto general de sanción, hay que hacer una distinción que este concepto jurídico vendría a ser la consecuencia jurídica que se aplica a una persona que quebranta las normas jurídicas vigentes, cuya conducta se adecua al tipo penal, y se puede atribuir culpabilidad a su acción u omisión.

La sanción en forma doctrinaria, se ha dividido principalmente en dos corrientes, la primera denominada de la prevención absoluta, la cual tiene una

⁵ VELÁSQUEZ Fernando, **DERECHO PENAL**, Parte General, 1era Edición, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, Pág. 113.

carácter represivo, y la sanción se denomina pena, en esta corriente se trata de la prevención en forma general por medio de la retribución del mal causado por el ilícito, especialmente las penas privativas de libertad son las más características de este tipo de sanciones.

La segunda corriente es la denominada, prevención relativa o especial, la cual tiene un carácter estrictamente preventiva no represiva, y la sanción se denomina medida de seguridad, en este contexto se propende a la prevención de que el agente cometa de nuevo el ilícito mediante la aplicación de medidas especialmente de carácter de rehabilitador.

Por regla general los sistemas penales modernos, incluyen ambas doctrinas en sus legislaciones, las penas esta reservadas a los imputables, personas a las que se les puede atribuir responsabilidad penal y culpabilidad (obrar con voluntad y conciencia, por culpa o dolo). Mientras que las medidas de seguridad son aplicadas en forma general a los casos de inimputabilidad, tales como la demencia, adolescentes infractores, etc., en cuyos casos se aplica internamiento psiquiátrico, y medidas socio educativas respectivamente.

Para finalizar este apartado sobre la sanción, Eduardo Novoa indica que:

“...el tipo penal selecciona comportamientos humanos, los valora a fin de servir de molde múltiple que aparte a las que no coinciden con sus figuras específicas, en tal virtud solo guarda congruencia exacta con alguna forma reúne las características de ser típica.”⁶

⁶ NOVOA MONREAL Eduardo, **CAUSALISMO Y FINALISMO EN DERECHO PENAL**, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1980, Pág. 33.

La tipificación penal juega un papel preponderante en las garantías de legalidad en Derecho Penal, pues solo la conducta típica es susceptible de sanción (pena o medida de seguridad), si el hecho que se juzga ante los Tribunales de Garantías Penales no se adecua a la conducta típica, no puede ser sancionado, por existir uno de los casos de atipicidad (falta de elementos del tipo), no hay en materia penal interpretación por analogía ni extensiva.

Solo las conductas antijurídicas relevantes son las que el ordenamiento jurídico, amenaza con la imposición de una pena de cumplirse los elementos del tipo, de existir imputabilidad y culpabilidad del agente.

4.1.1.3 El Derecho Protegido.

Otra de las nociones básicas de Derecho Penal que hay tener en cuenta es la de derecho protegido, que según Luigi Ferrajoli son: *“los impulsos y líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”*⁷

El derecho protegido, es en sí una prerrogativa amparada por el ordenamiento jurídico, desde la norma suprema constitucional hasta las protegidas por disposiciones legales.

⁷FERRAJOLI Luigi, **DERECHOS Y GARANTÍAS**, 2da Edición, Editorial TROTTA, Año de Publicación 1999, Madrid-España, Pág. 37.

Todo derecho reconocido en el ordenamiento jurídico tiene el carácter de ser protegido con las diferentes instituciones jurídicas, ya sean de carácter civil, laboral, mercantil, administrativo, penal, etc.

Como ya indique anteriormente, la antijuridicidad radica en que el delito transgreda derechos reconocidos y tutelados, pero para que tenga la calidad de infracción penal deben cumplirse los elementos del tipo penal objetivo.

Dentro de los principales bienes jurídicos protegidos se encuentra, el derecho a la vida, a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, derecho a la propiedad, derecho al patrimonio, derecho a la integridad personal, derecho a la fe pública, etc.

Hans Heinrich Jescheck, al respecto indica:

“El bien jurídico ha recuperado un sitio de privilegio evidente dentro de la ciencia penal contemporánea, que lo jerarquiza como un concepto dogmático de primer nivel, adecuado al carácter fragmentario del Derecho Penal.”⁸

El derecho protegido es un elemento esencial para la estructura del Derecho Penal, pues fundamenta y da validez al sistema jurídico-punitivo, pues no habría razón lógica ni justificación de la represión de conductas que no afecten al ordenamiento jurídico en forma grave, relevante y típica.

La antijuridicidad radica en la lesión del orden jurídico protegido, y por ende requiere de la punibilidad como mecanismo esencia de restauración, cuando

⁸ JESCHECK Hans Heinrich, **TRATADO DE DERECHO PENAL**, Parte General, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1981, Pág. 73.

el hecho imputable sea de tal magnitud que las demás garantías jurisdiccionales sean insuficientes para mitigar sus efectos y garantizar una prevención en el cometimiento de ilícitos.

De igual manera lo indica J. Martín Escrivá:

“Por ende, la norma penal solo adquiere sentido en tanto protege un determinado bien jurídico merecedor de tutela, contra aquellas afectaciones graves que signifiquen su lesión efectiva o, cuando menos, la puesta en peligro real e inminente.”⁹

A más de lo indicado ya, de la cita precedente se puede inferir que la afectación a un determinado bien jurídico protegido puede ser de resultado o de peligro, en el primer caso produce una afectación real y directa del derecho tutelado, tal como el caso de un robo, homicidio, etc.

Pero también hay acciones de peligro por ejemplo el delito de vagos y mendigos que reúnan los elementos del tipo, como que porten armas por ejemplo, deviene en una conducta de peligro para la sociedad por la posibilidad de que se traten de salteadores.

Otro ejemplo de un delito de peligro puede ser la venta de bebidas alcohólicas adulteradas o en forma ilegal, el riesgo de afectación a la salud pública se hace evidente, tal como el caso un poco reciente de las intoxicaciones con metanol que se produjeron en muchos lugares del Ecuador.

⁹ ESCRIVÁ GREGORY J. Martín, **LA PUESTA EN PELIGRO DE LOS BIENES JURÍDICOS EN DERECHO PENAL**, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1976, Pág. 37.

4.1.2 El Derecho al Trabajo como objeto de protección de la ley penal.

En este punto es necesario establecer al derecho del trabajo como objeto de protección de la ley penal (bien protegido penalmente), para lo cual iniciare por definir lo que es el derecho al trabajo, que como indica José Manuel Lastra quien se refiere al hecho generador del derecho al trabajo:

“El contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario. En las que el trabajador entrega libremente su trabajo de acuerdo a las condiciones pactadas y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo.”¹⁰

Si bien el derecho al trabajo está consagrado en la mayoría de textos constitucionales, tratados internacionales de la O.I.T. (Organización Internacional del Trabajo), y las disposiciones legales de cada Estado, no por ello significa que toda persona tenga una plaza de trabajo, especialmente en los países en vías de desarrollo como el Ecuador, en el cual existe una gran índice de pobreza y desempleo.

Por ende un derecho es exigible al momento de que las circunstancias fácticas se producen y se adecuen al precepto jurídico, es decir en forma normativa todos tenemos derecho al trabajo, pero solo llega a producirse al momento de

¹⁰ LASTRA José Manuel, **LA BUENA FE EN EL TRABAJO: ¿UN PRINCIPIO QUE SE DIFUMINA?**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, Documento en formato PDF, **Fuente:** http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC03/DYC003_B02.pdf, Consultado el 12 de diciembre del 2013, Pág. 6.

celebrarse un contrato de trabajo con un empleador determinado, entonces la permanencia, estabilidad y primordialmente el derecho a una remuneración justa se vuelven efectivos y son susceptibles de ser reclamados ante el órgano jurisdiccional competente, es por ello que el autor citado indica, que el contrato de trabajo es el fundamento de los derechos y obligaciones recíprocas entre trabajadores y empresarios-empleadores.

Al mismo respecto indica Demófilo de Buen que:

“...el contrato de trabajo solo determina la ocasión de que se produzcan los efectos de la relación de trabajo, pero estos nacen ex-lege; o bien como sustitutos de la ley, de los pactos sindicales o de las ordenanzas corporativas... tampoco el contrato de trabajo debe ser asimilado a los contratos obligacionales, productores de efectos de carácter patrimonial. Debe orientarse hacia el tipo de contratos de naturaleza personal, como la adopción, los esponsales y el matrimonio.”¹¹

Según la definición transcrita, el contrato de trabajo es el que establece los efectos de la relación de trabajo que nacen de la ley (ex-lege), por tanto al momento de producirse la relación de trabajo ya sea por contrato expreso o tácito, se generan las obligaciones que establece la ley, por ejemplo a la remuneración básica unificada del trabajador en general o remuneración básica sectorial, las remuneraciones adicionales (decimotercera y decimocuarta remuneración), vacaciones pagadas, etc.

El contrato de trabajo puede establecer obligaciones sustitutivas a la ley de la materia (Código del Trabajo, Mandato Constituyente Nro. 8, reglamentos y resoluciones relativas al trabajo), siempre y cuando no contravengan las

¹¹ DE BUEN Demófilo, **ASPECTOS DE LA MODERNA DOGMÁTICA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**, Publicación en JUS: Revista de Derecho y Ciencias Sociales, T. VII Núm. 36, julio de 1941, México D. F., Pág. 22.

disposiciones legales y sean beneficiosas para el trabajador, tal es el caso que por contrato de trabajo se convenga una remuneración superior a la básica o sectorial, la misma que es válida ante cualquier órgano jurisdiccional, pues es beneficiosa al trabajador.

Algo muy relevante que indica el autor Demófilo de Buen, es que el contrato de trabajo genera derechos personales y no patrimoniales, lo cual tiene su sentido lógico, pues las obligaciones que nacen de la relación laboral son personales, tanto para el empleador de pagar y cumplir sus obligaciones patronales, como para el trabajador de cumplir con su prestación de servicios con diligencia y responsabilidad.

Pero en cuanto a lo que indica el autor, de que no genera derechos patrimoniales, genera una primera situación a analizar en la presente tesis, que plantea la tipificación de nuevos delitos en materia laboral conforme establece la Constitución de la República del Ecuador, entre los cuales están el fraude, simulación, incumplimiento de obligaciones y el enriquecimiento injusto en materia laboral, por cuanto el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto principalmente tienen un contenido y regulación de íntima relación con el patrimonio de las personas. Por ello como un breve criterio personal puedo indicar que los derechos del trabajador son también parte de su patrimonio especialmente en lo referente a haberes (remuneraciones, liquidaciones, pago de trabajo suplementario, extraordinario) e indemnizaciones, pues constituyen derechos y el patrimonio los incluye, pues no se puede asimilar al patrimonio con la propiedad de bienes muebles e inmuebles, el contenido jurídico del patrimonio también

incluye los derechos y las obligaciones (pasivos), y los derechos del trabajador también tienen connotación patrimonial, y un rango elevado, pues son derechos privilegiados de primera clase y de carácter intangible e irrenunciable.

Para Paúl Durand y André Rousat:

“El trabajo es el fundamento sobre el que se forma la vida familiar, la cual es un derecho natural y una vocación del hombre. El trabajo asegura los medios de subsistencia y garantiza el proceso educativo de los hijos.

Familia y trabajo, tan estrechamente interdependientes en la experiencia de la gran mayoría de las personas, requieren una consideración más conforme a la realidad, una atención que las abarque conjuntamente, sin las limitaciones de una concepción privatista de la familia y economicista del trabajo. Es necesario para ello que las empresas, las organizaciones profesionales, los sindicatos y el Estado se hagan promotores de políticas laborales que no perjudiquen, sino favorezcan el núcleo familiar desde el punto de vista ocupacional.”¹²

Como indican los tratadistas citados, el trabajo es un derecho fundamental inherente a la naturaleza del ser humano y a su vocación, esto parte de que la esencia del hombre es la de ser un ente social, por ende la interacción con los demás miembros de la especie conlleva a la relación de cooperación, lo cual se logra de diversas maneras y una de ellas es la realización de una actividad laboral, por cuanto el trabajador coopera con su empleador al prestar sus servicios, y el empleador coopera con su trabajador y con su comunidad al ofrecer plazas de trabajo, que generan ingresos y medio de subsistencia para las familias.

El derecho al trabajo en este contexto tiene una trascendencia social, personal, familiar y económica, pues es fuente del desarrollo local y en gran

¹²ROUSAT André –DURAND Paul, **PRÉCIS DE LEGISLATION INDUSTRIELLE**, París, 1947, Pág. 210.

escala del desarrollo nacional de cada país. Haciendo hincapié en lo referente a la transcendencia económica del derecho del trabajo, lo cual conlleva la noción de derecho patrimonial.

Con lo indicado, también es necesario establecer algunas pautas que determinan la esencia del derecho del trabajo en virtud de un contrato entre trabajador y empleador, tal como indica Juan Ramírez:

“Aquel por virtud del cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra para trabajar bajo la dirección de ésta mediante una remuneración. El concepto de contrato de trabajo es más amplio, pero no opuesto al de locación de servicios, pues debido a que la moderna figura se tipifica sobre notas (subordinación – profesionalidad – continuidad) diversas a las instituciones tradicionales de origen romanista, además de absorber algunas formas del mandato (caso del factor de comercio) y de la locación de obra (¿trabajo a destajo?), comprende también casi todas las formas de la locación de servicios.”¹³

Desde la antigüedad en el Derecho Romano del paso del régimen esclavista, se crearon unas nuevas instituciones como la locación de servicios (arrendamiento de servicios) que en las etapas posteriores se configuró en la relación de trabajo asalariado que hoy conocemos.

La relación de trabajo se fundamenta en el principio de libertad de contratación (lo que lo diferencia esencialmente del trabajo forzoso o esclavitud o servidumbres personales según del Derecho Romano), y al remuneración íntegra y justa por el trabajo prestado.

No obstante la libertad debe ser entendida dentro de la premisa de contratación, pues la relación laboral tiene aspectos propios de dependencia

¹³ RAMÍREZ Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Vol. 6 Colección Diccionarios, 8ª Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires-Argentina, 1976, Pág. 96.

y subordinación, es decir el trabajador se encuentra a las órdenes de su empleador siempre y cuando estas fueren inherentes al contrato de trabajo y sean además lícitas, pues un trabajo solo puede ser concebido como tal en una actividad lícita y personal.

Una vez definido al derecho al trabajo como un bien jurídico protegido, es necesario determinar cuál es la clase de protección que se le ha brindado a este derecho, para lo cual Eduardo Stafforiní indica:

“...las reglas procesales han de adaptarse a la índole de los derechos que tienden a hacer efectivos y cuando se trata de materias jurídicas especiales, como la del trabajo, que justifican la existencia de un derecho autónomo, ha de admitirse la necesidad de un fuero y procedimiento propios”¹⁴

De la transcripción que antecede, se desprende que el derecho al trabajo remunerado y sus derechos derivados o relacionados tienen su protección especial y de acuerdo a su materia, en este caso la norma base y común de la regulación del derecho al trabajo en el Ecuador son las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, la Codificación vigente del Código del Trabajo y demás legislación conexas.

La regulación laboral ha establecido reglas de cumplimiento en las relaciones laborales, por ejemplo el pago puntual de las remuneraciones el cual no puede retardarse de 30 días, pues la remuneración generalmente es mensual, aunque el Código del Trabajo establece remuneración por jornal (diaria) y

¹⁴STAFFORINÍ Eduardo, **DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO**, Editorial La Ley, Buenos Aires-Argentina, Año de Publicación 1946, Pág. 4.

quincenal. En caso de incumplimiento de obligaciones laborales se encuentran los organismos pertinentes a los cuales el trabajador debe acudir, entre ellos los Inspectores del Trabajo y los Jueces de Trabajo.

Existen procedimientos propios en el ámbito administrativo laboral (ante las Inspectorías del Trabajo), tales como el visto bueno como una forma de terminación de la relación laboral cuando tanto el trabajador o el empleador están incurso en ciertas causales determinadas en el Código del Trabajo, como también el desahucio como forma legal de terminación de la relación laboral.

Los Jueces de Trabajo tienen la potestad jurisdiccional de proteger los derechos de los trabajadores, especialmente de mora del empleador en el pago de sus obligaciones, por haber despedido intempestivamente (arbitrariamente) al trabajador, lo cual conlleva a la sanción del pago de indemnizaciones.

Al respecto manifiesta Francisco Romero Montes:

“...el principio protector y el de informalidad que buscan, por un lado, equilibrar la posición donde se encuentra la persona trabajadora subordinada con respecto a la empleadora y, por otro lado, tratan de eliminar toda ritualidad excesiva que limite el derecho de la parte trabajadora a tener acceso a los órganos jurisdiccionales para la tutela de sus pretensiones.”¹⁵

¹⁵ ROMERO MONTES Francisco Javier, **DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO**, Segunda Edición, Editorial San Marcos, Lima-Perú, Año de Publicación 1998, Pág. 41.

Las autoridades del trabajo están obligadas al amparo directo y eficaz de los derechos de los trabajadores (tutela efectiva de derechos), por ende respecto de la presente investigación jurídica, surge la necesidad de plantear hasta qué punto es suficiente la tutela de las normas laborales y en qué momento se requiere de una tutela de carácter penal.

La mayor parte del incumplimiento por parte de los empleadores, puede ser tutelado mediante la regulación laboral, pero es necesario determinar qué tipo de conductas revisten tal gravedad para ser consideradas para una tipificación penal, por ello es necesario analizar los aspectos doctrinarios de los delitos de fraude, simulación, incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento sin causa, lo cual indicaré en los próximos apartados y en especial en el marco doctrinario y jurídico de la presente tesis.

4.1.2.1 La Simulación Laboral.

Una de las figuras jurídicas que establece la Constitución de la República del Ecuador a ser penalizada es la simulación laboral, respecto de esta figura como ya explicaré más adelante si hay regulación jurídica a uno de sus principales casos, pero la simulación dentro del ámbito laboral puede tener varias connotaciones a analizar, para iniciar con la definición de los que es la simulación he considerado conveniente citar al Dr. Gustavo Labatut que al respecto manifiesta:

“Simular en términos generales, es suponer una relación jurídica inexistente, más concretamente la simulación constituye un caso en que existe contradicción entre lo querido y lo declarado.”¹⁶

La simulación es un término jurídico empleado para la demostración aparente de un acto o contrato jurídico, ya sea inexistente o que tenga una naturaleza distinta a la que se muestra. Como indica el autor existe una clara contradicción entre lo querido y lo declarado, lo querido es el motivo por el cual se realiza la simulación que puede tener diversos motivos, incluso dentro de la licitud por ejemplo el caso de la compraventa entre padres e hijos, por lo general simulan este tipo de contrato para no entrar en la verdadera figura jurídica que correspondería esto es la donación entre vivos (y en este caso entre legitimarios) con el objeto de evitar pagos de impuesto a la renta de donaciones al Servicio de Rentas Internas, en este caso si hay simulación, pero la misma en muy raros casos puede ser penalizada, simplemente porque ni siquiera hay la evasión del tributo o impuesto, pues el mismo hubiera surgido de la donación, pero al no haber hecho generador no hay tributo ni mucho menos ilícito tributario en este caso.

La doctrina en forma general ha establecido que la simulación constituye delito cuando produce un perjuicio patrimonial a un tercero.

Según Martín Alonso a la simulación se la puede definir como la *“...alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”¹⁷*

¹⁶ LABATUT Gustavo, **DERECHO PENAL**, Tomo II Parte Especial, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año de publicación 2006, Pág. 223.

¹⁷PEDRAZ Martín Alonso, **ENCICLOPEDIA DEL IDIOMA**, Tomo III, N-Z, Editorial Aguilar,

La alteración que se produce con la simulación puede ser en la causa del contrato, es decir aparentar una finalidad jurídica como justa ante los terceros, tal es el caso por ejemplo de simular un contrato de arrendamiento con el objeto de solicitar un préstamo ante una entidad bancaria, sin que haya en realidad un contrato de arrendamiento, entonces la causa del contrato de arrendamiento es inexistente, simplemente se da tal apariencia para lograr otro objetivo.

La simulación puede cambiar el índole o el objeto de contrato, es decir aparentar la esencia o naturaleza verdadera del contrato, tal es el caso del ejemplo indicado en líneas anteriores de simular una donación entre vivos dándole la apariencia de una compraventa.

“FRAUDE POR MEDIO DE SIMULACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO: Existe el delito de fraude, si los acusados simulan un contrato de trabajo y al entablar el juicio correspondiente el demandado confiesa en la demanda y el actor embarga una finca con el fin de perjudicar los derechos del acreedor hipotecario, en virtud de que los salarios de los trabajadores tienen derecho a ser pagados preferentemente a cualquier otro crédito y esa preferencia obtenida por la simulación burla el derecho que tiene el acreedor hipotecario, de que su crédito sea totalmente pagado y los acusados persigan el propósito de obtener indebidamente un beneficio.”¹⁸

A breves rasgos indicaré los casos de simulación de los cuales si existe regulación actual, uno de ellos está por ejemplo la simulación de relación laboral con iniciación de un proceso judicial con el objeto de perjudicar a un tercero acreedor, en tal caso al ser preferentes los derechos del trabajador

México, 1991, Pág. 3781.

¹⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN**, Volumen IV, México, 1998, Documento en Formato PDF, **Fuente:** <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1076/25.pdf>, Consultado el 12 de diciembre del 2013.

pueden incluso pedir la cancelación del embargo que haya intentado el tercero acreedor para recuperar su crédito, este es el caso más generalizado que da la doctrina como ya profundizaré más adelante.

Otro caso es dar la apariencia de un contrato civil a un contrato de trabajo, mediante la simulación del contrato de servicios profesionales mediante la exigencia de facturas por parte del empleador al trabajador, lo cual está indicado en el Mandato Constituyente Nro. 8. Ambos casos son los más relevantes de la simulación en el ámbito laboral, pero de los dos, solo el primero, esto es la simulación de un contrato laboral para perjudicar a un tercero acreedor se encuentra regulado como delito de colusión que se puede perseguir en la vía civil y luego en acción penal privada según la Ley para el Juzgamiento de la Colusión.

José Manuel Lastra indica respecto al segundo caso, esto es la simulación de un contrato laboral dándole la apariencia de una figura civil o mercantil:

“Sin embargo, tal parece que esto no ha sido suficiente para evitar que auténticas relaciones laborales sean contratadas por la vía civil o mercantil, circunstancia que va en detrimento del trabajador, la seguridad social y compromisos fiscales que se eluden.”¹⁹

La apariencia de un contrato civil que se le puede dar a un contrato laboral mediante especialmente la exigencia de presentación de facturas por parte del empleador al trabajador, puede conllevar los siguientes perjuicios

¹⁹ Ob. Cit., LASTRA José Manuel, **LA BUENA FE EN EL TRABAJO: ¿UN PRINCIPIO QUE SE DIFUMINA?**, Pág. 13.

económicos al obrero, en primer lugar se evita pagar remuneraciones mínimas legales aparentando que se paga honorarios por servicios profesionales que pueden ser de menor cuantía que las remuneraciones mínimas que debe cumplir el empleador; otra afectación viene a ser la falta de afiliación al seguro social que actualmente ya es delito si es producido por una persona jurídica y contravención si lo hace una persona natural (de acuerdo al Código Penal Integral de reciente publicación), evitar el pago de beneficios legales como remuneraciones adicionales como decimotercera y decimocuarta remuneración, vacaciones pagadas, horas de trabajo suplementario y extraordinario, pago de indemnizaciones por despido intempestivo, pues no hay esta figura en el contrato de arrendamiento de servicios profesionales de naturaleza civil, a más de que los empleador simulan cartas de renuncia, entre otras situaciones que suceden en el ámbito laboral cotidiano.

“Lo curioso es que celebran contratos de prestación de servicios profesionales con personas que no tienen esa condición, y por lo tanto no cuentan con cédula profesional, indispensable para celebrar un contrato de tal naturaleza. Aunado a lo anterior, en la mayoría de los casos el puesto de trabajo en cuestión no requiere ser desempeñado por un profesional, como el caso de secretarías, asistentes, vendedores, etcétera.

En realidad se trata de una simulación de un acto jurídico, cuyas consecuencias legales perjudican principalmente al patrón, pues los derechos de los trabajadores son irrenunciables y de no acreditar la naturaleza civil del servicio, deberá cubrir los que dejó de pagar, con distintos recargos, por serle imputable.”²⁰

²⁰ DE BUEN UNNA, Claudia, **EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, VÍA DE FRAUDE LABORAL**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Documento en formato PDF, **Fuente:** <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/10.pdf>, Consultado el 12 de diciembre del 2013, Pág. 168-169.

Los derechos de los trabajadores son irrenunciables, por ende no pueden ser menoscabados por medio de la simulación, lo cual conlleva a una gran responsabilidad de parte del juzgador que tiene que distinguir los elementos que configuran la relación laboral, en primer lugar la prestación de servicios profesionales se requiere de título profesional, pero incluso ello no es determinante pues el Código del Trabajo también reconoce el empleo privado que es de carácter intelectual antes que físico.

En este punto conlleva a tener presente otras de las características esenciales de la relación laboral, la cual es la dependencia que se traduce en una subordinación del empleado al empleador generalmente se constata con la existencia de un horario, y por la naturaleza de la prestación del servicio. Un claro ejemplo es los servicios prestados por un Abogado no están sujetos a relación de dependencia sino que el profesional debe cumplir con el objeto para lo cual es contratado con toda libertad en cuanto a la forma en que puede llevar a cabo su cometido sin que exista horarios y subordinación ante el cliente, lo cual no quiere decir que el Abogado incumpla con la voluntad de sus clientes, sino que es una prestación más libre y de carácter completamente civil, la contraprestación es el pago de honorarios, los mismos que no se pagan mensualmente como lo es en el caso de las remuneraciones propias de la relación laboral.

Otro caso en que puede haber relación de dependencia de un profesional, es cuando al Abogado se lo ha contratado una entidad privada para que desempeñe el cargo de Asesor Jurídico, en este caso hay relación de

dependencia y por tanto una relación de trabajo. Lo indicado son los principales casos de simulación aunque pueden haber más conductas que se puedan incluir en esta figura jurídica.

4.1.2.2 El Fraude en Materia Laboral.

Otra figura a implementar es el fraude en materia laboral, que al respecto no hay regulación actual tanto en el Código del Trabajo como en el Código Penal Integral, por eso me referiré a la figura genérica del fraude como delito contra el patrimonio de las personas, para iniciar con la definición de lo que es el fraude, se puede partir con lo que indica Carlos Onecha Santamaría:

“En la evolución de la criminalidad se observa la tendencia a la disminución de los delitos cometidos por medios violentos, siendo sustituidos por otros artificios cuyo denominador común es la inteligencia puesta en servicio de fines criminales. La mayor facilidad para la perpetración de una infracción que el empleo de la astucia supone, el aseguramiento de los resultados, la posibilidad de una impunidad y la mayor eficacia de tal procedimiento, son razones que han llevado a la progresiva reducción de esa forma primitiva que va implícita en la rudeza de la persona que se manifiesta mediante el uso de la fuerza.”²¹

En un comienzo los delitos contra el patrimonio fueron por excelencia de carácter violento o por medio de la fuerza y hechos físicos, tales como el robo y el hurto, pero incluso desde antiguo ya se produce una forma de apropiación del patrimonio o bienes ajenos mediante la utilización de métodos de astucia o engaño que produzcan tal fin en las víctimas.

²¹ ONECHA SANTAMARÍA Carlos, **EL ENGAÑO EN EL DELITO DE ESTAFA**, Juez de Primera Instancia y de Instrucción de Grado de Asturias-España, Publicación de internet, Documento en formato PDF, **Fuente:** <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344054635?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content..>, Consultado el 12 de diciembre del 2013.

En el Derecho Romano ya se hace una distinción en una especie intermedia entre el hurto y el engaño, a la cual denominaron estelionato (stellionatus) que es en esencia la estafa o defraudación por medio de engaños o artificios para conseguir apropiarse del patrimonio ajeno.

Eduardo López Betancourth y Moreno Petit manifiestan respecto de la naturaleza del delito de fraude que:

“Este comportamiento ilícito se cuenta en el grupo de los dirigidos en contra de las personas en su patrimonio, o en contra del patrimonio de las personas- para deslindarlos conforme al bien jurídico que la tipificación protege-, a los que se denomina en síntesis, “delitos patrimoniales”. ”²²

El fraude es un delito contra el patrimonio, lo cual lo diferencia del delito de robo, hurto o abigeato que se centra en la propiedad, entendida como un bien mueble concreto y determinado, en este contexto, el delito de fraude afecta a un bien tutelado de mayor amplitud que los delitos indicados, esto es el patrimonio de las personas, por cuanto este si bien incluye propiedades de cosas muebles, dinero, títulos valores, títulos de crédito entre otros, en pocas palabras el patrimonio es el conjunto de bienes, derechos e incluso las obligaciones que deba una persona determinada.

La esencia del fraude es el engaño o el artificio para producir el error en la víctima a realizar una disposición en su patrimonio, con el objeto de lucrar en forma ilícita de esta víctima.

²² LÓPEZ BETANCOURT Eduardo-PETIT Moreno, **EL DELITO DE FRAUDE (Reflexiones)**, Editorial Jurídico Andina, 1era Edición, México, año de publicación 1994, Pág. VIII (Prólogo).

Si bien el elemento es la falsedad, como indica Jesús Zamora Pierce, no tiene la misma connotación de los delitos contra la fe pública:

“Sólo a principios del siglo XIX se logró la separación del fraude, como delito contra el patrimonio, de las falsedades, que protegen la fe pública.”²³

Las falsedades afectan la fe pública, y sus principales manifestaciones son el perjurio que es faltar a la verdad bajo la solemnidad del juramento o el falso testimonio al faltar a la verdad en una certificación. Otras falsedades son las falsificaciones de los instrumentos públicos, falsificaciones de moneda, de sellos de las autoridades entre otros.

Lo que caracteriza al fraude es su connotación patrimonial, pues no cualquier engaño puede ser considerado un fraude, sino aquel que conlleva un perjuicio patrimonial a la víctima.

4.1.2.3 El incumplimiento de obligaciones laborales.

Otro de los delitos que la Constitución de la República del Ecuador manda a tipificar dentro de la legislación penal es el incumplimiento de obligaciones laborales.

He considerado conveniente partir de lo que indica Manuel Ossorio sobre el incumplimiento:

²³ ZAMORA PIERCE Jesús, **EL FRAUDE**, Publicación de Internet, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Documento en formato PDF, **Fuente:** <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/178/dtr/dtr10.pdf>, Consultado el 12 de diciembre del 2013.

“Desobediencia de órdenes, reglamentos o leyes, por lo general de modo negativo, por abstención u omisión, al contrario de los casos de infracción o violación. Inejecución de obligaciones o contratos. Mora.”²⁴

El incumplimiento de obligaciones especialmente legales y contractuales, conlleva implícita la noción de mora, es decir el retardo en el cumplimiento de la prestación a la cual está obligada una persona.

Sin importar la clase de obligación incumplida, que puede ser civil, mercantil, administrativa o laboral, en todos estos casos existe regulación legal propia de cada materia para la reparación del perjuicio que conlleva, en el ámbito civil por ejemplo existe la indemnización de daños y perjuicios que abarca lo que es el daño emergente y el lucro cesante, o al rescisión del contrato, cláusula penal (pena civil de carácter pecuniario). De igual manera existe instituciones parecidas en la legislación mercantil, incluso en el Derecho Administrativo existen las amonestaciones, multas, suspensión del cargo y en últimos casos destitución del funcionario público.

Ahora bien en materia laboral hay que tener en cuenta que la principal obligación del empleador para con su trabajador es pagar la remuneración que es un elemento esencial del contrato de trabajo, respecto de lo que es la remuneración Carlos Vela Monsalve indica:

“El Segundo elemento esencial propio del contrato de trabajo es la REMUNERACIÓN, u obligación del patrono de pagar la retribución convenida.”

²⁴ OSSORIO Manuel, **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**, 1era Edición electrónica, Editorial Datascan S.A., Guatemala, Pág. 438.

Elemento es este importantísimo; porque si bien desde el punto de vista jurídico el objeto directo y primario del contrato es la prestación de trabajo, y la remuneración sólo objeto indirecto y secundario, bajo el aspecto sociológico alcanza la remuneración relevancia especialísima ya que afecta e interesa a la vida misma de las grandes masas de la población, razón por la cual el intervencionismo del Estado es cada vez más urgente y minucioso en este tópico.”²⁵

La remuneración conlleva la retribución al trabajador por el servicio prestado, es la principal obligación que debe cumplir el empleador, pero a más de ello hay otras obligaciones de carácter legal que debe cumplir el empleador, entre las principales están: pago de remuneraciones adicionales, otorgar licencias y permisos de conformidad con la ley (licencia por maternidad, paternidad, calamidad doméstica, etc.), conceder vacaciones pagadas, pagar la participación en las utilidades del ejercicio fiscal de conformidad con la ley, brindar utensilios de trabajo, ropa de trabajo, pagar las horas de trabajo suplementario y extraordinario, cumplir con las medidas de prevención de accidentes de trabajo, medidas de higiene y seguridad entre otras.

Las obligaciones del empleador ya se encuentran amparadas en la legislación laboral, esto es son susceptibles de hacerlas cumplir mediante los Inspectores del Trabajo y Jueces de Trabajo, con condenas a multas y sentencia que ordena el pago bajo prevenciones de apremio real (embargo de bienes, cuentas bancarias, etc.).

Entonces surge la necesidad de determinar cuáles clases de incumplimiento serían susceptibles de represión penal, a este respecto hay que manifestar

²⁵ VELA MONSALVE Carlos, **DERECHO ECUATORIANO DEL TRABAJO**, Tomo 31, Vol. IV, COLECCIÓN: Biblioteca Nacional de Libros de Derecho, Editorial del Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, 1983, Pág. 7.

que ya constan en el Código Penal Integral la no afiliación de los trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la retención indebida de aportaciones a la indicada entidad pública por parte de los empleadores.

Uno de los principales criterios que determinarían que elementos dan relevancia al incumplimiento de obligaciones en materia laboral, para que sean susceptibles de penalización, es la misma definición de la mora que indica Luis Moiset de Españés:

“Para que haya “mora” del deudor deberá existir un retardo en la ejecución de la prestación, en forma contraria a derecho y por una causa que le sea imputable.”²⁶

La mora o retardo en el cumplimiento de una obligación debe ser imputable al deudor (persona obligada a una prestación o incluso una abstención), ello conlleva necesariamente la noción de la culpa o dolo en el retardo, la culpa se presume de derecho en estos casos, pues el empleador conoce que por ley debe cumplir con ciertas prestaciones a su trabajador, por lo tanto es responsable de la mora, pero incluso puede existir dolo, es decir la intención efectiva de causar daño al trabajador.

De las innumerables obligaciones que establece la legislación laboral es necesario determinar cuáles revisten mayor relevancia para ser tipificadas como infracciones penales, lo cual analizaré más adelante en el marco jurídico de la presente tesis.

²⁶ MOISET DE ESPANÉS Luis, **LA MORA EN EL DERECHO PERUANO, ARGENTINO Y COMPARADO**, Tabla XIII Editores SAC, Trujillo-Perú, 2006, Pág. 17.

“MORA: retardar el cumplimiento de una obligación por parte del deudor, o la resistencia del acreedor a recibir la prestación. Sucede desde que hay exigibilidad de la obligación, y ocasiona intereses.”²⁷

Los efectos de índole civil, de la mora es constituir al deudor en un retardo imputable que genere intereses.

4.1.2.4 El Enriquecimiento Injusto en materia laboral.

Respecto del enriquecimiento injusto o conocido también como enriquecimiento sin causa, hay que hacer una distinción básica, que no se trata de enriquecimiento ilícito el cual es un delito en la legislación penal ecuatoriana cometido contra la Administración Pública por el cual un servidor público incrementa su patrimonio en forma ilegal con fondos públicos o fiscales.

El enriquecimiento injusto antes que en materia laboral, ha sido tratado por la doctrina civil como una forma contraria a Derecho que produce un perjuicio económico por no haber causa en el contrato o acto que lo motivó, pero ni siquiera en la legislación civil es asimilado como un delito civil, simplemente genera la obligación de restitución del perjuicio económico, no se extiende a la indemnización por daños y perjuicios como lo es en el caso de los delitos civiles, por ende para su implementación como un tipo penal para cumplir con

²⁷**GLOSARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS**, Publicación de Internet, Archivo en formato PDF, **Fuente:** <http://blogjuridico.jimdo.com/2012/10/23/diccionario-glosarios-y-terminos-juridicos/>, Consultado el 17 de enero del 2014.

lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, exige un cambio radical de esta figura enfocada en la penalización.

Luis Díez-Picazo al referirse al enriquecimiento injusto manifiesta:

“...es en este momento cuando adquiere carta de naturaleza la idea de que el fundamento de las condiciones se encuentra en la ilegitimidad del enriquecimiento”²⁸

El enriquecimiento injusto doctrinariamente no ha sido calificado como un ilícito, aunque hay bastantes controversias en las teorías, así por ejemplo George Ripert, indica lo siguiente sobre el enriquecimiento injusto:

“El enriquecimiento injusto era un estado de hecho contrario al Derecho, calificable como hecho ilícito debido a su carácter “injusto” y cuya presencia, por consiguiente, determinaba la prohibición de que se conservase.”²⁹

Para Luis Díez-Picazo, el enriquecimiento injusto es un hecho ilícito y contrario a Derecho por producir un enriquecimiento en perjuicio de otra persona, sin causa legal que lo justifique. En este caso existen algunos inconvenientes como para considerarlo como ilícito civil y mucho más aún como ilícito penal.

El primero de los inconvenientes está en determinar la inexistencia de la causa del desplazamiento patrimonial, pues según la legislación civil ecuatoriana, la liberalidad es causa suficiente para dar validez a un acto o contrato, por citar

²⁸DÍEZ-PICAZO Luis, **LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO**, Editorial Civitas S.A., Madrid-España, 1988, Pág. 84.

²⁹RIPERT Georges, **LA RÉGLE MONDE DANS LES OBLIGATIONS CIVILES**, 4ª Edición, Editorial L.G.D.J., París-Francia, 1949, Págs. 256 y 257.

un ejemplo, la donación es un acto jurídico en beneficio de otra persona, y su causa radica en la voluntad del donante de beneficiar a otra personas por razones muy intrínsecas de aprecio, respeto o gratitud.

Entonces surge otro problema que el enriquecimiento no siempre es producto del beneficiario, sino de la misma persona que efectúa el desplazamiento patrimonial.

Como indica Núñez Lagos:

“Ninguno de estos elementos es preciso para que se pueda apreciar un enriquecimiento sin causa. Por una parte, en este ámbito el «hecho» que origina el enriquecimiento puede ser realizado por el propio empobrecido, por un tercero e incluso puede ser consecuencia de un fenómeno natural y, por otro lado, la pretensión de enriquecimiento no nace necesariamente de un hecho jurídico ilícito.”³⁰

El empobrecimiento puede darse incluso por parte del propio empobrecido, por tanto, es muy difícil encasillar esta figura jurídica como un ilícito, pero no obstante ante tal hecho lo que produce jurídicamente es la obligación de restituir la cantidad del enriquecimiento a su titular, más no la indemnización de daños y perjuicios por cuanto, no existe la voluntad culposa o dolosa de causar daño.

“...hay dos ejemplos de la Jurisprudencia francesa:

Empleada trabaja en casa por promesa de matrimonio del dueño.

Genealogista descubre un descendiente fallecido y se da cuenta que tiene derecho a herencia después de haber sido repartidos los bienes.”³¹

³⁰NUÑEZ LAGOS, R., **ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**, Instituto Editorial Reus, Madrid-España, 1943, Pág. 388.

³¹ EL RICÓN DEL VAGO.COM, **ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**, Publicación de Internet, **Fuente:** <http://html.rincondelvago.com/enriquecimiento-sin-causa.html>, Consultado el 17 de enero del 2014.

Antes de analizar estos dos ejemplos de enriquecimiento sin causa, es necesario sentar como base que el enriquecimiento puede ser positivo o negativo, es positivo cuando conlleva un aumento en el patrimonio, y es negativa cuando se ha evitado una disminución en el patrimonio.

En el primer caso hay un enriquecimiento sin causa en un contrato laboral, pues el empleador se enriquece forma negativa, es decir con la promesa de matrimonio obtiene una prestación de servicios lícitos y personales pero sin cancelar la remuneración que es la causa justa del trabajo.

En el otro caso el genealogista pretende reclamar su derecho a herencia, pero hay que tener en cuenta que el derecho de petición de herencia se lo puede ejercer durante 15 años, en caso de que ya exista la partición de los bienes sucesorios, estos ya han pasado a dominio de los sucesores, pero podría plantear la acción para que se le restituya en dinero la parte que le correspondía en la herencia.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

Dentro de lo que es el marco doctrinario, abordaré lo referente a los elementos constitutivos y requisitos de cada una de las figuras penales objeto de estudio de la presente investigación jurídica, estos son el tipo penal de fraude, tipo penal de simulación, enriquecimiento injusto e incumplimiento de obligaciones, desde sus teorías generales, para ir las enfocando al ámbito laboral.

4.2.1 El Tipo Penal de Fraude.

El tipo penal de fraude como ya se indicó a breves rasgos en el marco conceptual de la presente tesis, es una conducta típica ilícita de apropiación de una parte del patrimonio ajeno, por medio de la astucia y engaño, es decir constituye una forma no violenta de apropiación, como indica Jesús Zamora Pierce:

“Para los romanos, el fraude era el dolo malo, definido por Labeón como toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar o alucinar a otros. Podía ser perseguida por una actio doli de carácter civil, con tal que tuviera los elementos de una astucia grande y evidente (magna et evidens calliditas).

... El Digesto menciona como casos de estelionato la enajenación a otro de la cosa, disimulando la obligación existente; el empleo insidioso de locuciones oscuras en las negociaciones y contratos; vender la cosa ya vendida a otro; sustituir las mercancías luego de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición, lucrándose indebidamente con todo el precio; dar en prenda cosas no propias, y en general se consideró como stellionatus todo género de actos de improbidad no realizados de modo franco y manifiesto, cuando no constituyeren otro delito.”³²

Dentro de los delitos contra el patrimonio figura como genero el fraude, y como sus especies las diferentes formad de defraudación entre ella la simulación y la estafa, como forma jurídica denominada estelionato en el Derecho Romano, entre ellas el común denominador es la gran astucia que lo diferencia de otro tipos de engaño que pueden o no producir detrimento patrimonial.

José Antón, define al delito de fraude como:

“...la conducta engañosa con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto

³²Ob. Cit., ZAMORA PIERCE Jesús, **EL FRAUDE**, Publicación de Internet.

*de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.*³³

El delito de fraude viene a ser una conducta engañosa o artificio (lo que el Código Penal Ecuatoriano actualmente derogado seguía el modelo de ejemplos del Derecho Penal Francés: indicaba que la estafa es la apropiación de dinero o bienes de una persona por medio de engaño, ardid, hechos quiméricos o supuestas empresas).

Actualmente con la publicación del Código Penal Integral ya se plantea el tipo penal de estafa, con una definición casi doctrinaria, estableciendo entre sus circunstancias constitutivas el medio de hechos simulados o inexistentes para producir un error en la persona, que conlleva al acto de disposición patrimonial y el correlativo perjuicio patrimonial.

4.2.1.1 Elementos del Delito de Fraude.

De la concepción del delito de fraude como una conducta engañosa con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero que nos da José Antón, se desprenden los elementos objetivos del tipo penal de fraude, estos son: una conducta falaz o engaño que conlleve a error a una persona, un acto de disposición patrimonial y al perjuicio del mismo índole.

³³ ANTÓN ONECA José, **LAS ESTAFAS Y OTROS ENGAÑOS**, s/editorial, Barcelona-España, 1957, Pág. 1.

4.2.1.1.1 Conducta falaz o engaño.

Uno de los primeros elementos del tipo penal de fraude es la conducta falaz o engaño, que al respecto Nuria Pastor Muñoz manifiesta:

“Entonces, podemos decir que el único aporte que efectuaría dice relación con llamar la atención en que las posibilidades de autoprotección de la víctima podrían ser relevantes en la conceptualización de la conducta típica y, en relación con los cuales debería ponerse atención en un marco más adecuado, es decir, en el juicio de tipicidad del comportamiento(o según otra terminología: en la imputación objetiva de la conducta)”³⁴

La conducta falaz o engaño dentro de la doctrina también ha tenido muchas controversias, unos autores la consideran como una conducta de acción por cuanto el agente del delito de fraude es quien mediante la maquinación o artificio produce el error en la víctima con el ánimo de lucrar ilegalmente de esta.

Otros autores consideran que también habría un engaño por omisión, lo cual se sobreentiende que el agente también produce el engaño o ilusión de determinado evento al no indicar cierta información a sabiendas y con la misma finalidad de producir el error que induzca al acto de disposición patrimonial.

Para Nuria Pastor en la efectividad o no de la conducta falaz o engaño depende también las circunstancias de protección que tenga la víctima de no caer en engaños ridículos o que a simple vista constituyen eventos ilógicos e irracionales, he aquí que algunos tratadistas consideran que para que el acto

³⁴ PASTOR MUÑOZ Nuria, **LA DETERMINACIÓN DEL ENGAÑO TÍPICO EN EL DELITO DE ESTAFA**, Editorial Marcial Pons, Madrid-España, 2004, Págs. 117-118.

sea punible, el engaño debe reunir una cualidad de idoneidad, así lo indica Miguel Bajo Fernández:

“No obstante, debido a que en la estafa se requiere por parte del engañado cierta credulidad, confianza y buena fe, la concepción en examen apunta a que hay que completar este proceso con un módulo subjetivo que determine la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo. Es decir lo que se trata de buscar en la idoneidad del engaño es si el error se ha debido al engaño o, al contrario, a algún comportamiento negligente de la víctima, pues en estos últimos casos, estiman debe negarse la relación de causalidad y, por lo tanto, el carácter idóneo del engaño.”³⁵

Como indica el autor citado, el engaño es idóneo cuando es capaz de producir un error en una persona promedio, pues el engaño debe tener la capacidad de producir la ilusión de determinado evento (artificio o maquinación), que haga creer a la víctima que es correcto proceder con una acto de disposición patrimonial. Por tanto dentro del elemento subjetivo del delito de fraude, es muy necesario para la punibilidad de la conducta que el agente del delito produzca un engaño susceptible de ser creído, de lo contrario el perjuicio patrimonial devendría en un hecho que ocurrió por negligencia de la víctima.

Este punto referente a la idoneidad del engaño, es muy amplio, pues lo que para una persona resulta creíble para otra no puede serlo, incluso si el engaño se produjera ante una persona con cierto grado de discapacidad mental, con una ilusión irrisoria no creíble, pero que al persona con discapacidad es susceptible de producir el error y el acto de disposición patrimonial, por lo cual según la doctrina no habría delito, pero como opinión personal existiría el mismo, y sería además en una forma agravada por cuanto el agente se valdría

³⁵ BAJO FERNÁNDEZ Miguel, **LOS DELITOS DE ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL**, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid-España, 2004, Pág. 35.

de la situación de vulnerabilidad de la persona con discapacidad mental para lograr sus fines de lucro ilícito.

Mercedes Pérez Manzano al respecto de la idoneidad del engaño manifiesta:

“...al engaño lo concebimos como aquella conducta –cualquiera- que pueda crear un riesgo típicamente relevante, para cuya idoneidad objetiva bastaría con que el mismo genere un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición por error que desemboque en un perjuicio patrimonial.”³⁶

Algo muy básico que hay que diferenciar en el delito de fraude, que la idoneidad objetiva del engaño esto es que produzca el error en la víctima o pueda producir riesgo de error, no se refiere que el delito de fraude sea una conducta penal de riesgo, sino simplemente a la idoneidad de uno de los elementos de la defraudación.

Como indican ciertos tratadistas, el error no debería incluirse en el engaño, pues dejaría ciertos casos de defraudación en la impunidad, de ello

“Por ello, el error no debería incluirse en el engaño, ya que conllevaría el absurdo de desvalorar en el tipo de comportamiento sólo en función de la diligencia de la víctima, su credibilidad o educación. Entonces la aptitud para

³⁶PÉREZ MANZANO Mercedes, **ACERCA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA ESTAFA**, en Hacia un Derecho penal económico europeo, Editorial del BOE (Boletín Oficial del Estado), Madrid-España, 1995, Pág. 293.

generar el error determinará no la existencia del engaño, sino en su caso su relevancia jurídico penal.”³⁷

No porque el engaño haya resultado no idóneo quiere decir que no haya el aprovechamiento patrimonial del agente, por tanto es necesario indicar que el error es una situación que puede variar de sujeto a sujeto, pero si produjo un acto de disposición de éste, conlleva idoneidad para el caso concreto.

No obstante la doctrina se ha inclinado por la idoneidad del engaño, así Sebastián Soler indica:

“Según una posición restringida, el engaño como elemento típico exige una especial maquinación o puesta en escena. Es decir el medio engañoso debe adoptar cierta entidad, no resultando suficiente con las simples palabras sino en todos los casos el autor debe desplegar una actividad tendente a falsear la realidad.”³⁸

El engaño requiere de cierto grado de maquinación, astucia y apariencia de que produciría un negocio real que es el error que en llega a estar la víctima, por otro lado el engaño por medio de simples palabras puede carecer de relevancia jurídica para configurar el delito de fraude, pero como ya indiqué anteriormente y en mi criterio muy personal dependería de las circunstancias de la víctima.

³⁷VALLE MUÑIZ José Manuel, **EL DELITO DE ESTAFA**, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1987, Pág. 171.

³⁸SOLER Sebastián, **DERECHO PENAL ARGENTINO**, Tomo IV, Editorial TEA, Buenos Aires-Argentina, 1996, Pág. 348.

Esto es muy importante dentro del desarrollo de la presente tesis, por cuanto dentro de las relaciones laborales, el trabajador se encuentra en una situación de desventaja frente al empleador, derivada de la misma naturaleza del trabajo remunerado se ser bajo relación de dependencia o subordinación, en este caso pueden producirse un grado alto de credulidad del trabajo que puede conllevar a afectación patrimonial.

4.2.1.1.2 Acto de Disposición.

Hay que tener en cuenta que el acto de disposición patrimonial puede ser efectuado en perjuicio propio o de un tercero, siendo este último caso una situación que requiere la concurrencia de circunstancias especiales, de la definición de acto de disposición de indica Jesús Gómez Tobaoda:

“Es una de las facultades que integran el derecho de propiedad y consiste en poder transmitir el objeto sobre el que recae.”³⁹

La disposición patrimonial por excelencia se radica en una facultad que es de exclusivo ejercicio de su titular o propietario de los derechos, bienes o acciones materia del acto dispositivo. Por tanto como lo es en muchas legislaciones penales y también en la nuestra, en todos los delitos contra la propiedad y patrimonio es un requisito de procedibilidad la justificación de la propiedad y preexistencia de los objetos, dinero, derechos o acciones que han servido de materia del delito.

³⁹ GÓMEZ TOBAODA Jesús, **ESTUDIOS: EXPRESIONES JURÍDICAS LATINAS DE USO ACTUAL**, Boletín Nro. 2072, Documento en formato PDF, **Fuente:** www.mjusticia.gob.es/.../1292338963579?...application%2Fpdf, Consultado el 17 de enero del 2014.

Por ende la disposición patrimonial dentro de un proceso penal por fraude, requiere de la justificación de la existencia del patrimonio (objeto material del ilícito), requiere a su vez que la persona engañada sea el titular de dominio de dicho patrimonio para que se produzca el acto de disposición, así como para que la persona engañada reúna la calidad de víctima u ofendido por la infracción.

El acto de disposición puede ser entendido dentro de la figura de fraude tal como indica el autor José Manuel Valle:

“...aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error, que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero.”⁴⁰

El acto de disposición viene a ser una comportamiento que puede revestir dos formas, la primera como un acto activo que consiste en una entrega de una cantidad de dinero, de bienes, o cesión de derechos y acciones. La segunda forma puede consistir en un acto omisivo, es decir que el agente del delito de fraude llega a producir un error en la víctima en la cual por no ejercerse determinadas acciones que conllevan un perjuicio patrimonial, estos casos son bastante raros, pero como un ejemplo se puede decir que una persona tiene derecho de herencia en la mortuoria de sus padres, y el agente del delito de fraude mediante engaño le induce a creer que es mejor renunciar su derecho hereditario porque supuestamente le traería complicaciones y gastos

⁴⁰ Ob. Cit., VALLE MUÑIZ José Manuel, **EL DELITO DE ESTAFA**, Pág. 214.

sucesorios, con el objeto de beneficiar a otro de los herederos que puede acrecer su cuota por la renuncia de la persona engañada.

Ahora bien para entender cuál vendría a ser el ejemplo del perjuicio patrimonial que se produciría a un tercero, se puede partir de la siguiente premisa:

“Por su parte el acto de disposición no es complementario del acto de administración, sino independiente y se iguala más bien con el acto de dominio, pues se concibe como el dirigido a modificar o extinguir un derecho subjetivo. Son así actos de disposición, todos aquellos que entrañan la enajenación, transmisión, cesión del derecho en general, los que implican la voluntaria disminución del patrimonio o al menos, la voluntaria extinción de un derecho.”⁴¹

Si el acto de disposición patrimonial solo la puede efectuar por regla general el dueño del patrimonio, surge la interrogante en qué casos puede producir el perjuicio patrimonial a un tercero, esto se responde de una sola manera, que entre la persona engañada y el tercero perjudicado exista una relación jurídica especial.

Esta relación jurídica puede ser el contrato de mandato, es decir la persona engañada es mandatario del tercero perjudicado, pues la disposición patrimonial la efectúa en tal calidad y afecta a su mandatario (tercero perjudicado). Otra forma puede ser en el caso del matrimonio, si el patrimonio pertenece a la sociedad conyugal, y si uno de los cónyuges producto del

⁴¹ LEXCORP-ABOGADOS, **ACTOS DE DISPOSICIÓN DE UN REPRESENTANTE NO VINCULAN AL REPRESENTADO SI AQUEL CUENTA SOLAMENTE CON FACULTADES PARA REALIZAR ACTOS DE ADMINISTRACIÓN**, México, Documento en formato PDF, **Fuente:** http://www.lexcorp.com.mx/circulares/normateca/tesis/tesis_feb09.pdf, Consultado el 27 de enero del 2014.

engaño y error efectúa una disposición patrimonial, afecta a su consorte con el perjuicio patrimonial.

Como indica la cita que inmediatamente precede, la facultad de disposición no debe ser confundida con un acto de administración, pues en tal caso si bien habrá la apropiación del patrimonio por parte del agente del delito, pero no habrá el acto de disposición que constituye el fraude, en este caso los administradores responden ante los propietarios por el daño producto de su negligencia, pues los administradores tienen la obligación de rendir cuentas a los propietarios de las cosas encomendadas y restituir todo perjuicio que les sea imputable.

4.2.1.1.3 Daño y lucro patrimonial.

Este elemento del delito de fraude es el resultado del acto de disposición patrimonial, el ánimo de lucro está presente en el delito de fraude aunque no sea en beneficio propio:

“De manera que la Jurisprudencia tiende a considerar que ha habido ánimo de lucro siempre que el sujeto ha obtenido alguna clase de beneficio, por tanto, no se requiere únicamente o no es imprescindible que exista ese ánimo de incorporar la cosa al propio patrimonio, cualquier beneficio en sentido amplio ha sido entendido por la Jurisprudencia como requisito bastante para entender que se da este elemento y que si se dan los demás, naturalmente nos encontramos ante un delito de estafa.”⁴²

El beneficio en el tipo penal de fraude es muy amplio incluso el agente que comete el ilícito puede beneficiarse aunque el desplazamiento patrimonial

⁴²**DEFRAUDACIONES: ESTAFAS**, Publicación de Internet, Documento en Formato PDF, **Fuente:** <http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/estafas.pdf>, Consultado el 19 de diciembre del 2013.

vaya a un tercero. El tipo objetivo del fraude y su forma más generalizada la estafa, siempre conlleva un incremento patrimonial ya sea para el propio agente o para un tercero. Incluso en este tipo de delitos es común que hayan varias personas involucradas, cuando por ejemplo una persona se encarga de efectuar el engaño, y el desplazamiento patrimonial se efectúe para la cuenta de un tercero, para que ello ocurra debe haber necesariamente asociación ilícita.

José Cerezo Mir al respecto indica:

“Para que el delito se perfeccione, el acto de disposición debe generar un perjuicio patrimonial en el propio sujeto engañado o en un tercero.

El perjuicio de un tercero solo se va a dar cuando entre el sujeto que dispone (engañado) y el perjudicado exista una relación especial, en virtud de la cual el primero está legitimado a realizar actos que repercutan en el patrimonio del segundo. Se incluyen las situaciones de carácter contractual (mandatario, administrador, depositario, etcétera), legal (representante legal o el juez en el caso de la estafa procesal)...”⁴³

Como ya se ha indicado anteriormente, solo cuando el desplazamiento patrimonial produce el perjuicio económico se ha configurado definitivamente el delito de fraude, que puede ser tanto para el propio patrimonio o para el de un tercero que tenga la calidad de mandatario, pero como indicaba una de las transcripciones anteriores no se puede asimilar el acto de administración al acto de disposición, por cuanto la administración lleva implícita la noción de conservación y cuidado, por ende existiría negligencia antes que un acto dispositivo del administrador; otra situación distinta viene a ser que el acto de disposición lo efectúe un representante legal, como el caso de un Gerente de

⁴³ CEREZO MIR José, **LA ESTAFA PROCESAL**, Revista de Derecho Penal “Santa Fe” Nro. 2000-1, Pág. 111.

una empresa, pues su accionar obliga directamente a la empresa, y por tanto si configura el delito de fraude.

4.2.1.2 Características del Delito de Fraude.

Una vez analizados los elementos constitutivos del delito de fraude es necesario analizar sus características esenciales:

4.2.1.2.1 Delito Consumado.

Una de sus principales características es la de ser un delito consumado como indica Sebastián Soler:

“La estafa es un delito contra el patrimonio, por lo tanto la consumación recién se produce con el efectivo perjuicio patrimonial sufrido por la víctima ocasionado por el acto de disposición.”⁴⁴

La estafa al ser un delito que afecta el patrimonio de las personas solo llega a consumarse cuando producido el acto de disposición patrimonial se genera el perjuicio patrimonial para la víctima del estelionato o para un tercero como ya se ha indicado en apartados anteriores de la presente tesis.

El perjuicio patrimonial se concibe entonces como la pérdida de parte del patrimonio, pues la finalidad con la que la víctima efectuó el acto de disposición no llega a concretarse, por ser en esencia un engaño un timo, de ahí que los perjuicios producidos son equivalentes al daño emergente (daño

⁴⁴ Ob. Cit., SOLER Sebastián, **DERECHO PENAL ARGENTINO**, Pág. 376.

actual) y lucro cesante (pérdida progresiva de intereses y réditos por el desplazamiento patrimonial).

Para que el delito de fraude se considere como tal y sea susceptible de ser castigado con la pena correspondiente no basta el inicio de la ejecución, tal como indica Héctor Rojas Pellarano, no existe tentativa punible en el delito de fraude:

“La tentativa se inicia con la ejecución de la conducta engañosa, pero es imprescindible que el ardid o engaño con todos los requisitos de idoneidad analizados. Por ello si la acción no llega a vulnerar “usos y costumbres sociales vigentes en el tráfico”, no es posible ni siquiera la tentativa, pues no puede decirse que haya un comienzo de la ejecución del delito.”⁴⁵

Sin profundizar en el estudio de la tentativa, pues existen muchas teorías que consideran a la tentativa como el inicio de la ejecución de la conducta típica y antijurídica, pues la tentativa es mucho más que el inicio de la ejecución, pues solo como un ejemplo está que una persona apunta un arma hacia otra persona, en tal caso estamos ante un inicio de ejecución que puede ser interpretado de varias maneras, podría tratarse de una broma con el ánimo de asustar, puede ser que quien apunta el arma intenta amedrentar a la otra persona, incluso que pretenda herirla o que efectivamente desee quitarle la vida a la otra persona, por ello no se podría decir que hay tentativa de homicidio.

⁴⁵ ROJAS PELLERANO Héctor, **EL DELITO DE ESTAFA Y OTRAS DEFRAUDACIONES**, Editorial Manuel Lerner Editores, Argentina, 1983, Pág. 337.

La tentativa es todo accionar inequívoco que conlleva a la seguridad de resultado, pero que por alguna causa externa o del agente no llega a consumarse, en el mismo ejemplo de la tentativa de homicidio, podría considerarse el disparo efectivo dado en la otra persona en una zona que comprometa órganos vitales que pero por la acción del personal médico no se produce la muerte, en este caso si hay accionar inequívoco pero no produce el resultado.

En el caso de la estafa (especie de fraude), únicamente se puede valorar la consumación del delito, pues un inicio de actividad esto es solo el engaño ni siquiera reúne las características de la tentativa, pues el engaño puede tener diversos fines como una broma o burla, sin que ello conlleve un contenido patrimonial o económico.

Incluso si se da el engaño, y la víctima llega a un estado de error de creer que un acto de disposición patrimonial puede tener la finalidad que aparenta el engaño, y no hace la disposición patrimonial, en este suceso no hay fraude o estafa.

Incluso si reunidos los elementos del tipo indicados en el párrafo anterior sumados al acto de disposición patrimonial, sino hay el perjuicio económico o patrimonial tampoco se produce el delito de fraude, pues puede suceder que a quien se hizo el desplazamiento patrimonial lo devuelve a su dueño, o incluso le devuelve una parte o firman una letra de cambio (en este caso habría la falta de un requisito de perjudicial para iniciar la acción penal por estafa o fraude)

4.2.1.2.2 Delito Doloso.

Una segunda característica del delito de fraude es el de ser un delito doloso (gradación de la culpabilidad), de esta forma no se concibe un fraude culposo como indica Ignacio Villalobos:

“...Desde entonces no es ya preciso encarcelar ni herir en su persona a quien demora el pago de una deuda económica, sino bastará que el Estado tome sus bienes y cubra con ello lo debido; no será preciso usar medidas penales contra quien haya causado un daño en el patrimonio ajeno, sin dolo que demuestre una verdadera rebeldía contra el orden social...”⁴⁶

Como lo indicado anteriormente acerca de que no existe tentativa en el delito de fraude, pues un acto culposo o negligente como el no cumplir una obligación de restitución de un dinero que se procuró indicando que se lo va a cancelar puntualmente, esto constituye una obligación civil que tiene sus propias instituciones de tutela judicial (juicio ordinario o ejecutivo de cobro, incluso en algunos casos verbal sumario).

Al existir otros medios legales para la restauración de un derecho patrimonial no existe el delito de fraude, y no es procedente el enjuiciamiento penal por este motivo, debido al principio de mínima intervención penal, la acción penal es la última medida ante el quebrantamiento del orden jurídico vigente.

El dolo es la nota esencial del delito de fraude, así lo indica Francesco Carrara:

⁴⁶ VILLALOBOS Ignacio, **DERECHO PENAL MÉXICANO**, 2da Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1960, Pág. 16.

“La dificultad consiste en discernir entre el dolo lícito, que interviene sin delito, en los contratos usuales, y el fraude, que es el criterio esencial de estelionato. Es costumbre, si no honesta, por lo menos tolerada en el consorcio humano, que los contratantes se engañen mutuamente; todos los que piden dinero en préstamo os cuentan mil historias de sus infortunios y exageran de los medios de los que se valdrán para devolveros esa suma, que en la mayoría de los casos tienen intención de no devolver; y a veces os tratarán de mal educados y os amenazarán hasta con un duelo, si tenéis la incultura de pedirles vuestro dinero. Todos los que venden un objeto (por ejemplo, un animal) exaltan hasta el cielo sus cualidades y ocultan sus defectos; o si se trata de un terreno, exageran sus ventajas y callan sus inconvenientes; y nadie que os dé en alquiler una casa, os declarará que está infectada de sabandijas, aunque muy bien los sepa.”⁴⁷

El fraude conlleva un dolo grave que afecta a la víctima en su patrimonio, produciendo un perjuicio que no se puede subsanar con la acción judicial civil, pues para que el fraude opere debe basarse en una invención o artificio inexistente que no puede ser por ninguna forma considerado como un contrato civil.

Tal es el caso en que se solicite dinero para iniciar una empresa que no existe, al no estar constituida la sociedad no hay forma en que la víctima recupere la parte del patrimonio que hizo desplazar, pues ni siquiera puede asimilarse tal caso a la sociedad de hecho o cuentas en participación, que aunque no es constituye una persona jurídica supone la aportación de valores de varias personas para una actividad que si se realiza.

4.2.1.2.3 Objeto Material.

⁴⁷ CARRARA Francesco, **PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL**, Parte Especial, Vol. IV, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1980, Pág. 423.

Dentro de lo que es el objeto material en el delito de fraude existen algunas posiciones doctrinales que consideran como el objeto del delito de fraude a la cosa, otros en cambio consideran que el objeto del referido delito es el lucro.

Para entender esto de una mejor manera, es necesario definir lo que es una cosa, que como indica Rafael de Pina, es la:

“...realidad corpórea o incorpórea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico.”⁴⁸

Las cosas o bienes son todo objeto de la naturaleza que represente determinado valor y sea susceptible de apropiación, tanto física como moral o legal, esto quiere decir que un bien es todo aquello que físicamente se puede someter a nuestro dominio, siendo por ejemplo físicamente inapropiables el sol, el aire, etc., y moral o legalmente apropiables son aquellos objetos cuya apropiación está permitida.

Al respecto Antonio de P. Moreno indica:

“...seguramente la expresión de la ley obedece al deseo de explicar que la acción consumativa del delito se constituye no solamente con la obtención, mediante la acción delictuosa, de la entrega de una cosa material, sino también por el alcance de ventajas patrimoniales que constituyen lucro indebido.”⁴⁹

⁴⁸ DE PINA Rafael, **DICCIONARIO DE DERECHO**, Editorial Porrúa S.A., México, 1970, Pág. 119.

⁴⁹ DE P. MORENO Antonio, **CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO**, Parte Especial: Delitos en particular, México, 1944, Págs. 97-98.

Entonces hay que distinguir que entre lucro y cosa existe una relación de género-especie, pues el lucro que representa ganancia, se efectúa por medio de la obtención de cosas determinadas.

De esta manera el delito de fraude si bien afecta al patrimonio de una persona, la apropiación de parte de este debe recaer sobre cosas determinadas, así por ejemplo si una persona dentro de su patrimonio tiene acciones en una compañía, vehículos y dinero en efectivo, si la entrega producto del engaño del agente del delito es de una fuerte suma de dinero, existe el perjuicio patrimonial, por ende al hacer una distinción entre lucro y cosa se crea un problema para tratar el tipo penal de fraude.

Toda apropiación de alguna cosa, deviene en lucro ya sea para el agente del engaño fraudulento o para un tercero.

4.2.1.2.4 Bien Jurídico Tutelado.

La antijuridicidad del delito de fraude radica en la vulneración de un bien jurídico tutelado que vaya la redundancia en la presente investigación, constituye el patrimonio como indica Miguel Bajo Fernández:

“Técnicamente resulta más adecuado hablar de “delitos contra el patrimonio”, pues no solo se incluyen acciones que lesionan o ponen en peligro la propiedad, sino aquellas que también afectan otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito, e incluso las expectativas.”⁵⁰

⁵⁰ BAJO FERNÁNDEZ Miguel y otros, **MANUAL DE DERECHO PENAL: Parte Especial de los Delitos Patrimoniales y Económicos**, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid-España, 1993, Pág. 34.

Lo indicado por el autor no quiere decir que el delito de fraude pueda recaer sobre el patrimonio, pues el mismo constituye una unidad económica que abarca bienes, derechos, acciones e incluso obligaciones. Por tanto el fraude se produce con la disposición de la víctima de cualquier parte de su patrimonio que tenga un valor representativo dentro del patrimonio de la víctima. En este sentido, hay que indicar que en la legislación penal ecuatoriana, y con el actual Código Penal Integral, tampoco se hace una distinción en cuanto a la cuantía de la defraudación, todo esto queda al criterio de la sana crítica del órgano jurisdiccional.

Para Cándido Conde:

“A diferencia de otros tipos penales como el hurto o el robo, en el caso de la estafa la distinción es aún más evidente, pues no se protege un determinado elemento integrante del patrimonio sino que se toma en cuenta al patrimonio de la víctima como una unidad o conjunto.”⁵¹

El criterio de la sana crítica del órgano jurisdiccional para sancionar un fraude, debe recaer en la relevancia económica del perjuicio patrimonial producido a la víctima, y no en relación al lucro del agente del ilícito, por cuanto el lucro es correlativo al daño producido. Por ende no conllevarían relevancia penal los engaños que produzcan perjuicios patrimoniales ínfimos, pero como ya indiqué anteriormente, en la legislación penal ecuatoriana, no existe cuantía para determinar el tipo penal de estafa (fraude).

⁵¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO Cándido, **ESTAFAS**, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1997, Pág. 33.

“La consecuencia más importante es el perjuicio patrimonial en el delito de estafa no reside únicamente en el valor monetario del objeto, sino también en el valor de uso que pueda tener para la satisfacción de los fines económicos de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima.”⁵²

Lo indicado por el autor posee una gran relevancia y trascendencia dentro del delito de estafa o fraude en términos generales, el engaño que efectúa el agente del ilícito, debe ser tal que produzca un error en la víctima, es decir que produzca la creencia de que va a suceder un determinado hecho, negocio o empresa, y que el mismo es beneficioso para la víctima.

Por ende el delito de fraude consumado se configura con el perjuicio patrimonial, es decir cuando ya no exista posibilidad de devolución del dinero, bienes o derechos de la víctima, lo cual ocurre cuando la persona víctima de la defraudación se da cuenta que el hecho, negocio o empresa es inexistente, y que quienes se apropiaron de parte de su patrimonio no tienen la intención de devolverle el dinero, bienes o derechos que fueron objeto del acto de disposición patrimonial.

4.2.1.2.5 Valor y ajenidad de la cosa.

La propiedad de la cosa y su representación económica conllevan un alto grado de importancia en el delito de fraude, como indica José Manuel Valle:

⁵²Ob. Cit., CONDE-PUMPIDO FERREIRO Cándido, **ESTAFAS**, Pág. 40.

“Dicho con otras palabras, al engaño se le ha otorgado un protagonismo desmedido, ya que no existe un engaño civil y otro penal, sino que conductas engañosas que por cumplir las exigencias típicas, devienen penalmente relevantes.”⁵³

Las conductas que cumplen las exigencias del tipo penal son relevantes para la punibilidad de la ley, entonces ciertas conductas de perjuicios patrimoniales ínfimos o que no se pueda determinar la propiedad y preexistencia de los bienes, dinero o derechos materia de la defraudación, no son procedentes para la prosecución de la acción penal.

Por ejemplo un engaño en el que una persona se apropie de la cantidad de diez dólares no reviste la importancia penal para que se inicien la acción del Estado en ejercicio del ius puniendi.

Si reunidos el engaño y el acto de disposición patrimonial, ocurre que el objeto de material de la disposición no representa un valor económico considerable, no existe el perjuicio patrimonial que es considerado en conjunto, ya que la afectación debe ser considerable respecto de la economía de la víctima, en caso de que no exista una relevancia patrimonial, nos encontraríamos ante un caso de atipicidad, que es el lado negativo del delito, no existe adecuación típica por tanto no hay delito ni muchos menos sanción.

4.2.1.2.6 Sujeto Activo y Pasivo.

⁵³ Ob. Cit., VALLE MUÑIZ José Manuel, **EL DELITO DE ESTAFA**, Pág. 18.

Respecto del sujeto activo nos indica Raúl Peña Cabrera:

“...es cualquiera; que el agente del delito de estafa es el autor del engaño, astucia o artificio, mediante el cual induce a error al otro, a fin de obtener en perjuicio de éste un provecho patrimonial ilícito a su favor o para un tercero...”⁵⁴

El sujeto activo del delito es la persona que induce al error de la víctima por medio de engaño, astucia o artificio, con el objeto de obtener un lucro ilícito ya sea para sí mismo o para un tercero.

Dentro de este punto, hay que indicar que si bien el sujeto activo de una conducta típica es quien debe ser procesado penalmente y de ser declarado culpable por un tribunal competente, recibir la sanción correspondiente. Pero no hay que olvidar o dejar de considerar, que cuando el beneficio patrimonial es para un tercero puede haber coautoría o complicidad, pues hay más personas que intervienen en la apropiación ilícita patrimonial, tal es un ejemplo que una persona con el objeto de realizar una supuesta empresa (engaño) solicite varios depósitos de dinero en una cuenta bancaria de un tercero, este último puede estar consciente que ha prestado su cuenta para que se efectúe el ilícito, por ende el sujeto activo en mi criterio personal pueden ser más personas que solamente quien efectúa el engaño.

El sujeto pasivo del delito viene a ser quien sufre el perjuicio patrimonial, pues en el caso directo, en que el engañado sea propietario del monto u objeto del

⁵⁴ PEÑA CABRERA Raúl, **TRATADO DE DERECHO PENAL**, Vol. III, Parte Especial, Lima-Perú, 1986, Pág. 265.

desplazamiento patrimonial, no hay confusión entre quien es el sujeto pasivo (víctima y ofendido a la vez), mientras que si la persona engañada es una (mandatario, representante legal) y el afectado es otra, este último es quien tiene la calidad de sujeto pasivo, por ser la afectación en su patrimonio.

4.2.2 El Tipo Penal de Simulación.

El tipo penal objetivo del delito de simulación, es una especie de defraudación cuyas características específicas como indica Ignacio Galindo son:

“...una declaración engañosa, falsa y una voluntad cierta pero oculta, no manifiesta.”⁵⁵

La simulación recae en contratos y actos jurídicos, por tanto es una declaración de voluntad o manifestación de la prestación del consentimiento (contratos), pero con un carácter de engaño, pues solo en apariencia manifiesta una naturaleza distinta a su voluntad o motivo real que permanece oculto.

Manuel de Rivacova, al respecto de la simulación indica:

“Exige simplemente que se otorgue, es decir que se establezca o se estipule, un contrato simulado, y que con ello se cause un perjuicio a otras personas, perjuicio que por las razones aducidas ha de ser de índole patrimonial.”⁵⁶

⁵⁵GALINDO GARFIAS Ignacio, **TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS**, Editorial Porrúa, México, 1996, Pág. 392.

⁵⁶ DE RIVACOVA Manuel, **EL DELITO DE CONTRATO SIMULADO**, Editorial Jurídica CONOSUR Ltda., Santiago de Chile, 1989, Pág. 47.

La simulación puede en general ser lícita en algunos casos, pero para que la misma se constituya en una conducta típica, antijurídica, dolosa y sancionada penalmente, debe tener un ánimo de procurar un perjuicio patrimonial en terceras personas, esto en forma general (delito de simulación en general), ahora para su implementación en el ámbito laboral, hay que establecer que la simulación de relación laboral y de un proceso judicial laboral para perjudicar a un tercero acreedor es el caso más destacado en la doctrina, pero la simulación de actos o contratos dentro del ámbito laboral, puede no solo conllevar perjuicio para terceros sino para una de las partes contratantes, especialmente para el trabajador, cuando el empleador mediante la simulación de actos tiende a evadir responsabilidades patronales.

4.2.2.1 Elementos del Delito de Simulación.

Doctrinariamente en el delito de simulación concurren dos elementos característicos que son el acuerdo simulatorio y el fin de engañar a terceros.

4.2.2.1.1 Acuerdo Simulatorio.

Para Alfredo Etcheberry un acuerdo simulatorio es: *“...aquel que contiene una declaración de voluntad no real, hecha en forma consciente y de acuerdo entre los contratantes, para producir la apariencia de un acto jurídico que no existe o es distinto del que realmente se ha llevado a cabo”*⁵⁷

⁵⁷ ETCHEBERRY Alfredo, **DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL**, Tomo IV, 3ra Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Pág. 390.

El acuerdo simulatorio es el primer elemento del delito de simulación, que como ya se indica en la cita precedente, debe ser efectuada por dos o más personas (acuerdo), con el objeto de dar apariencia de un contrato jurídico que puede bien no existir o que la apariencia encubra el contrato o relación jurídica real.

Para Verónica Legarreta:

“Efectivamente aun los Tribunales no se ponen de acuerdo si esta conducta es de carácter bilateral o unilateral o ambas, es decir si se requiere acreditar que en el acto simulado los participantes que en el intervinieron forzosamente hayan estado de acuerdo en encubrir la conducta simulada a través de un acto aparentemente formal o bien si basta con que uno de los que intervienen actué de manera simulada para que la conducta se configure, son elevadas las cifras de resoluciones emitidas por los Tribunales decretado Libertad a los Presuntos Responsables del delito a virtud de no haberse configurado los elementos que integran el Cuerpo del delito.”⁵⁸

La autora citada, manifiesta un punto de discusión en la doctrina actual de la simulación como delito, y es que hay que hacer la distinción que puede darse un acto simulado y un contrato simulado, ambas formas tienen efectos jurídicos, y se diferencian en que el primero es un declaración unilateral de voluntad con una sola persona como interviniente, y la segunda forma es un convenio o concurso de voluntades que expresan su consentimiento para dar origen a una forma contractual.

La mayor parte de la doctrina se ha inclinado a considerar como elemento constitutivo del delito de simulación al acuerdo simulatorio, por ende solo

⁵⁸ LEGARRETA CISNEROS Verónica, **SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS COMO DELITO INDEPENDIENTE**, Blog de Travesía Metodológica, Publicación de internet, **Fuente:** <http://travesiametodologica.blogspot.com/2012/07/simulacion-de-actos-juridicos-como.html>, Consultado el 17 de enero del 2014.

cabría la figura penal cuando existen varias personas que realizan el acuerdo simulatorio en alguna forma contractual.

No obstante para la presente investigación jurídica, considero imprescindible tener en cuenta que el acto simulatorio puede conllevar perjuicio patrimonial y en especial en el ámbito laboral, tal es el caso, de que se disimule una relación laboral como un contrato civil, mediante la exigencia del empleador al trabajador de la emisión de facturas, con el objeto de evitar pago de haberes laborales, indemnizaciones e incluso beneficios de Seguro Social.

Incluso los empleadores en nuestra realidad social, proceden a simular cartas de renuncia, valiéndose de la exigencia para dar la plaza de trabajo que el trabajador firme hojas de papel en blanco e incluso documentos de crédito como letras de cambio o similares.

Por ende el acto simulatorio también debería ser considerado como una especie de delito de simulación, y en especial en materia laboral que es el eje en que gira la presente tesis.

4.2.2.1.2 Fin de engañar a terceros.

El otro elemento del delito de simulación es la finalidad del acuerdo engañoso, es decir que se pretenda vulnerar el patrimonio (conjunto universal de bienes, derechos, acciones y obligaciones) de terceras personas, solo en este suceso adquiere el carácter de conducta antijurídica y que por la astucia es una conducta dolosa por excelencia.

Tal como indica Alfredo Etcheberry:

“...el delito del otorgamiento de contratos simulado en perjuicio de los acreedores, del artículo 466, exige que el deudor se encuentre en quiebra, pues de otra manera nada diferenciaría la figura de aquella del artículo 471 N° 2. Dicho de otro modo, el delito del artículo 466 es el mismo del artículo 471 N° 2, pero agravado cuando el sujeto activo es un deudor no comerciante que ha provocado su insolvencia y ha sido declarado en quiebra.”⁵⁹

La doctrina en general trata de un caso de simulación que se produce con generalidad, esto es que un deudor con el objeto de no cumplir su obligación con el acreedor simula un acto o contrato para hacer salir aparentemente los bienes de su patrimonio, aparentando un estado de insolvencia y perjudicando al acreedor. Generalmente se puede dar que el deudor efectúe contratos de compraventa (enajenación) de sus bienes a un familiar (hijos principalmente) con el objeto de evitar el cumplimiento de la obligación para con el acreedor.

Sin embargo existen ordenamientos jurídicos que dan un tratamiento por separado de lo que es el contrato simulado y la insolvencia simulada, como indica Mario Valenzuela:

“Un delito es general, el de simulación de contrato, y el otro especial, el de insolvencia simulada.”⁶⁰

Como indica el autor citado, la insolvencia simulada es solo una especie o caso específico del contrato simulado que consiste en la disminución patrimonial para afectar a un tercero acreedor, esta figura también ha sido denominada delito dealzada en la legislación española:

“La acción típica del alzamiento no contempla medios legalmente determinados de comisión, lo que no impide agrupar a varios de ellos en

⁵⁹Ob. Cit., ETCHEBERRY Alfredo, **DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL**, Pág. 387.

⁶⁰VALENZUELA Mario, **DE LA SIMULACIÓN DE CONTRATO**, Universidad Católica, Santiago de Chile, 1954, Pág. 27.

dos categorías: la ocultación material y la ocultación sirviéndose de medios jurídicos. Estos últimos, en su modalidad de disminución del activo, pueden conseguirse por diversos procedimientos, dentro de los cuales el autor identifica la enajenación simulada.”⁶¹

El delito de alzamiento puede ser efectuado por medios materiales y jurídicos, en el primer caso con el ocultamiento de bienes muebles, en especial vehículos automotores, de los cuales no se puede efectuar un embargo judicial si se desconoce el paradero del mismo, por citar un ejemplo; en cuanto a la segunda clase viene a ser un contrato simulado de enajenación (donación, compraventa, permuta, cesión de derechos, etc.). En este contexto concuerdo con la opinión del autor citado, al poder ser efectuado el delito de alzamiento por medios materiales no se puede asimilar en un ciento por ciento a la conducta del delito de simulación.

Ahora enfocando este elemento de la simulación al ámbito laboral, es preciso partir en que existe un caso de simulación de relación laboral para perjudicar a un tercero acreedor, este caso se produce que mediante la acción judicial laboral se embargue determinados bienes o inclusive que se los remate para que un acreedor no pueda hacer efectivo su crédito, a lo cual el Código del Trabajo Ecuatoriano lo ha catalogado como una especie de colusión que es un delito civil que da también derecho a perseguirlo en acción penal privada (querrela).

Pero a más de ello, la simulación de una relación laboral en forma general no produce perjuicios a terceros, sino más bien obligaciones de índole patronal,

⁶¹MUÑOZ CONDE Francisco, **DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL**, 11va Edición, Editorial Tirant LoBlanch, Valencia-España, 1996, Pág. 116.

como afiliación y aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, inspecciones y controles por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, obligaciones tributarias del impuesto a la renta para los trabajadores, etc.

Más bien es generalizado, que se disimule una relación laboral dándole la apariencia de un contrato civil o mercantil, con el objeto de evitar las obligaciones que se desprenden de la relación laboral, y en este caso no hay un acuerdo simulatorio ni un perjuicio a terceros, sino un acto simulado generalmente efectuado por el empleador para perjudicar a la contraparte de la relación laboral (el trabajador).

Por ende el delito de simulación en materia laboral que pretende implementar la presente investigación, es un punto de gran inflexión, en cuanto a que conductas pueden ser objetivamente relevantes y que afecten en sumo grado a los derechos del trabajador.

4.2.2.1.2.1 La Simulación puede ser Lícita o Ilícita.

Para Francisco Ferrara la simulación es “...una mentira consciente para engendrar en los demás una ilusión falaz; de un disfraz.”⁶²

La simulación en cuanto no conlleve un perjuicio a un tercero es considerada como lícita, es decir que no atenta contra un bien jurídico protegido, pero lleva implícita su nulidad, pues su causa no es real sino aparente o incluso

⁶² FERRARA Francisco, **LA SIMULACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS**, Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid-España, 1926, Pág. 60.

inexistente, por ello ocurre que civilmente el acto estaría viciado de nulidad, siempre y cuando la misma sea declarada judicialmente.

Para que la simulación sea ilícita se requiere que haya la afectación patrimonial a un tercero.

4.2.2.2 Simulación Absoluta y Simulación Relativa.

Si bien la doctrina establece que para que exista simulación debe existir el acuerdo engañoso de las partes que intervienen en el acto jurídico o en el contrato, pero además es necesario considerar que la simulación puede ser absoluta o relativa.

4.2.2.2.1 Simulación Absoluta.

De lo indicado es necesario reflexionar sobre lo siguiente: *“no celebrar negocio alguno (simulación absoluta) o celebrar otro distinto al aparente (simulación relativa)”*⁶³

La simulación absoluta conlleva aparentar un negocio jurídico que en realidad nunca llegó a darse, por ejemplo simular una relación laboral que en la realidad no existe con el objeto de perjudicar a un acreedor.

El acto simulado es inexistente en el fondo, y por tanto no produce efectos jurídicos una vez descubierta la simulación, pero este tipo de engaño puede haber producido ya un perjuicio a un tercero.

⁶³ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, Tomo IV, PRO-ZON, Editorial Civitas, Madrid-España, 1994, Pág. 6217.

Lo indicado en el ámbito laboral podría darse cuando el empleador simula una carta de renuncia.

“La simulación es absoluta cuando la voluntad declarada no corresponde a voluntad real alguna, nada se disimula, no existe intención alguna de crear, modificar o extinguir una relación jurídica. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público, es un fantasma.”⁶⁴

El negocio inexistente no produce ningún efecto jurídico pero si puede conllevar a un perjuicio patrimonial, es en este momento en que produce una conducta típica y antijurídica.

4.2.2.2.2 Simulación Relativa.

Al respecto de la simulación relativa Francisco Ferrara indica:

“...los que se celebran representando, fingiendo, aparentando o imitando una cosa que no es.”⁶⁵

La simulación relativa consiste en una forma más compleja que la simulación absoluta, pues en ella se altera la naturaleza de un negocio real, por tanto existen algunos puntos a considerar: un negocio aparente y fingido, y un negocio real y oculto.

4.2.2.2.2.1 Negocio Aparente y Fingido.

⁶⁴Ob. Cit., FERRARA Francisco, **LA SIMULACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS**, Pág. 191.

⁶⁵DEL RIO J. Raimundo, **DERECHO PENAL**, Tercer Tomo, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1935, Pág. 472.

El negocio aparente y fingido es la ilusión falaz que se muestra o se quiere hacer creer a un tercero o al público en general. Este negocio carece de validez jurídica pues no tiene la esencia del negocio real.

Por tanto el engaño no produce efectos jurídicos, es nulo.

En la simulación relativa se habla de un acto jurídico o contrato disimulado, es decir que se le otorga una apariencia que no corresponde a su verdadera naturaleza.

4.2.2.2.2 Negocio Oculto y Real.

En cambio el negocio oculto y real, de anularse la apariencia subsiste y produce los efectos jurídicos propios de su naturaleza.

Del delito de simulación Jaime Mans indica:

“En derecho antiguo, diversas máximas y aforismos hicieron referencia de esta figura: Simulata nullius momenti sunt (Las cosas simuladas no tienen valor); Actus simulatus nullius est momenti (El acto simulado no tiene validez); Acta simulata... veritatis substantiam mutare non possunt (Los actos simulados no pueden alterar la esencia de la verdad).”⁶⁶

Los actos simulados no pueden alterar la esencia de la verdad, así si a un contrato de trabajo se le da la apariencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales, no por ello deja de producir los efectos de su

⁶⁶MANS PUIGARNAU Jaime M., **LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**, Primera Edición, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1979, Pág. 444.

verdadera naturaleza laboral, teniendo en cuenta que los derechos laborales de los trabajadores son por disposición constitucional y legal inalienables, intangibles e irrenunciables.

En tal caso la relación laboral es posible de ser identificada por la autoridad judicial de trabajo, mediante elementos que son propios de su naturaleza jurídica, entre ellos la relación de subordinación, dependencia y cumplimiento de horarios, además de un pago mensual equivalente a remuneración, por lo general en los servicios profesionales existe la realización de determinados actos que conllevan un precio que los profesionales denominan honorarios.

El servicio civil profesional requiere siempre de un título que acredite tal circunstancia, pero incluso el empleo privado está dentro del ámbito laboral por la relación de dependencia, tal es el caso de que una persona trabaje como secretario o secretaria de otra en un horario fijo.

4.2.2.3 Simulación Total y Simulación Parcial.

También es necesario efectuar una distinción en cuanto a que la simulación puede ser total o parcial:

“Simulación: es un instrumento que se utiliza para eludir la ley. Es decir, producir una situación jurídica aparente y privar al trabajador de sus derechos.

Puede ser:

Total: se crea una figura contractual no laboral, es decir, se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro. Por ejemplo: los monotributistas en vez de ser empleados en relación de dependencia.

*Parcial: cuando se crea una figura que encubre el carácter jurídico de la real. Por ejemplo: la renuncia del empleado en vez del despido.*⁶⁷

La cita precedente da una luz muy clara a la presente investigación, y la cual es que la simulación total es dar una apariencia jurídica completamente diferente al acto real (disimulado), por ejemplo dar la apariencia de un contrato civil a una relación de trabajo.

Puede ser parcial cuando por ejemplo el caso de la renuncia y el despido intempestivo, ambas formas terminan la relación laboral, pero tienen diferentes naturaleza jurídica, así la renuncia es un acto legal de terminación de la relación laboral es decir consiste en un ejercicio de la libertad de trabajo, si el trabajador ya no desea seguir trabajando para su empleador tiene todo el derecho de renunciar el cargo que se le encomendó. Pero el despido intempestivo como se denomina en la legislación laboral ecuatoriana, es una terminación injustificada y arbitraria por parte del empleador que ya sea en forma sorpresiva y sin fundamento le indica al trabajador que ya no trabaje y que se vaya de la empresa o lugar de trabajo.

En este caso la simulación relativa es darle a una forma de terminación de la relación laboral ilegal y arbitraria (despido intempestivo), la apariencia de una terminación legal (renuncia), con el objeto de evadir el pago de indemnizaciones.

⁶⁷ ABOGADADEFENSORA.COM, **SIMULACIÓN Y FRAUDE LABORAL**, Publicación de Internet, Comentarios a la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, Documento en formato PDF, **Fuente:**<http://www.abogadadefensora.com.ar/derecho-laboral-trrhh/7simulacion-fraude.pdf>, Consultado el 12 de diciembre del 2013.

La simulación total es darle una apariencia completamente diferente a un acto jurídico, mientras que la simulación parcial es una apariencia tan solo en algunos aspectos o calidades del acto jurídico.

4.2.2.4 El Delito de Simulación como una especie de Fraude.

El delito de simulación es una especie de fraude, pues conlleva un engaño el cual se fundamenta en aparentar un negocio jurídico ya sea inexistente o de real pero con causa diferente, efectuado con el ánimo de producir un lucro patrimonial y el consecuente perjuicio patrimonial a la víctima.

“...Las principales maneras de engañar son dos: la primera es cuando se hace por palabras mentirosas o arteras; la segunda es cuando preguntan a un hombre sobre alguna cosa y él calla engañosamente, no queriendo responder o si responde dice palabras encubiertas. Se admite, pues, el engaño por omisión, hoy tan discutido, y en la acción se separa la simulación de la disimulación como en algunos conceptos modernos de estafa.”⁶⁸

La simulación es una de las principales formas modernas de estafa, precisamente porque los criminales que pretenden efectuar una defraudación, con el objeto de lograr el error en la víctima aparentan negocios jurídicos que en realidad no son reales o no son lo que les hicieron creer a la víctima.

En las relaciones laborales, los empleadores con el objeto de evitar demandadas por despido intempestivo y evitar efectuar el desahucio que conlleva una bonificación, acostumbran a solicitarles a sus trabajadores que firmen documentos en blanco, que luego de producirse el despido

⁶⁸ GARRAUD René, **TRAITÉ THEORIQUE ET PRACTIQUE DU DROIT PENAL FRANÇAIS**, Francia, 1913, Pág. 252.

intempestivo con el objeto de evitar la sanción judicial, aparentan cartas de renuncia.

Gustavo Labatut indica:

“...comete delito el deudor no dedicado al comercio que otorgare contrato simulado en perjuicio de los acreedores conforme el artículo 466; en los demás casos, el que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado comete estafa, de acuerdo al artículo 471 N° 2 del Código Penal. Este último delito comprendería todos los otros casos en que la simulación perjudica a terceros, sin considerar la calidad personal del culpable y sin que por ello el simulador se coloque en estado de insolvencia voluntaria. En definitiva, la comparación de ambas disposiciones permite concluir que entre ellas existe una relación de género a especie.”⁶⁹

La simulación es una especie de defraudación, pues conlleva la apropiación o lucro ilícito por medio de engaño (artificio simulatorio), por el cual se logra que la víctima efectúe una disposición patrimonial.

Ernest Von Beling indica:

“Asumiendo la concepción del contrato simulado como modalidad comisiva de delitos diversos y no como delito autónomo, forzoso resulta concluir a continuación que no existe una figura básica, nuclear o referencial de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro. No existe una figura típica, un esquema común o delito-tipo, que pueda cumplir ese rol porque si existiera, habría de serlo desligado de delitos de referencia y carecería de contenido desde la perspectiva de los bienes jurídicos que protege el derecho penal.”⁷⁰

El contrato simulado no puede ser encasillado en formas determinadas de conducta, o si se quiere decir en una ley penal que establece ejemplos para determinar los elementos del tipo objetivo penal, ya que los contratos son de

⁶⁹LABATUT Gustavo, **DERECHO PENAL**, Tomo II, 6ta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, Pág. 242.

⁷⁰BELING Ernest Von, **ESQUEMA DE DERECHO PENAL**, Librería El Foro, Buenos Aires-Argentina, 2002, Págs. 83-84.

diversa índole (compraventa, mandato, permuta, comodato, mutuo, etc.), así como a su naturaleza jurídica (civil, laboral, mercantil, etc.).

4.2.3 El Enriquecimiento Injustificado o sin Causa.

El enriquecimiento injustificado no es un tipo penal ni siquiera un delito civil, simplemente es la producción de un desplazamiento patrimonial que no encuentre una justificación legal.

Entonces para llegar a ser un tipo penal es necesario el análisis de la concurrencia de un elemento subjetivo de culpabilidad especialmente dolo, para que tenga carácter antijurídico, y conllevar una gran relevancia para que merezca una sanción penal, que en el ámbito laboral es preciso identificar que conductas son penalmente relevantes.

4.2.3.1 Elementos del Enriquecimiento Injustificado o sin Causa.

El enriquecimiento injustificado o sin causa, debe reunir tres requisitos que son: Enriquecimiento del demandado, empobrecimiento del actor y falta de causa del desplazamiento patrimonial.

4.2.3.1.1 Enriquecimiento del demandado.

Respecto de este requisito, Georges Ripert manifiesta:

“El requisito de la culpa, en concreto, no se encontraba presente en aquellos casos en los que el beneficiado nada había realizado para atraer a su

*patrimonio el enriquecimiento. De la misma forma, la limitación de la reparación a la cuantía del enriquecimiento efectivo no garantizaba el cumplimiento satisfactorio del principio de reparación integral del daño."*⁷¹

Hay que tener en claro que se habla de enriquecimiento del demandado, pues al producirse un enriquecimiento injustificado, el mismo debe ser demandado en un juicio solicitando la restitución del desplazamiento patrimonial.

Como doctrinariamente, el desplazamiento patrimonial no reúne los requisitos de un acto jurídico o de un contrato legal, es decir que contiene una causa o motivo considerado como fuente de crear, modificar o extinguir obligaciones.

Por tanto el desplazamiento patrimonial al carecer de causa es nulo, y da derecho para que el perjudicado reclame la restitución del desplazamiento patrimonial, esto es una diferencia básica con los delitos civiles e incluso penales, por tanto que en estos segundos da derecho a una indemnización de daños y perjuicios que incluyen el daño emergente y el lucro cesante.

4.2.3.1.2 Empobrecimiento del actor.

El segundo requisito es el empobrecimiento del actor, que como indica Ramón Roca:

"...En el Derecho de daños la reparación se extiende a la cuantía total del perjuicio sufrido, mientras que en el enriquecimiento sin causa la restitución nunca puede exceder del efectivo enriquecimiento. En el enriquecimiento injusto la obligación de restituir no puede sobrepasar el límite cuantitativo constituido por el beneficio obtenido por el que se ha

⁷¹ Ob. Cit., RIPERT Georges, **LA RÉGLE MONDE DANS LES OBLIGATIONS CIVILES**, Págs. 257 y 258.

enriquecido, pues no se trata, a diferencia de lo que ocurre en la acción de daños, de reparar el empobrecimiento.”⁷²

El empobrecimiento del actor, es la cantidad de afectación que sufre la persona de cuyo patrimonio se efectúa el desplazamiento, y por tanto la acción de restitución no puede sobrepasar el beneficio del enriquecido.

4.2.3.1.3 Falta de causa del desplazamiento patrimonial.

Ahora es necesario determinar en qué casos un desplazamiento patrimonial no puede tener causa, partiendo que según la legislación civil ecuatoriana, es causa suficiente para cualquier contrato la mera liberalidad, es decir la voluntad de una persona en crear un acto jurídico en beneficio de otra persona, un ejemplo es la figura mercantil del endoso pleno de una letra de cambio por el cual se transmiten los derechos del título, que se entiende pleno porque es por valor recibido, aunque en la realidad puede darse el caso que el endosante lo haga a título gratuito por su propia voluntad.

Otro ejemplo en que la mera liberalidad es causa suficiente es el caso de la donación, en que una persona transfiere el dominio a otra persona a título gratuito por razones personales de aprecio, confianza o gratitud.

Entonces surge la interrogante en qué casos se produce el desplazamiento patrimonial sin causa, y ello conlleva la noción directa de los cuasicontratos, aquellas situaciones en las que no concurre la prestación del consentimiento, entre los más conocidos están: el pago indebido en el que una persona por

⁷²ROCA SASTRE Ramón, **EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**, Vol. 1 en Estudios de Derecho Privado: Obligaciones y Contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid-España, 1948, Pág. 515.

error paga una obligación que no le pertenece o que no debe, otra figura es el cuasicontrato de agencia oficiosa, es decir una personas que efectuó o gestionó negocios ajenos sin el consentimiento del titular de lo negocio, el cuasicontrato de comunidad en el cual varias personas de hecho quedan constituidos en accionistas de una cosa común como por ejemplo en una sucesión hereditaria, el hecho que la produce es el fallecimiento de una persona, y los sucesores quedan en comunidad en la herencia, no hay voluntad de quedar en este estado pero el mismo genera obligaciones tanto tributarias como de obligaciones hereditarias que hubiere de sufragar, que es de obligación de cada heredero a prorrata.

Al momento de haber un contrato, hay causa y por ende no es injustificado, sino que se sujeta a las reglas de los contratos, y si es nulo no tiene efectos jurídicos y da derecho a la indemnización por daños y perjuicios.

4.2.3.2 La Dicotomía del Enriquecimiento Injustificado o sin causa y la Responsabilidad Civil Extracontractual.

José Antonio Álvarez manifiesta que:

“...quien emplea capital ajeno no viene obligado a restituir los provechos obtenidos con este capital sino únicamente a restituir el capital; en idéntico sentido quien emplea trabajo ajeno no viene obligado a restituir al trabajador el provecho que ha producido, sino únicamente el salario pactado o, en su defecto, el ahorro de gastos... ..las plusvalías que produce el uso, consumo, enajenación o empleo de cosa ajena, pertenecen al que efectivamente la ha empleado”⁷³

⁷³ÁLVAREZ CAPEROCHIPI José Antonio, **EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**, 3era Edición, Editorial Comares, Granada-España, 1993, Pág. 69.

Como indica la cita precedente, el enriquecimiento injustificado no produce más allá de la obligación de la restitución del patrimonio que se desplazó, de esta forma se indica que el que emplea capital ajeno solo debe restituir igual cantidad, pero no la suma de intereses y réditos que haya conseguido con el mismo.

El autor da una clara idea dentro del ámbito laboral quien emplea trabajo ajeno, solo tiene la obligación de restituir el valor del trabajo, esto es su remuneración, tal caso devendrían retenciones arbitrarias de remuneraciones, retenciones de aportaciones al IESS (que ya se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal), descuentos ilegales a las remuneraciones con motivos supuestos de pago de pérdidas o daños en el negocio del empleador, que es una práctica muy frecuente en la realidad laboral del país.

Todos estos actos conllevan un grado de dolo es decir de intención de causar daño al trabajador, en este contexto la presente tesis encuentra que si hay conductas de enriquecimiento injustificado o injusto, sin causa legal y efectuada con voluntad y conciencia, aprovechando generalmente la ingenuidad y desconocimiento de la normativa legal por parte de los trabajadores.

Santiago Cavanillas indica que:

“Desde comienzos de siglo se han promulgado leyes reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual que afectan a diversos ámbitos materiales o sectores de actividad potencialmente generadores de daños en las que el criterio de imputación es el riesgo y no la culpa como ocurre en el régimen común instaurado por el C.C. Por el contrario, una

*pretensión restitutoria de enriquecimiento sin causa no podría fundarse en el mero riesgo*⁷⁴

El riesgo de pérdida es susceptible de producir enriquecimiento injustificado, por tanto conlleva la obligación de restitución a la persona que sufre el empobrecimiento, pero para que el mismo sea tipificado como delito debe existir culpa o dolo en esta intención de obtener enriquecimiento en forma ilegal.

4.2.4 La Mora o Incumplimiento de Obligaciones.

El incumplimiento de obligaciones es conocido doctrinariamente como mora, que al respecto indica Arturo Alessandri Rodríguez:

*“De lo dicho se desprende que la mora puede definirse diciendo que es el retardo culpable del cumplimiento de una obligación, más allá de la época fijada por la voluntad del acreedor.”*⁷⁵

La mora es el retardo culpable o atribuible al deudor en el cumplimiento de la obligación, desde este punto de vista, la mora conlleva implícito un perjuicio para el acreedor.

La mora no puede ser catalogada como el simple retardo sino el que es atribuible por culpa o dolo del deudor, estando eximidos de responsabilidad cuando el retardo es producto de caso fortuito o fuerza mayor.

4.2.4.1 Requisitos de la Mora.

⁷⁴CAVANILLAS MUGICA Santiago, **LA TRANSFORMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA**, Editorial Aranzadi, Pamplona-España, 1987, Págs. 120.

⁷⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá-Colombia, Pág. 100.

Son tres los requisitos que constituyen la mora: retardo, que se imputable en forma culposa o dolosa al deudor y la interpelación del acreedor.

4.2.4.1.1 Retardo.

“Por su parte en las obligaciones de dar o de hacer el retardo no suele importar forzosamente “incumplimiento” definitivo (salvo que se estuviese frente a la hipótesis de “plazo esencial”), sino solamente “mora” mientras continúe siendo posible y útil que el deudor cumpla la prestación, aunque de manera tardía.”⁷⁶

El retardo es el incumplimiento momentáneo o temporal de la obligación que se produce por no ser satisfecha la prestación en el tiempo debido o por haber transgredido la abstención. Es decir hay mora de una obligación de hacer al no cumplir la obligación, y hay mora en una obligación de no hacer (prohibición o abstención) cuando se realiza lo que el contrato prohíbe.

En obligaciones cuyo origen es la ley, como ocurre en los derechos de los trabajadores, el incumplimiento del plazo legal constituye en retardo al empleador, especialmente en el pago de remuneraciones que debe efectuarse máximo dentro de los 30 días siguientes de concluido el mes de prestación de servicios, igualmente hay retardo si no se cancelan las remuneraciones adicionales dentro de las fechas establecidas en el Código del Trabajo, así la decimocuarta remuneración debe ser cancela en el mes de

⁷⁶ OSTERLING PARODI Felipe, **LA MORA DEL DEUDOR**, 2da Edición, Editorial Themis, Pág. 55.

septiembre y la decimotercera remuneración en el mes de diciembre de cada año.

Cuando existe plazo, se sobreentiende culpa o responsabilidad del deudor.

4.2.4.1.2 Culpa o Dolo del Retardo atribuible al deudor.

El elemento subjetivo para la constitución en mora, es que exista dolo o culpa atribuible al deudor:

“Todo esto demuestra entonces, que el deudor queda descargado de responsabilidad aún en el caso de ejecución tardía de la obligación, cuando esta ejecución tardía no es imputable a su culpa o a su dolo, sino al caso fortuito.”⁷⁷

Cuando el retardo obedece a culpa o dolo hay mora por ser atribuible al deudor, en este punto es necesario establecer en qué circunstancias de basa la culpa, siendo un acto negligente desprovisto de la más mínima previsión que produce que el deudor no puede cumplir con la pretensión o la abstención a la cual está obligado, un ejemplo claro es cuando en una deuda civil de pago de dinero, el deudor por su descuido efectúo malos negocios y por ende carece de solvencia momentánea para cumplir la obligación.

En el caso de que exista la intención de causar un perjuicio al acreedor, esto constituye un acto doloso, por ejemplo que el deudor ya no tenga la intención de pagar a su acreedor, así tenga los medios para hacerlo.

⁷⁷ Ob. Cit., ALESSANDRI RODRÍGUEZ Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORIA DE LAS OBLIGACIONES**, Pág. 104.

En el caso del trabajo, el no presentar los informes del pago de decimotercera y decimocuarta remuneración, pago de utilidades, registro del contrato en la Inspectoría de Trabajo, pueden ser atribuidos a la negligencia del empleador, a menos que simplemente no desee pagar esos rubros legales al trabajador.

4.2.4.1.3 Interpelación del acreedor al deudor.

La interpelación es el tercer requisito de la mora, y consiste en un requerimiento efectuado al deudor:

“...el sistema de mora automática en las obligaciones a plazo considerando que en esas hipótesis resulta superflua la exigencia de requisitos formales, porque el deudor conoce exactamente el momento en que debe cumplir la prestación...”⁷⁸

El requerimiento según la legislación civil ecuatoriana, responde a obligaciones en las cuales no hay plazo determinado, por tanto es el aviso judicial para constituir al deudor en mora y seguir la acción judicial de cobro.

Por otro lado las obligaciones sujetas a plazo no requieren de requerimiento o interpelación, pues por el solo hecho de vencerse el plazo se constituye en mora el deudor.

Incluso al ejercer la acción judicial, al producirse la citación también se constituye en mora al deudor, y genera los efectos del pago de intereses moratorios que se suman a los intereses que genera el capital del crédito.

⁷⁸ BORDA Guillermo, **TRATADO DE DERECHO CIVIL-OBLIGACIONES**, Tomo I, 2da Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1967, Pág. 56.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Los delitos laborales que establece la Constitución de la República del Ecuador.

Primeramente es necesario indicar que el derecho al trabajo dentro la Constitución de la República del Ecuador, es un bien tutelado y protegido, concebido como uno de las principales prerrogativas de carácter económico y social, que se ampara en el principio fundamental de la libertad de contratación, de la remuneración justa y de las condiciones de dignidad de la actividad laboral.

El derecho al trabajo pertenece a la corriente denominada Derecho Social que es una rama jurídica que se ha ido implementando en varios países, con el objeto de eliminar en lo posible las desigualdades sociales, un ejemplo de este tipo de normativa es la legislación de inquilinato, seguro social y laboral.

Dentro de la relación laboral existen dos partes intervinientes, las cuales son el empleador o dador de trabajo, y el trabajador que es quien realiza la actividad en favor del primero, a cambio de una retribución económica que se denomina remuneración o salario.

Dentro de la Constitución de la República del Ecuador, existen variedad de normas jurídicas y principios de protección al derecho al trabajo, entre ellos están el que establece que los derechos de los trabajadores son inalienables (no pueden ser privados por ninguna persona), intangibles (no pueden ser

afectados o disminuido por ninguna persona), irrenunciables (ni siquiera el trabajador puede desprenderse de ellos).

Existen garantías normativas constitucionales que protegen esencialmente la libertad de asociación de los trabajadores, a que por trabajo de igual valor corresponde igual remuneración, que los conflictos laborales colectivos se solucionarán por medio de la mediación, que es factible transacción siempre y cuando no incurra en renuncia de derechos, entre otras garantías constitucionales.

Ahora bien para la presente investigación me fundamentaré en lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador en su 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.”⁷⁹

Del primer inciso de la norma constitucional transcrita, se desprende que la relación laboral entre empleadores y trabajadores será bilateral y directa, en este contexto se han eliminado las formas precarias de trabajo que existían anteriormente como intermediación laboral y tercerización de servicios prohibidas por el Mandato Constituyente Nro. 8.

⁷⁹ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, R. O. Nro. 449 del 20 de Octubre del 2008, s/e., Aporte del Ministerio de Relaciones Exteriores y otras entidades públicas, Pág. 149.

La parte final de la indicada disposición es la que establece que se penalizará y sancionará en la ley el fraude, la simulación, el incumplimiento de obligaciones y el enriquecimiento injusto en materia laboral.

Como ya he venido indicando desde el marco conceptual y doctrinario de la presente investigación jurídica, tales figuras no existen en la legislación ecuatoriana penal referentes a la materia laboral, por ello he abordado su estudio desde las formas genéricas de fraude, simulación, mora o incumplimiento y enriquecimiento injustificado o sin causa como se denomina en la doctrina.

En el siguiente apartado analizaré cada una de los delitos que establece la Constitución que deben ser penalizados.

4.3.2 Análisis de la legislación laboral y penal del Ecuador respecto de los delitos laborales que establece la Constitución de la República del Ecuador.

Dentro del presente apartado, con la actual publicación del Código Penal Integral publicado en el Registro Oficial Nro. 180 del lunes 10 de febrero del 2014, se deroga el Código Penal que se encontraba vigente desde el 22 de enero de 1971 con todas sus reformas.

Por ende en cuanto delitos contra los derechos constitucionales y en especial el derecho al trabajo en el Código Penal existían algunos tipos penales, así en el Libro II, Título II De los Delitos contra las Garantías Constitucionales y la

Igualdad Racial, Capítulo VIII De los Delitos contra la Libertad de Trabajo, Asociación y Petición, se encuentran establecía los siguientes tipos penales:

- **Exigencia de servicios no impuestos por la ley o contrato.**- Que reprime, a las autoridades eclesiásticas, políticas, civiles y militares que exigieren u obligaren a prestar servicios no previstos en la ley o estipulados en un contrato.

- **Suspensión de Trabajo por y para fines ilícitos.**- Que reprime a quien obligue a otro a través de violencia o amenaza a que participe en una huelga o boycot, así mismo al patrón, empresario o empleado que suspendan las actividades en sus establecimiento o en otros, para imponer a sus dependientes modificaciones en los pactos establecidos.

- **La Coacción Patronal para obligar a participar en boycot o sociedad obrera.**- Reprime la coacción realizada por el patrono para que alguien realice los actos de suspensión de trabajo en sus establecimientos o en otros, así como el obligar a ingresar o abandonar una sociedad obrera determinada.

- **Impedimento del ejercicio del derecho de petición.**- Reprime a la autoridad que impida al trabajador el ejercicio del derecho de petición, esto especialmente en el procedimiento para presentar quejas al empleador que debe ser determinado con acuerdo con los trabajadores según el Art. 42 numeral 26 del Código del Trabajo.

Con el actual Código Orgánico Integral Penal, se han tipificado tres tipos penales de delito y tipo penal contravencional contra el derecho al trabajo:

“Artículo 241.- Impedimento o limitación de derecho a huelga:La persona que, mediante engaños o abuso de situación de necesidad, impida o limite el ejercicio del derecho a tomar parte de una huelga, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

Si la conducta descrita se realiza con fuerza, violencia o intimidación, la pena será de seis meses a un año.”⁸⁰

El presente tipo penal que incluye el nuevo Código Orgánico Integral Penal, es un adelanto en la criminalización de conductas que vulneran al bien jurídico y protegido del trabajo, que conlleva el derecho a huelga, claro está de la forma legal y prevista en el Código del Trabajo, que se resuelve mediante presentación de un pliego de reclamo hacia el empleador lo cual lo resuelven los tribunales de conciliación y arbitraje de acuerdo al procedimiento establecido para la solución de conflictos colectivos de trabajo.

Esta conducta conlleva el impedimento al derecho de huelga, ya sea valiéndose de engaños o abuso de la situación de necesidad, por ejemplo cuando se prohíbe a los trabajadores participar en un huelga indicando que ello conlleva la pérdida de la remuneración mensual, en este caso se vale del engaño por cuanto no hay norma jurídica expresa de tal limitación, y de la necesidad de la persona trabajadora de lograr los ingresos económicos para sí misma como para su familia. La pena es privativa de libertad de dos a seis meses, que se agrava si fue efectuado mediante fuerza o coacción física o incluso con coacción psicológica (intimidación), en tales casos la pena será de seis meses a un año.

“Artículo 242.-Retención ilegal de aportación a la seguridad social:La persona que retenga los aportes patronales o personales o efectúe los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de

⁸⁰**CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**, Publicación del Suplemento R. O. Nro. 180 del lunes 10 de febrero del 2014, Pág. 38.

dividendos de préstamos hipotecarios o quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Para el efecto, la o el afectado, el Director General o el Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en su caso, se dirigirá a la Fiscalía para que inicie la investigación respectiva.

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica, será sancionada con la clausura de los locales o establecimientos, hasta que cancele los valores adeudados.”⁸¹

Un segundo tipo penal que establece la nueva legislación penal ecuatoriana, que por cierto entrará en vigencia en ciento ochenta días desde su publicación el 10 de febrero del 2014, establece como delito la retención ilegal de aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, lo cual consiste que dentro de los roles de pago de los trabajadores se efectúa el descuento (porcentaje) que es para aportación de Seguro Social, lo cual se amplía a los descuentos en rol que son efectuados de los créditos hipotecarios y quirografarios que concede el BIESS (Banco del IESS), también incurrirían en tal conducta aunque los descuentos no consten en roles pero que hayan sido efectuados de la remuneración del trabajador, la conducta de retención ilegal se produce si dentro de los 90 días no se hace la entrega de dichos valores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la pena privativa es de uno a tres años.

Este tipo penal implementado, puede ser considerado como un tipo de enriquecimiento sin causa, pues produce el empobrecimiento al trabajador (remuneración del trabajador), y no conlleva causa (esto se refiere a que la

⁸¹ Ley Cit., **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**, Pág. 38.

retención tenga el carácter de ilegal), por ello en el presente trabajo se puede considerar que este tipo de enriquecimiento ya tiene tipo penal, pues si en la propuesta de reforma se lo incluye en el tipo de enriquecimiento injusto que pretende implementar el presente trabajo investigativo, produciría concurso ideal de infracciones, esto es que la misma conducta sea subsumida o se encaje dentro de dos normas penales, en cuyo caso se impondrá la pena de la infracción más grave.

“Artículo 243.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica:En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con una multa de tres a cinco salarios básicos unificados de trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado.

Artículo 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social:La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas de haber sido notificada.”⁸²

Dentro de lo que constituye la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que fue un tema propuesto por el Gobierno Nacional, que se aprobó dentro del Código Orgánico Integral Penal, se establecen que hay una distinción entre delito y contravención, así constituye falta de afiliación en delito si es cometida por una persona jurídica, que incluso conlleva a la

⁸² Ley Cit., **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**, Pág. 38.

intervención de la autoridad de control, por ejemplo de las Cooperativas de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y Superintendencia de Bancos y Seguros y las correspondientes multas. Es en cambio contravención si la falta de afiliación es efectuada por un empleador particular (persona natural). Conlleva multa por cada uno de los trabajadores no afiliados siempre y cuando no se hubiere hecho el pago dentro de 48 horas de notificado, se entiende de la notificación con la multa por parte de IESS y de que se proceda a la afiliación de los trabajadores. Estos tipos penales pueden considerarse como incumplimiento de obligaciones:

Ahora bien analizados los tipos penales existentes, es necesario ir revisando las disposiciones legales y conductas que pueden ser tomadas en cuenta para la tipificación de los delitos de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral:

a.- Incumplimiento de Obligaciones: El incumplimiento de obligaciones dentro de una relación laboral puede conllevar responsabilidad tanto para el empleador como para el trabajador, siendo un gran número de obligaciones que establece el Código del Trabajo, por lo cual he considerado conveniente en lugar de hacer una transcripción de las normas del referido cuerpo legal, ir analizando las principales obligaciones establecidas en el Código del Trabajo:

1. La primera obligación que nace del contrato de trabajo, es pagar las cantidades (remuneraciones) que correspondan al trabajador, y en la forma prevista en el Código del Trabajo, por ejemplo: que la remuneración no sea inferior al salario básico unificado para el trabajador en general o sectorial, sea

pagado dentro de los 30 días desde la conclusión del periodo mensual de labor, sea efectuada en moneda de curso legal o en cheque certificado.

Esta obligación tiene sus garantías de cumplimiento no penales, es decir los reclamos en vía laboral de pago de haberes, lo que conlleva recargos por mora calculada en cuanto al triplo de lo adeudado en el último trimestre.

Entonces con el objeto de que el incumplimiento del pago de remuneraciones que se extiende a los beneficios de ley (vacaciones pagadas, remuneraciones adicionales, participación en utilidades, bonificación por salario digno, etc.)

Pero los mecanismos legales laborales muchas de las veces no son efectivos, una vez proseguido el juicio, se llega en ocasiones a una transacción u otras veces a la sentencia, pero ocurre con frecuencia que no se puede ejecutar lo juzgado por cuanto los empleadores se desprenden de su patrimonio, con el objeto de aparentar insolvencia, se puede seguir un juicio de insolvencia fraudulenta o culposa, pero la realidad procesal del país es que generalmente no da ningún resultado dejando el fallo judicial como enunciativo sin posibilidad de hacerse efectivo, considero que este caso de mora o incumplimiento si debería ser penalizado con el objeto de garantizar de mejor manera los derechos de los trabajadores.

2. Otra obligación instalar las fábricas, talleres, oficinas y demás lugares de trabajo, sujetándose a las medidas de prevención, seguridad e higiene del trabajo. Para lo cual hay indemnizaciones especialmente si el trabajador sufre accidente de trabajo por negligencia del empleador en proveer las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo.

3. Establecer comedores, escuelas, elementales, almacenes de artículos de primera necesidad para los trabajadores cuando éstos laboren en e número y la condiciones que establece el Código del Trabajo.
4. Llevar un registro de trabajadores, afiliarlos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, otorgar certificados de trabajo cuando el trabajador lo solicite.
5. Proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles, vestido de trabajo, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, en condiciones adecuadas para que éste sea realizado;
6. Conceder a los trabajadores el tiempo necesario para el ejercicio del sufragio, para ser atendidos por los facultativos de la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o para satisfacer requerimientos o notificaciones judiciales.
7. Permitir a los trabajadores faltar o ausentarse del trabajo para desempeñar comisiones, permisos y licencias que establezca el Código del Trabajo.
8. 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.
9. 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;

10. Pagar al trabajador reemplazante una remuneración no inferior a la básica que corresponda al reemplazado. En este respecto, hay un grado de abuso por parte de los empleadores, que acostumbran a efectuar descuentos al trabajador reemplazado para pagar al suplente, cuando constituye obligación del empleador efectuar tal pago.

11.- Contratar los porcentajes mínimos de trabajadores con discapacidad, y garantizar la paridad entre hombres y mujeres de acuerdo a lo establecido en el Código del Trabajo.

Lo indicado constituye un resumen de las principales obligaciones del empleador teniendo en cuenta que las mismas gozan de los mecanismos de tutela en la vía laboral, lo cual debe considerarse al momento de tipificar el delito de incumplimiento, especialmente la reincidencia para que adquiera relevancia penal, así como el caso de incumplimiento del pago de haberes ordenados judicialmente en sentencia, pues constituye un verdadero atentado que el empleador se valga de todos los medios para aparentar no tener bienes con el objeto de no cumplir con lo ordenado en sentencia.

b.- Fraude Laboral: En la legislación penal ecuatoriana no se ha tipificado el delito de fraude laboral, pero en el Código del Trabajo se hace referencia a un acto ilícito en perjuicio de terceros acreedores, pero lo asimila como delito de colusión:

“Art. 89.- Acción por colusión en reclamos laborales.- Los acreedores del empleador por créditos hipotecarios o prendarios inscritos, o de obligaciones constituidas con anterioridad a la fecha de iniciación de las acciones laborales, podrán obtener que no se entregue al trabajador los dineros depositados por el remate cuando hayan iniciado o fueren a

iniciar la acción por colusión, de estimar ficticios o simulados los reclamos del trabajador.

Si no se propusiere la acción por colusión dentro del plazo de treinta días de decretada la retención, el juez podrá ordenar la entrega al trabajador de los dineros retenidos.

Mientras se tramite el juicio por colusión no se entregarán al trabajador los dineros depositados por el remate, salvo que el actor dejare de impulsar la acción por treinta días o más.

De rechazarse la demanda por colusión se impondrá al actor la multa del veinte por ciento de los dineros que hubieren sido retenidos al trabajador, en beneficio de éste, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por la ley.”⁸³

Este es el principal caso de fraude con simulación de relación laboral que reconoce el Código del Trabajo Ecuatoriano y la Doctrina, y consiste en que con el objeto de perjudicar al acreedor, el deudor convenga con otra persona en simular un reclamo o juicio laboral con el objeto de rematar los bienes del deudor, para perjudicar al acreedor. La legislación ecuatoriana lo concibe como delito colusorio, y sus principales efectos son que se disponga la retención de los dineros productos del remate hasta que se resuelva la acción colusoria.

El juzgamiento del delito de colusión tiene un procedimiento especial, y se regula por la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, la cual en su Art. 1 establece:

“El que mediante algún procedimiento o acto colusorio hubiere sido perjudicado en cualquier forma, como entre otros, en el caso de privársele del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble, o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de otros derechos que legalmente le competen, podrá acudir con su demanda ante la jueza o

⁸³**CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS Y JURISPRUDENCIA**, Legislación Codificada Serie: Profesional, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a enero del 2014, Quito- Ecuador, Pág. 24-25.

juez de lo civil y mercantil del domicilio de cualquiera de los demandados.”⁸⁴

El acto colusorio consiste en el convenio entre dos personas en producir un perjuicio a un tercero especialmente en lo referente a derechos reales, aunque el Código del Trabajo lo aplica para el caso de los créditos o derechos personales, este juicio o acción colusoria es de naturaleza civil, y tiene por objeto que de comprobarse acuerdo colusorio, en sentencia el juez civil dispone que se restituya las cosas al estado anterior al acto colusorio.

El juzgamiento penal se efectúa en vía separada, así el Art. 7 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión establece: *“El afectado podrá iniciar la correspondiente acción penal privada, para que se imponga a los responsables de la colusión la pena de un mes a un año de prisión por el cometimiento de la colusión. El plazo de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día en que se ejecutorie la sentencia en el juicio civil.”⁸⁵*

La acción penal para juzgar el delito de colusión es de acción privada que se impulsa a petición de parte y que inicia con la respectiva querrela (acusación particular en delitos de acción privada).

Al momento de tipificar el delito de fraude en materia laboral, esto conllevaría a reformar esta figura haciéndola pesquisable de oficio como una forma de defraudación.

⁸⁴ **LEY PARA EL JUZGAMIENTO DE LA COLUSIÓN Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizada a marzo del 2010, Quito-Ecuador, Pág. 2.

⁸⁵ Ob. Cit., **LEY PARA EL JUZGAMIENTO DE LA COLUSIÓN Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Pág. 4.

Pueden dentro del ámbito laboral, existir otras conductas que se asemejen al fraude que tiene como característica esencial el engaño para producir un lucro patrimonial, los casos más frecuentes son que el empleador obligue al trabajador para conceder la plaza de trabajo letras o documentos de crédito firmados en blanco, esto es una práctica muy común, pero solo tendrían la categoría de delito si el empleador llenare tales documentos e iniciare el juicio por cobro de dinero, y que con ello produjere un perjuicio patrimonial al efectuar algún embargo, pues el delito de fraude se consuma con el perjuicio patrimonial.

c.- Simulación Laboral: Como ya indiqué anteriormente consiste en dar la apariencia de un contrato jurídico a un contrato inexistente o que tenga otra naturaleza jurídica (simulación absoluta y relativa respectivamente), la simulación de relación laboral con el objeto de perjudicar a un acreedor también cabría en la conducta de simulación, pero la simulación es una especie de fraude, por ende he considerado conveniente en este punto tratar de las conductas que dentro de la relación laboral tienden a simular actos y contratos jurídicos.

El Reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8 tiene una de las principales conductas de simulación:

“Art. 16.- Contratación civil de servicios técnicos especializados.-Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias o habituales de la empresa usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales o jurídicas en sus particulares instalaciones, con su propio personal, las que contarán con una adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será

directa y bilateral entre los contratistas prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores, sin que haya responsabilidad solidaria por parte de la usuaria, salvo el caso de que exista vinculación en los términos fijados en el Art. 13 de este Reglamento.

Se prohíbe vincular en esta forma de contratación civil a los denominados contratos de “servicio prestado”, de “prestación de servicios” o de “servicios profesionales” que varios empleadores han venido utilizando para encubrir relaciones de trabajo, perjudicando al trabajador, simulando una relación contractual de carácter civil, con la exigencia de que éste presente facturas para el pago de supuestos “honorarios”, cuando en realidad dicha relación corresponde al ámbito jurídico laboral, esto es al Código del Trabajo, por reunir los tres elementos que integran y definen al contrato de trabajo: a) prestación de servicios lícitos y personales; b) relación de dependencia o subordinación jurídica que implica horario de trabajo y acatamiento de las órdenes del empleador; y, c) remuneración.”⁸⁶

Es una costumbre generalizada por parte de la empresas y empleadores simular la relación laboral dándole la apariencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales, mediante la exigencia de emisión de facturas por parte del trabajador, la norma citada es muy clara, existen ciertos elementos que determinan una relación de trabajo: a) prestación de servicios lícitos y personales, que conlleva una prestación física-manual o incluso intelectual de servicios, entonces la manera de distinguirla de la prestación de servicios profesionales, es que en esta última el servicio es específico que se realiza por lo general en una sola actividad o prestación, tal es el caso de los servicios jurídicos o de contabilidad, cuando por ejemplo un abogado es contratado por una empresa para que le patrocine un juicio, el servicio profesional se centra al litigio encomendado por tanto hay servicio profesional, otro ejemplo es que se contrate a un contador-auditor para que realice un libro

⁸⁶**REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL MANDATO CONSTITUYENTE NRO. 8,** Decreto Ejecutivo Nro. 1121 del 03 de junio del 2008, Publicado en el Suplemento del R.O. Nro. 353 del 05 de junio del 2008, Pág. 7.

mayor de la empresa hasta cierta fecha; pero hay relación laboral si la prestación es continua, es por ello que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, en el mismo ejemplo del Abogado puede haber relación de dependencia cuando es contratado para que trabaje en todos los aspectos jurídicos de la empresa, juicios, trámites, documentación, etc.

De este modo se configuraría el segundo elemento de la relación laboral que es la dependencia y horario de trabajo, quien es trabajador se encuentra bajo órdenes del empleador en un determinado tiempo que se denomina horario, y por ende existe también la remuneración que es la retribución de carácter mensual, quincenal o por jornal, pero que diferencia del servicio profesional (civil) ya que este conlleva la noción de un precio conocido como honorario, así un abogado cobra honorarios por cada juicio, y si en cambio se encontrare bajo relación de dependencia percibiría una remuneración mensual estable, sin tener en cuenta cuantos juicios realice.

Existen otras formas de simulación en el ámbito laboral, tales como: cartas de renuncia firmadas en blanco que luego son llenadas con el objeto de evitar el pago de indemnizaciones por pago de despido intempestivo, roles falsificados la firma del trabajador para aparentar pagos de remuneraciones y evitar la condena del Juez del Trabajo.

d.- Enriquecimiento Injusto.-El enriquecimiento injusto conocido en la doctrina como enriquecimiento injustificado o sin causa, cabe aclarar que el enriquecimiento ilícito es un delito diferente que atenta contra la

administración pública y los sujetos activos deben ser esencialmente servidores públicos.

El enriquecimiento injusto se basa en la carencia de causa del desplazamiento patrimonial, con la nulidad del acto que conlleva al desplazamiento, así los Arts. 1461 y 1483 del Código Civil establecen:

“Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

...Art. 1483.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”⁸⁷

El enriquecimiento injustificado carece de causa, se produce generalmente en las figuras denominadas cuasicontratos, entre los más conocidos están el pago de lo no debido, la agencia oficiosa y la comunidad.

⁸⁷**CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Tomo I Serie Profesional, Actualizado a noviembre del 2013, Quito-Ecuador, Págs. 86 y 94.

Según la legislación civil conlleva el enriquecimiento sin causa, la obligación de restituir el monto del beneficio que se produce por el desplazamiento patrimonial.

Ahora para el tema de la presente tesis, para que el enriquecimiento injusto en materia laboral, conlleve el carácter de antijuridicidad y de culpabilidad, se requiere considerar que los derechos del trabajador son prerrogativas intangibles e irrenunciables y créditos privilegiados que entonces cualquier detrimento en los mismos conlleva la noción de afectación. En cuanto al elemento subjetivo de culpabilidad, debe existir cierto grado de culpa o incluso dolo para producir el enriquecimiento por parte del empleador, de otra manera no sería más que un asunto que se resolvería fuera de la vía penal.

En este contexto puedo indicar algunas conductas que pueden producir enriquecimiento injusto que como ya se analizó en el marco doctrinario, puede ser positivo o negativo (generando enriquecimiento o evitando el detrimento del patrimonio respectivamente), un ejemplo están los descuentos ilegales en la remuneración del trabajador, teniendo en cuenta que de la remuneración se pueden hacer descuentos por anticipos de remuneración y por el pago de comisariato según el Código del Trabajo hasta por un 10%, pero lo que ocurren en la realidad laboral del país, es que muchos empleadores hagan descuentos por faltantes de dinero o mercancía, lo cual es ilegal, y sería muy necesario que se penalice este tipo de enriquecimiento injusto en materia laboral.

4.4 Legislación Comparada.

4.4.1 Argentina.

En Argentina la Ley de Contrato de Trabajo o Ley Nro. 20774, en su Art. 14 establece acerca del fraude laboral:

“ARTICULO 14.- 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.”⁸⁸

Establece que todo acto o disposición contractual que sirva para defraudar la ley laboral produce la nulidad del mismo, pero no explícitamente se tipifica esta conducta como una infracción penal.

Lo que si se hace una similitud entre fraude o simulación. Respecto del incumplimiento de obligaciones se regula mediante los procesos judiciales laborales, ni tampoco se regula al enriquecimiento injusto como una figura penal.

4.4.2 México.

En México se regula el delito de fraude mediante el CODIGO PENAL FEDERAL publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 1931, con su última reforma DOF 26-12-2013, establece en el Art. 386 y partes pertinentes del Art. 387:

⁸⁸**LEY DE CONTRATO DE TRABAJO(ARGENTINA)**, Ley Nro. 20774, Boletín Oficial del 21 de mayo de 1976, Documento en formato PDF, **Fuente:** http://www.utta.org.ar/download/pdf/informacion_sindical/ley%2020744.pdf, Consultado el 17 de enero del 2014.

“Artículo 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;

II.- Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de 500 veces el salario;

III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

Artículo 387.- Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

... **X.-** Al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial, con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido.

...**XVII.-** Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente entrega.”⁸⁹

La legislación penal mexicana si establece entre las formas del delito de fraude a la simulación de actos y contratos, así como específicamente en el ámbito laboral al pago de remuneraciones inferiores a la legal, aunque para mi criterio se trataría de un incumplimiento de obligación legal.

En las legislaciones extranjeras analizadas no existen disposiciones sobre el incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto en materia laboral, por lo cual la presente investigación tiene un objetivo

⁸⁹**CODIGO PENAL FEDERAL (MEXICO)**, Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 1931, **Fuente:** <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>, Consultado el 17 de enero del 2014.

innovador de gran trascendencia, al fin de aportar el presente estudio como propuesta de reforma a la legislación vigente.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, he considerado los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir los procedimientos que permiten descubrir, sistematizar, diseñar, y ampliar nuevos conocimientos en el campo de la investigación científica, y que me han servido para el desarrollo de la presente tesis jurídica.

5.1.- Materiales.

Este trabajo de investigación lo fundamenté de manera documental, bibliográfica y de campo, que al tratarse de una investigación de carácter jurídico, utilicé textos y materiales relacionados con las nociones básicas de Derecho Penal, enfocando al Derecho al Trabajo como bien jurídico tutelado para la implementación de las figuras penales de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.

Las fuentes bibliográficas fueron utilizadas según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecido para la investigación, puedo mencionar que se utilizaron para la revisión de la literatura, como marco conceptual, diccionarios, enciclopedias, textos jurídicos, como fuente de información conceptual de los diferentes términos referentes a la temática de estudio, así como páginas de internet.

En cuanto a la doctrina, se utilizó libros de autores en Derecho Penal tanto en la parte general como en la parte especial (delitos contra el patrimonio) donde se encuentran los tipos penales de fraude y su forma especial la de simulación con el objeto de obtener pautas valiosas para la tipificación de estas conductas centradas con el bien jurídico del derecho al trabajo. Se recurrió a libros de autores Derecho Laboral y Derecho Civil, para poder establecer la importancia del derecho al trabajo como objeto de protección del ordenamiento jurídico, así como para estudiar al incumplimiento de obligaciones o mora y del enriquecimiento injustificado, para luego determinar que a estas figuras civiles requieren de un elemento subjetivo de culpabilidad (grado de dolo o culpa)

que hagan relevantes el tratamiento penal y punitivo de tales conductas en el ámbito laboral.

5.2.- Métodos utilizados.

En cuanto a los métodos a desarrollar, el presente trabajo de investigación jurídica, utilicé el método científico, como el método más adecuado que me permitió llegar al conocimiento de la problemática que conlleva la tipificación de nuevos delitos penales cuyo contenido antijurídico sea en relación al bien jurídico del derecho al trabajo, partiendo de la observación del objeto de estudio tanto en el acopio teórico como en la investigación de campo, para luego proceder al análisis de la información recopilada y la síntesis de los conocimientos alcanzados que se ven materializados en el presente informe final de tesis.

Los Métodos Inductivo y Deductivo: Me permitieron conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular para llegar a lo general, y el segundo partiendo de lo general a lo particular del problema.

El Método Descriptivo: Abarca la realización de una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los efectos negativos que produce la falta de tipificación y sanción del incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.

El Método Comparativo: Es un método que permite equiparar dos objetos de estudio de similar naturaleza, el cual lo utilice en la comparación de las

legislaciones procesales penales extranjeras respecto de la de nuestro país, lo cual se efectuó con las legislaciones de Argentina y México, con especial enfoque a las figuras de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral que se pretende implementar con el presente trabajo investigativo.

6. RESULTADOS.

6.1 Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la Investigación de Campo.

La investigación de campo, estuvo dirigida mediante la aplicación de 30 encuestas y 5 entrevistas, estructurada sobre los principales aspectos de la problemática en estudio, así como de los objetivos e hipótesis; y que fuera

contestada por profesionales del Derecho, Funcionarios Judiciales y Administrativos del Canton Huaquillas- Provincia de El Oro.

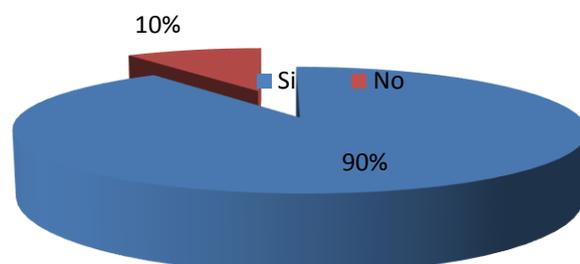
6.1.1 Resultados de la Encuesta.

De la aplicación de la encuesta, se obtuvo los siguientes resultados:

1.- ¿Considera Usted que es perjudicial el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones patronales previstas en el Código del Trabajo?

CUADRO NRO. 1		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	26	86,67%
No	4	13,33%
TOTAL	30	100%
Fuente: La encuesta. Autora: Gabriela Lorena Calderón Guzmán.		

Necesidad de tipificar el delito de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral



INTERPRETACIÓN: De la totalidad de la muestra seleccionada, veintiséis personas que representan el 86,67% respondieron que si consideran que es perjudicial el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones patronales previstas en el Código del Trabajo, por las siguientes razones:

- Es muy lesivo el incumplimiento por parte de los empleadores del pago de las remuneraciones básicas unificadas para el trabajador en general o de las determinadas por las Comisiones Sectoriales y que son publicadas anualmente por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante el Registro Oficial.
- La empresa privada acostumbra a no cumplir con la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para evadir pagos de aportaciones al seguro social que deben por ley, y en el peor de los casos para encubrir la relación laboral.

- Existe un marcado incumplimiento del registro del contrato escrito de trabajo ante la Inspectoría del Trabajo competente, incluso lo celebran y nunca lo inscriben con el objeto de que en el caso de suscitarse un reclamo laboral negar la relación contractual de trabajo.

- Los empleadores incumplen con las obligaciones de seguridad e higiene del trabajo, no proporcionan las herramientas, medidas de protección ni la vestimenta adecuada para que el trabajador cumpla con la labor establecida en el contrato de trabajo.

- En muchos casos de juicios por reclamo de haberes e indemnizaciones laborales, luego de haber llegado a una transacción o incluso a una sentencia ejecutoriada que condene al empleador a los pagos indicados en el fallo, los empleadores se valen de muchas formas de incumplir con sus obligaciones, tales como: aparentar insolvencia mediante transferencias de sus propiedades a terceros, o constitución de patrimonio familiar, cesión total de sus acciones, disolución de la sociedad conyugal para luego transferir el dominio de una propiedad al cónyuge con el objeto de que no le puedan ejecutar el cobro establecido en sentencia.

Cuatro encuestados que representan el 13,33 % de la muestra, contestaron que el incumplimiento de las obligaciones por parte de los empleadores no causa perjuicio por las siguientes razones:

- Existen los mecanismos legales que en vía administrativa es el reclamo ante el Inspector del Trabajo y la demanda judicial ante los Jueces del Trabajo para

hacer efectivos los derechos del trabajador que se hallen afectados por el incumplimiento del patrono.

- El incumplimiento es algo muy generalizado en nuestra realidad social y laboral, por lo que es frecuente las demandas en juicios laborales que terminan generalmente pagando con recargos los empleadores, se trataría simplemente del incumplimiento como en cualquier contrato.

ANÁLISIS DE LA AUTORA: La mayoría de los encuestados concuerdan con el criterio de la investigadora de que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el Código del Trabajo por parte de los empleadores es lesivo a los derechos de los trabajadores por las siguientes razones, la primera por ser estas prerrogativas garantizadas en la Constitución de la República del Ecuador por ende según el Art. 11 de la norma suprema, los derechos de los trabajadores son inalienables, indivisibles e intransferibles, por lo cual al existir el incumplimiento aunque sea parcial como el pago de remuneraciones inferiores a los mínimos legales, se encuentran afectando el derecho a la remuneración justa y digna es decir reduciendo este derecho, contraviniendo los indicados principios de inalienabilidad e indivisibilidad.

Por otro lado, la misma Constitución de la República en su Art. 326 establece en su numeral 2 que los derechos de los trabajadores son intangibles e irrenunciables, lo que conlleva que no pueden ser menoscabados por ninguna persona particular ni mucho menos por autoridad o entidad pública.

El incumplimiento es generalizado pero no por ello adecuado, tal como indica la mayoría de los encuestados, incluso ni después de que exista sentencia

ejecutoriada en un proceso judicial de trabajo, no cumplen los empleadores con el pago de los haberes e indemnizaciones establecidas en el fallo judicial, lo cual es muy preocupante cuando el empleador para evadir tales pagos aparenta insolvencia económica con lo que produce que el trabajador se quede simplemente con un reconocimiento de sus derechos en un papel sin efecto, por no decirlo de otra forma, que podría el trabajador seguir un juicio de insolvencia contra el empleador, que como es conocido por todos no surten efecto alguno, en este caso hay un grave caso de incumplimiento de obligaciones, pues existe el retardo del empleador, la culpabilidad en el retardo atribuible al empleador por cuanto al existir plazos legales se encuentra en mora y en perjuicio de su trabajador, así como al interpelación o requerimiento mediante la acción judicial que a más de la mora por incumplir los plazos legales también lo constituye en mora al empleador desde la citación con la demanda, lo cual debe ser sancionado penalmente como garantía de los derechos de los trabajadores.

Referente a lo que indica la minoría de los encuestados es necesario considerar que existe un incumplimiento reiterado de obligaciones referentes a medidas de protección, seguridad en el trabajo, pago de beneficios legales, entre otros que si bien tienen la vía administrativa y laboral para conseguir su tutela jurídica, debe ser sancionada la reincidencia en forma penal con el objeto de amparar los derechos de los trabajadores.

2.- ¿Considera Usted perjudicial el que ciertos empleadores simulen una relación laboral como un contrato civil de prestación de servicios, mediante la exigencia al trabajador de que presente facturas?

CUADRO NRO. 2		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: La encuesta.
Autora: Gabriela Lorena Calderón Guzmán.



INTERPRETACIÓN: La totalidad de la muestra poblacional seleccionada, esto es treinta personas encuestadas que representan el 100% contestaron que si consideran perjudicial el que ciertos empleadores simulen una relación laboral como un contrato civil de prestación de servicios, mediante la exigencia al trabajador de que presente facturas, por la siguientes razones:

- Es una mala costumbre patronal que se exija al trabajador la presentación de facturas para dar la plaza de trabajo, incluso que es necesario obtener el

registro único de contribuyentes para el trabajador, con el objeto de aparentar un contrato civil de prestación de servicios profesionales.

- Con la simulación de una relación civil se encubre la verdadera esencia de la relación laboral, es decir la prestación de los servicios lícitos y personales, dándoles un carácter profesional a actividades que corresponden al marco jurídico laboral, especialmente que tienen relación con la prestación de servicios manuales y físicos.

- Con la simulación se evade por parte del empleador de obligaciones de pago de remuneraciones mínimas legales, afiliación y aportación al seguro social, pago de beneficios legales como el decimotercer sueldo, decimocuarto sueldo, vacaciones y participación en utilidades.

- La simulación es perjudicial al trabajador despedido intempestivamente pues al simular una relación contractual civil se elude el pago de la indemnización por despido intempestivo, así como el recargo por mora según el Art. 94 del Código del Trabajo.

ANÁLISIS DE LA AUTORA: La totalidad de los encuestados concuerdan con el criterio de la autora, de que la simulación laboral en su principal forma consiste en dar la apariencia de un contrato civil a un contrato laboral, de esta manera se produce la simulación relativa que se analizó en la revisión de literatura de la presente tesis, pues por un lado existe un contrato real que permanece disimulado y oculto que es el de esencia laboral, y existe una contrato aparente e irreal (contrato civil), con el perjuicio para el trabajador, ya que por medio de la simulación se evita el pago de remuneraciones legales,

remuneraciones adicionales (decimotercera y decimocuarta remuneración), vacaciones pagadas, pago de indemnizaciones por despido intempestivo.

La relación laboral como un contrato real en el sentido de verdadero, queda oculto y disimulado, pero surte los efectos legales correspondientes ya que el contrato aparente y falso de prestación de servicios profesionales no tiene validez, pues lo falso no puede cambiar la esencia de la verdad, y es así como en el Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8 en su Art. 16 establece que son tres los elementos que determinan una relación laboral: 1.- La prestación de servicios lícitos y personales, es decir los que están permitidos por la ley y son prestados por la persona en manifestaciones de labores concretamente físicas o manuales, lo que diferencian al servicio profesional que es netamente intelectual o inmaterial, aunque ello no es una diferencia absoluta, puede haber empleo privado es decir prestación de servicios intelectuales bajo dependencia, es decir que se reúnen con los otros dos elementos que indico a continuación; 2.- El segundo elemento es la relación de subordinación o dependencia con la presencia de un horario de trabajo, este elemento es esencial en la relación laboral y la diferencia de un contrato civil, por cuanto el servicio profesional no está sujeto a subordinación, sino que se rige por la relación de profesional-cliente, el primer debe cumplir un servicio inherente a su profesión de acuerdo al contrato con el cliente, quien paga una cantidad determinada por el servicio llamada honorario, el profesional no está subordinado a la órdenes del cliente, pero ello tampoco significa que no tenga obligaciones que nacen del contrato civil; 3.- El tercer elemento es el pago de la remuneración o retribución mensual, es por ello

que la relación laboral se diferencia por la remuneración, pues en el contrato civil de prestación de servicios, la misma conlleva el pago por servicio prestado, es decir en un ejemplo de un Abogado, el cliente le cancela por el juicio o juicios que este le patrocine, así como un Contador Auditor se le cancela por la auditoría o por la realización de libros mayores, cuentas, etc.

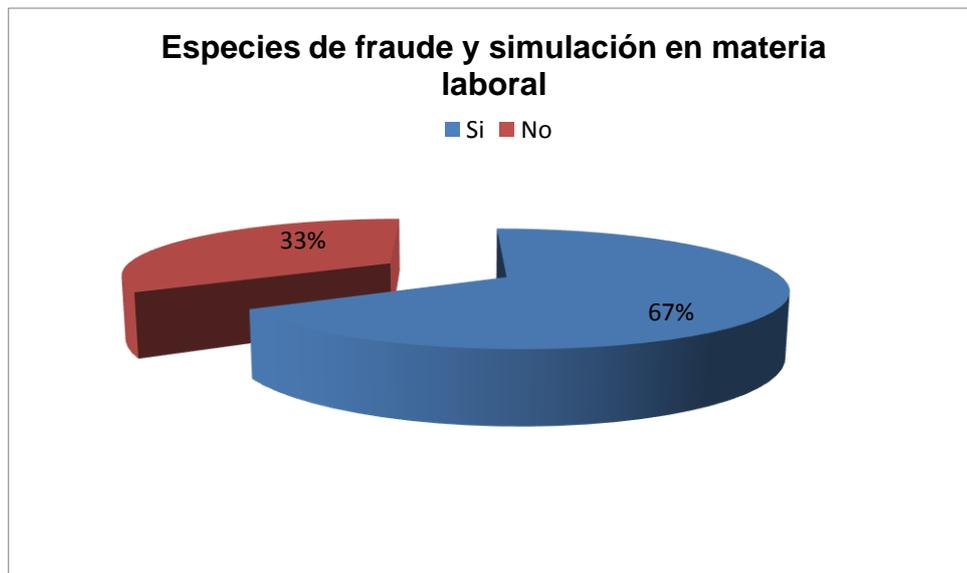
No obstante es preciso aclarar que existe Empresas de Gestión Contable que presta sus servicios en forma continua a una empresa privada, en tal caso entre la empresa contable y la empresa privada hay un contrato civil de prestación de servicios profesionales, pues la segunda deviene en usuaria de la primera, pero el personal que emplea la Empresa de Gestión Contable se encuentra bajo su dependencia y por tanto existe relación laboral según indica el mismo Art. 16 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8.

Este es el principal caso de simulación en materia laboral, pero no se debe olvidar que la simulación es dar la apariencia distinta a la naturaleza de un acto jurídico, por ende pueden existir otras especies de simulación laboral.

3.- ¿Considera Usted que es una especie de fraude, el que el empleador exija la suscripción de títulos de crédito en blanco o documentos en blanco para usarlos luego como cartas de renuncia al puesto de trabajo?

CUADRO NRO. 3		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje

Si	20	66,67%
No	10	33,33 %
TOTAL	30	100%
Fuente: La encuesta. Autora: Gabriela Lorena Calderón Guzmán.		



INTERPRETACIÓN: De treinta encuestados, veinte que constituyen el 66,67% de la muestra poblacional, contestaron que si es una especie de fraude, el que el empleador exija la suscripción de títulos de crédito en blanco o documentos en blanco para usarlos luego como cartas de renuncia al puesto de trabajo, pero el criterio de los encuestados tuvo el siguiente matiz:

- La exigencia de que el trabajador firme documentos en blanco al trabajador los mismos que se pueden llenar como cartas de renuncias posteriores, como autorizaciones para descuentos fuera del porcentaje legal o para aportación

al Seguro Social, constituye una especie de defraudación por simulación de actos jurídicos.

- En el caso de documentos firmados en blanco que luego el empleador llena como cartas de renuncia, se produce una simulación de aparentar la terminación legal de la relación laboral, encubriendo despidos intempestivos y evadiendo el pago de las indemnizaciones que establece la ley.

- En el caso de títulos de crédito firmados en blanco que muchos empleadores exigen a sus trabajadores, tales como letras de cambio y pagarés firmados en blanco, en tal evento solo se produciría la afectación patrimonial si el empleador cobra el título de crédito y mediante la acción judicial lleva a efectuar un embargo y perjudica el patrimonio del trabajador.

Diez de los encuestados que representan el 33,33%, indican que no constituiría una especie de fraude, el que el empleador exija la suscripción de títulos de crédito en blanco o documentos en blanco para usarlos luego como cartas de renuncia al puesto de trabajo, por los siguientes argumentos:

- Las letras de cambio firmadas en blanco se dan en garantía de cualquier daño que pudiere producir el trabajador al empleador.

- Las cartas de renuncia pueden ser redargüidas de falsas y objetado su legitimidad, por lo cual de ser llenada en blanco es susceptible de probarse en el juicio oral de trabajo.

ANÁLISIS DE LA AUTORA: La mayoría de los encuestados concuerdan con mi criterio de investigadora, de que la exigencia de documentos firmados en

blanco por parte de los empleadores a sus trabajadores, constituye una defraudación mediante simulación, por cuanto pueden ser llenados como cartas de renuncia, en este caso se produce la disimulación de un acto ilegal que es el despido intempestivo aparentando una forma legal que es la renuncia del trabajador a su puesto de trabajo, existiendo una simulación absoluta y no parcial, por cuanto la simulación parcial conllevaría que el acto disimulado tenga validez, lo cual no ocurre en el caso del despido intempestivo, pues no es un acto legal, sino arbitrario e ilegal que por ende es sancionado con el pago de la indemnización prevista en el Art. 188 del Código del Trabajo.

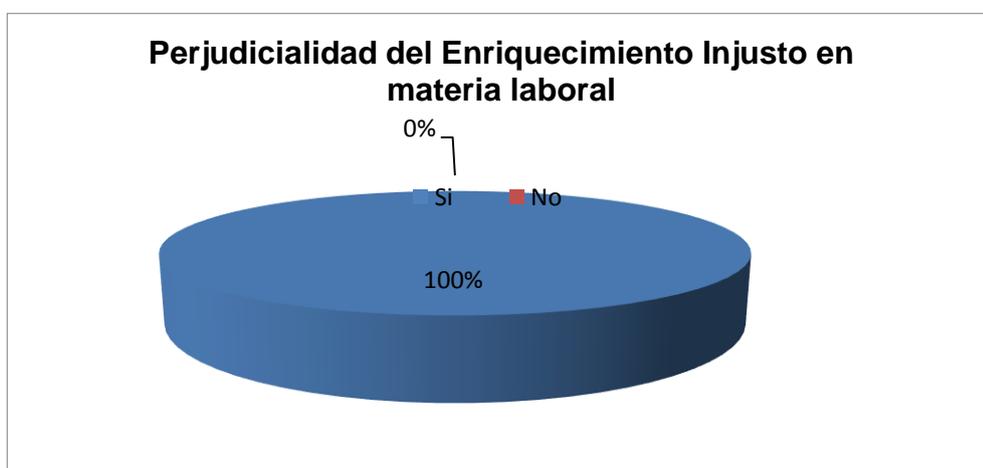
El que se exija títulos de crédito firmados en blanco como letras de cambio o pagarés a la orden, constituye una especie de defraudación por simulación es decir por simular una deuda civil cuando no la existe, pero solo devendría en conducta punible cuando produzca el perjuicio patrimonial, pues las defraudaciones son delitos por excelencia consumados y no admiten la tentativa como forma punible.

En este caso, solo cuando el empleador ejerza la acción legal de cobro de los títulos de créditos y produzca la afectación al patrimonio del trabajador, se produce la defraudación.

4.- ¿Considera Usted perjudicial y lesivo el que el empleador se enriquezca en perjuicio del trabajador, por medio de descuentos a la remuneración o de otros rubros del obrero, fuera de los términos del contrato y de la ley?

CUADRO NRO. 4		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: La encuesta.
Autora: Gabriela Lorena Calderón Guzmán.



INTERPRETACIÓN: La totalidad de treinta encuestados que representan el 100%, contestaron que si consideran perjudicial y lesivo el que el empleador se enriquezca en perjuicio del trabajador, por medio de descuentos a la remuneración o de otros rubros del obrero, fuera de los términos del contrato y de la ley, por las siguientes razones:

- El efectuar descuentos superiores a los legales constituye en un abuso patronal, que no tiene justificativo legal, es decir carece de causa.

- De igual manera se encuentran los descuentos por aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que no sean entregados a dicha entidad, constituye una forma de enriquecimiento sin causa en materia laboral.

- Exigir al trabajador que para darle la plaza de empleo rinda una caución de dinero en garantía de cualquier pérdida o daño que cause posteriormente el trabajador.

- Exigir que el trabajador pague al empleador el valor de las herramientas de trabajo, utensilios de protección y vestido de trabajo.

ANÁLISIS DE LA AUTORA: La totalidad de los encuestados concuerdan con el criterio de la autora, en cuanto a que el enriquecimiento injusto es completamente perjudicial al trabajador, habiendo que distinguir lo siguiente, si bien en una conducta de fraude hay apropiación de patrimonio ajeno, y en el enriquecimiento sin causa también lo hay, en el primero debe primar el engaño que es el elemento esencial de las defraudaciones, pero en los casos indicados por los encuestados se está ante ejemplos de enriquecimiento sin causa o injustificado, pues al descontar porcentajes fuera del permitido que es el 10% por anticipo de salario, o por otras razones faltantes o multas cuando no exista un comité de empresa o sindicato con un contrato colectivo debidamente suscrito, pues el Código del Trabajo si permite los descuentos que se hagan por multa que imponga el sindicato o asociación de trabajadores.

Cuando el empleador descuenta en forma abusiva para el trabajador, no hay el elemento del engaño pero el enriquecimiento del empleador al no

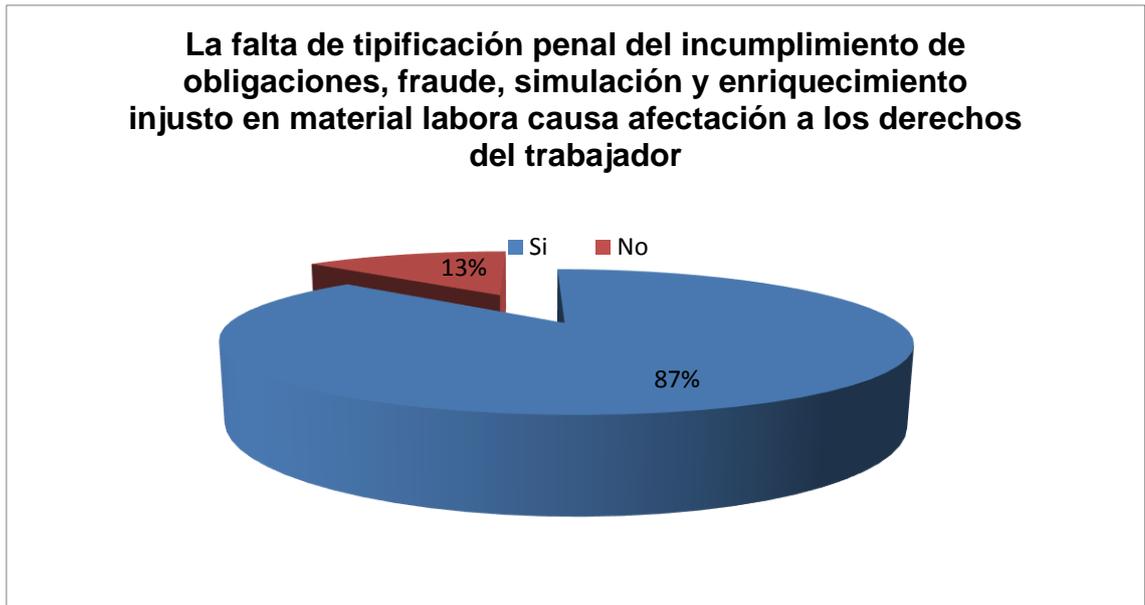
encontrarse permitido en la ley se convierte en enriquecimiento injusto o sin causa.

De igual manera vale distinguir que en cuanto a los ejemplos dados por los encuestados de que el empleador exija cauciones para dar o permanecer en el empleo o exija que se le cancele valores por herramientas, medidas de protección y vestimenta de trabajo, estamos ante un caso de enriquecimiento injusto, por cuanto el empleador exige desplazamiento patrimonial (dinero) al trabajador siendo en realidad obligación del trabajador proveer tales artículos a sus obreros. Pero en esta suceso, hay una similitud con el incumplimiento de obligaciones, pero en esta se produciría si el empleador simplemente no cumple con la provisión de herramientas, medidas de protección y vestimenta de trabajo, pero si exige pago en dinero o que el trabajador adquiriera los referidos objetos por su cuenta (evita el pago-enriquecimiento negativo), hay enriquecimiento sin causa o injusto.

5.- ¿Considera Usted que la falta de tipificación penal del incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ocasiona el incremento del incumplimiento de las obligaciones patronales, afectación económica y desmedro de derechos constitucionales y legales del trabajador?

CUADRO NRO. 5		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	26	86,67%

No	4	13,33 %
TOTAL	30	100%
Fuente: La encuesta. Autora: Gabriela Lorena Calderón Guzmán.		



INTERPRETACIÓN: De la totalidad de la muestra seleccionada, veintiséis personas que corresponden al 86,67%, respondieron que si consideran que la falta de tipificación penal del incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ocasiona el incremento del incumplimiento de las obligaciones patronales, afectación económica y desmedro de derechos constitucionales y legales del trabajador, por las siguientes razones:

- Existen malas costumbres en la empresa privada por las cuales se afecta los derechos de los trabajadores, y no existe norma sustantiva ni adjetiva en

materia laboral que permita el amparo de los derechos del trabajador, lo cual requiere de una penalización de tales conductas.

- El incumplimiento de obligaciones patronales que determina el Código del Trabajo es la tónica para la mayoría de empleadores, desde no cancelar las remuneraciones mínimas o las pactas en los contratos individuales y colectivos de trabajo, hasta el incumplimiento de deberes determinados en el Art. 42 del indicado cuerpo de leyes.

- La simulación de la relación laboral como un contrato civil, menoscaba el derecho de los trabajadores a una remuneración digna, pago de decimotercera remuneración, decimocuarta remuneración, utilidades, etc.

- El empleador está acostumbrado a enriquecerse injustamente valiéndose de descuentos ilegales y exigiendo pagos y garantías dinerarias a los trabajadores, lo cual afecta los derechos laborales contraviniendo los principios constitucionales de intangibilidad e irrenunciabilidad.

Cuatro de los encuestados que constituyen el 13,33 % contestaron que la falta de tipificación penal del incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, no ocasiona el incremento del incumplimiento de las obligaciones patronales, afectación económica y desmedro de derechos constitucionales y legales del trabajador, por las siguientes razones:

- Existe el mecanismo judicial laboral para el reclamo de incumplimiento de deberes del empleador.

- Por principio constitucional de mínima intervención penal, los asuntos laborales deben ser resueltos por la vía jurisdiccional competente y no por la vía penal que es de última ratio.

ANÁLISIS DE LA AUTORA: La mayoría de los encuestados concuerda con mi criterio, de que la falta de tipificación penal específica de las conductas de incumplimiento de obligaciones, simulación, fraude y enriquecimiento injusto en materia laboral, perjudica los derechos de los trabajadores.

Cabe recordar que dentro de las garantías jurídicas están las denominadas primarias que establecen los deberes y obligaciones que harán prevalecer el derecho tutelado jurídicamente, pero al ocurrir un atentado al bien jurídico protegido surge la necesidad de otras garantías llamadas secundarias que son los mecanismos judiciales, propios de cada materia, en este caso la vía judicial laboral, pero la misma es insuficiente para contrarrestar ciertas conductas que conllevan un grado mayor de gravedad y culpabilidad, que requieren ser tratadas desde la justicia punitiva.

La conducta que sería el fraude laboral ya ha sido tratado como un delito colusorio y por ende privado, por lo que requiere de un tipo penal de acción pública, los casos de simulación de relación civil para encubrir la relación laboral carecen de valor según el Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8, pero no hay sanción penal, y tampoco se han establecido otras formas de simulación como las de obligar a los trabajadores a firma documentos en blanco que pueden ser utilizadas para evadir el pago

de indemnizaciones por despido intempestivo, así como de firmar títulos de crédito en blanco que pueden simular deudas civiles inexistentes.

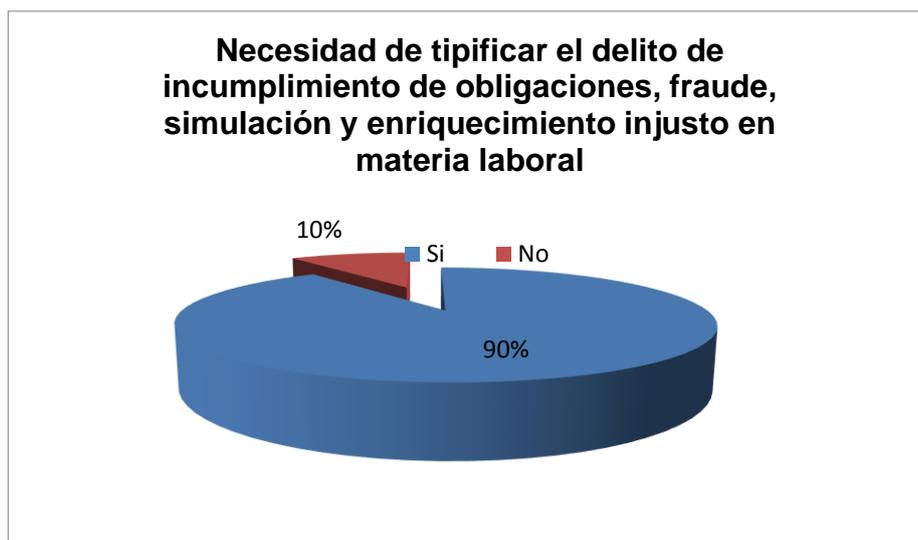
La falta de tipificación penal conlleva que tales conductas queden sin su sanción a pesar de su antijuridicidad manifiesta en contra de los derechos del trabajador.

La tipificación de nuevas conductas penales, y de las figuras que determina el Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador, debe efectuarse siempre bajo los parámetros de antijuridicidad al bien jurídico del trabajo, relevancia de la conducta para que merezca ser punible, grado de culpabilidad del agente del ilícito, y la determinación concreta de las circunstancias constitutivas de la infracción, a fin de evitar atipicidades es decir que las conductas no se adecuen al tipo y por tanto queden impunes, pues el principio de la legalidad y de la prohibición de interpretación extensiva, el delito debe estar objetivamente tipificado, y para ser sancionado debe existir adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad.

6- ¿Considera Usted necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica en la Legislación Penal Ecuatoriana, en la que se tipifique y sancione el incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral?

CUADRO NRO. 6		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje

Si	27	90%
No	3	10 %
TOTAL	30	100%
Fuente: La encuesta. Autora: Gabriela Lorena Calderón Guzmán.		



INTERPRETACIÓN: De la totalidad de treinta encuestados, veintisiete encuestados que representan el 90% contestaron que si es necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica en la Legislación Penal Ecuatoriana, en la que se tipifique y sancione el incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, por las siguientes razones:

- Es necesario penalizar conductas reiterativas que las cuales se valen los empleadores para perjudicar a sus trabajadores, tales como el fraude, la simulación, el incumplimiento de obligaciones laborales y el enriquecimiento injusto en materia laboral.

- Es imprescindible que se efectúe una tipificación de las conductas fraudulentas de simulación de un contrato de servicios profesionales cuando corresponde a una relación laboral, simulación de cartas de renuncia, simulación de deudas civiles, entre otras conductas lesivas.

- Es relevante tipificar ciertas conductas de los empleadores que han utilizado para enriquecerse a costa de sus trabajadores.

- El incumplimiento de obligaciones laborales debe ser tipificado y sancionado en casos de reincidencia del empleador.

Tres de los entrevistados que constituyen el 10% contestaron que no es necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica en la Legislación Penal Ecuatoriana, en la que se tipifique y sancione el incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, por las siguientes razones:

- Las conductas de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral deben ser sancionada pecuniariamente en la vía laboral.

- Al tipificar penalmente las conductas de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, se estaría creando una duplicidad en la sanción, es decir se reprimiría dos veces una misma conducta, lo cual está prohibido por la Constitución según el principio de no bis in ídem.

ANÁLISIS DE LA AUTORA: La mayoría de encuestados concuerdan con mi criterio de que es necesario la implementación de estas nuevas figuras de fraude, incumplimiento de obligaciones, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, pues existen muchas conductas lesivas y antijurídicas pero que al carecer de un tipo penal no se las puede reprimir.

Los derechos de los trabajadores son de rango constitucional, y por ende son inalienables, indivisibles, intangibles e irrenunciables, por lo que toda conducta lesiva o que produzca su desmedro, es atentatoria al orden constitucional y requiere del mecanismo judicial efectivo de tutela.

Por lo que se requiere que a más de la vía procesal laboral se establezca responsabilidad penal de las conductas de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.

Si bien las normas constitucionales son de aplicación directa, las mismas dan cabida a una interpretación no formal y por ende a conflictos procesales, por lo que en los conflictos laborales puede darse que para una de las partes exista fraude laboral, simulación laboral, incumplimiento de obligaciones o enriquecimiento injusto, pero esto conlleva un gran dilema para el juzgador, que en unos casos fallará de acuerdo a la Constitución y a su interpretación de la norma en función de su sana crítica.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 327 es muy taxativa, en cuanto deben ser estas conductas penalizadas y sancionada de acuerdo con la ley, solo existe una clase de Derecho que sanciona con penas, y es el Derecho Penal por medio de la criminalización de conductas relevantes y que

por su antijuridicidad requieran un tratamiento punitivo. Finalmente cabe indicar que la responsabilidad civil y laboral, no exime la responsabilidad penal por lo que no habría el principio de no bis in ídem.

6.1.2 Resultados de la Entrevista.

De la aplicación de la entrevista a cinco personas conocedoras de la problemática, entre las cuales están servidores judiciales, administrativos y abogados en libre ejercicio profesional de la Ciudad de Huaquillas-Provincia de El Oro, he obtenido los siguientes resultados:

ENTREVISTA NRO. 1 APLICADA A AUXILIAR JUDICIAL DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN HUAQUILLAS

1.- De acuerdo a su experiencia profesional, el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones patronales que le impone el Código del Trabajo, ¿Cómo se debería sancionar penalmente?

RESPUESTA:Las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo se tramitan en su propia vía que es ante los Jueces del Trabajo competentes, si en caso se quisiera penalizar, se debe tener en cuenta la gravedad del hecho ilícito en este caso.

2.- Indique en qué casos se puede dar la simulación de un contrato laboral como un contrato civil, con el objeto de perjudicar al trabajador.

RESPUESTA:La simulación se da cuando se aparenta un contrato civil de arrendamiento de servicios profesionales los cuales no tienen remuneración sino el pago de honorarios, en este respecto existen casos en que en la vía

laboral rechazan la demanda de obra cierta por tratarse el servicio efectuado por un profesional tal es el caso de servicios que requieran cierto grado de conocimiento como la realización de un banquete por parte de Ingenieros en Administración Turística y Hotelería, en cuyo caso la vía expedita para reclamar es la civil y no la laboral.

3.- ¿En qué casos de la vida cotidiana, consideraría Usted que constituirían fraude en materia laboral, por parte de los empleadores en perjuicio del trabajador?

RESPUESTA: Una de las formas de defraudar al trabajador viene a ser que se mediante engaño se apropien de su propiedad, especialmente haciendo retenciones de sus sueldos o salarios.

4.- ¿Qué casos consideraría como enriquecimiento injusto de un empleador en perjuicio de un trabajador, o viceversa de un trabajador en perjuicio del empleador?

RESPUESTA: Existe enriquecimiento del empleador cuando exige pagos a su trabajador, y puede existir enriquecimiento para el trabajador cuando este demande haberes que ya le han sido pagados o demande indemnizaciones a las que no tiene derecho.

5.- En una propuesta de reforma jurídica a la legislación penal ecuatoriana, tendiente a tipificar como delitos al incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ¿Qué aspectos se deberían tomar en cuenta?

RESPUESTA: Se debe tener en cuenta la relevancia de la conducta a establecer como infracción penal, así como los posibles casos que esa conducta pueda tener con el objeto de determinar específicamente las circunstancias constitutivas, agravantes y atenuantes.

COMENTARIO DE LA AUTORA: El entrevistado aporta datos muy valiosos para la presente investigación, especialmente a la distinción entre la relación laboral y la de contratación de servicios profesionales. Algo muy específico que indica el entrevistado, es que uno de los casos de enriquecimiento injusto por parte del trabajador sería que este demande haberes ya cancelados o indemnizaciones a las que no tiene derecho.

Al respecto es necesario considerar que en un juicio existen muchos rubros que se pretenden por parte del trabajador demandante, los cuales algunos requieren de prueba fehaciente ya sea testimonial, documental y pericial, tal es el caso del despido intempestivo, derecho a participación en utilidades y pago de horas suplementarias y extraordinarias de trabajo, los cuales puede el demandante tener derecho o no, pero que según su prueba en juicio el juzgador decidirá sobre tal particular.

Por ello este caso de enriquecimiento injusto por parte del trabajador es difícil de probar, y no sería tan conveniente su tipificación penal, pues puede ocurrir que el trabajador tenga derecho pero no pudo probarlo en juicio o a criterio del juzgador no se ha probado, en este caso sería absurdo que exista una sanción penal, por ende no es conveniente tipificar un caso de estos.

ENTREVISTA NRO. 2 APLICADA A ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO

1.- De acuerdo a su experiencia profesional, el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones patronales que le impone el Código del Trabajo, ¿Cómo se debería sancionar penalmente?

RESPUESTA:Existen muchas obligaciones que impone el Código del Trabajo a los empleadores, principalmente al pago de remuneraciones y beneficios de ley, pero a más de ello hay obligaciones referentes a conceder licencias y permisos a sus trabajadores según la ley, así como no impedir el derecho al sufragio, a no despedir ni desahuciar a la trabajadora que se encuentre en estado de gestación, a proporcionar las herramientas y vestimenta de trabajo, entre otras, por lo que para que se consideren delitos debe haber reincidencia en el incumplimiento cuya constancia sea dada por una inspección o resolución del Inspector del Trabajo correspondiente, en cuyo caso debería remitirse a la Fiscalía, siempre y cuando exista la infracción prevista con anterioridad al hecho.

2.- Indique en qué casos se puede dar la simulación de un contrato laboral como un contrato civil, con el objeto de perjudicar al trabajador.

RESPUESTA:El caso más común es de darle la apariencia a un contrato de trabajo de la prestación de servicios profesionales mediante la presentación de facturas.

3.- ¿En qué casos de la vida cotidiana, consideraría Usted que constituirían fraude en materia laboral, por parte de los empleadores en perjuicio del trabajador?

RESPUESTA:Que el empleador se haga dar letras de cambio firmadas en blanco con el objeto de dar la plaza de empleo.

4.- ¿Qué casos consideraría como enriquecimiento injusto de un empleador en perjuicio de un trabajador, o viceversa de un trabajador en perjuicio del empleador?

RESPUESTA:Existe enriquecimiento por parte del empleador, cuando no cancela los valores correspondientes por el trabajo suplementario y extraordinario que hace efectuar a sus trabajadores.

5.- En una propuesta de reforma jurídica a la legislación penal ecuatoriana, tendiente a tipificar como delitos al incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ¿Qué aspectos se deberían tomar en cuenta?

RESPUESTA:Se debe tomar en cuenta la gravedad de las conductas.

COMENTARIO DE LA AUTORA:La información aportada por el entrevistado es muy valiosa en cuanto a una forma de enriquecimiento injusto al no pagar el trabajo suplementario y extraordinario, pero ello conllevaría que exista duplicidad de tipos penales en la reforma que pretende implementar el presente trabajo investigativo, es decir, esta conducta encajaría en el incumplimiento de obligaciones, y a su vez en el enriquecimiento injusto, siendo la mayor subsunción del hecho al incumplimiento de obligaciones.

En caso de haber una misma conducta que se adecue a dos tipos penales, estamos ante un caso de concurso ideal de infracciones, en el cual se aplicará la sanción más grave.

ENTREVISTA NRO. 3 APLICADA A ABOGADA EN LIBRE EJERCICIO

1.- De acuerdo a su experiencia profesional, el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones patronales que le impone el Código del Trabajo, ¿Cómo se debería sancionar penalmente?

RESPUESTA: Se deben penalizar con penas fuertes de prisión y multas pecuniarias con el objeto de evitar la reincidencia y lograr una prevención del cometimiento de la conducta típica.

2.- Indique en qué casos se puede dar la simulación de un contrato laboral como un contrato civil, con el objeto de perjudicar al trabajador.

RESPUESTA: Se da cuando se aparenta el pago de honorarios por servicio prestado o por servicios profesionales, cuando en realidad el trabajador o incluso el profesional labora bajo dependencia, cumpliendo un horario fijo y percibiendo una remuneración mensual.

3.- ¿En qué casos de la vida cotidiana, consideraría Usted que constituirían fraude en materia laboral, por parte de los empleadores en perjuicio del trabajador?

RESPUESTA: Un tipo de fraude laboral sería el caso de que el empleador pague cantidades por concepto de remuneración inferiores a las legales, pero

para aparentar un pago legal, hace firmar al trabajador roles de pago que no corresponden a la realidad.

4.- ¿Qué casos consideraría como enriquecimiento injusto de un empleador en perjuicio de un trabajador, o viceversa de un trabajador en perjuicio del empleador?

RESPUESTA:Que el empleador contrate personal bajo la modalidad contractual de periodo de prueba, en un porcentaje superior al porcentaje legal permitido, y que durante el plazo de prueba termine unilateralmente la relaciones laboral con el objeto de evitar la estabilidad laboral y el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo.

5.- En una propuesta de reforma jurídica a la legislación penal ecuatoriana, tendiente a tipificar como delitos al incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ¿Qué aspectos se deberían tomar en cuenta?

RESPUESTA:Se debe tener en cuenta todos los posibles casos de cada conducta a tipificar.

COMENTARIO DE LA AUTORA:La entrevistada aporta un valioso análisis a la presente investigación jurídica, especialmente en lo referente al caso de enriquecimiento injusto de que el empleador abuse del periodo de prueba sobrepasando el límite legal de personal que debe mantener bajo esta modalidad, por otro lado, para que se constituya el enriquecimiento sin causa es menester que el empleador se haya hecho servir y termine la relación

laboral unilateralmente sin cancelar la remuneración correspondiente dentro de un plazo considerable de unos treinta días por ejemplo, pues si termina unilateralmente pero si cumple con la remuneración, la terminación sería lícita, aunque acarrearía multa por sobrepasar el porcentaje permitido de personal bajo periodo de prueba, lo cual correspondería a la Inspectoría del Trabajo su sanción.

ENTREVISTA NRO. 4 APLICADA A INSPECTOR PROVINCIAL DEL TRABAJO DEL ORO

1.- De acuerdo a su experiencia profesional, el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones patronales que le impone el Código del Trabajo, ¿Cómo se debería sancionar penalmente?

RESPUESTA:El incumplimiento por parte del empleador del pago de las remuneraciones sectoriales y pago de la bonificación de salario digno debería ser reprimido mediante pena corporal de prisión, además de la responsabilidad civil y laboral que amerite el hecho.

2.- Indique en qué casos se puede dar la simulación de un contrato laboral como un contrato civil, con el objeto de perjudicar al trabajador.

RESPUESTA:La simulación se puede dar cuando la empresa privada contrate un profesional para que preste sus servicios en forma permanente, subordinada y bajo remuneración, pero que encubra la relación laboral mediante el pago con facturas, evitando el pago de los beneficios legales que reconoce el Código del Trabajo.

3.- ¿En qué casos de la vida cotidiana, consideraría Usted que constituirían fraude en materia laboral, por parte de los empleadores en perjuicio del trabajador?

RESPUESTA:Consiste en una especie de fraude el simular un contrato de trabajo en actividades propias de la empresa, pero darle la apariencia de funciones de confianza (Administradores) para evitar el pago de trabajo suplementario y extraordinario.

4.- ¿Qué casos consideraría como enriquecimiento injusto de un empleador en perjuicio de un trabajador, o viceversa de un trabajador en perjuicio del empleador?

RESPUESTA:Existe enriquecimiento en materia laboral, cuando a las funciones de Gerente de la empresa que según la ley es de carácter civil, se le cancelen beneficios de ley que son propios de una relación laboral y no del cargo que desempeña que pertenece al fuero civil.

5.- En una propuesta de reforma jurídica a la legislación penal ecuatoriana, tendiente a tipificar como delitos al incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ¿Qué aspectos se deberían tomar en cuenta?

RESPUESTA:Se debe tener en cuenta requisitos de prejudicialidad especialmente en los casos de simulación e incumplimiento de obligaciones laborales.

COMENTARIO DE LA AUTORA:El entrevistado proporciona información muy relevante para la investigación, así en cuanto a la simulación estaría el caso de que se dé la apariencia de funciones de confianza a una prestación laboral subordinada, para evitar el pago de trabajo suplementario y extraordinario, y el que se cancelen beneficios de ley a quien desempeña el cargo de Gerente de la empresa, cuando no le corresponderían por su naturaleza civil, siempre y cuando sea en perjuicio del patrimonio de la empresa, por cuanto si la empresa consiente tales pagos, habría mera liberalidad que es causa suficiente según la ley civil.

**ENTREVISTA NRO. 5 APLICADA A SECRETARIO DEL JUZGADO
SEGUNDO DE TRABAJO DEL ORO**

1.- De acuerdo a su experiencia profesional, el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones patronales que le impone el Código del Trabajo, ¿Cómo se debería sancionar penalmente?

RESPUESTA:Se debería sancionar el incumplimiento de pagos ordenados en sentencia o mediante acuerdo transaccional elevado a sentencia, pues ello es un incumplimiento doloso que afecta al trabajador.

2.- Indique en qué casos se puede dar la simulación de un contrato laboral como un contrato civil, con el objeto de perjudicar al trabajador.

RESPUESTA:Se da cuando se exige la presentación de facturas al trabajador.

3.- ¿En qué casos de la vida cotidiana, consideraría Usted que constituirían fraude en materia laboral, por parte de los empleadores en perjuicio del trabajador?

RESPUESTA: Sería una especie de fraude que el empleador aparente insolvencia para no cancelar sus deudas para con el trabajador.

4.- ¿Qué casos consideraría como enriquecimiento injusto de un empleador en perjuicio de un trabajador, o viceversa de un trabajador en perjuicio del empleador?

RESPUESTA: Habría enriquecimiento injusto del trabajador cuando este, revele secretos de fábrica o industria de la empresa empleadora, a otra empresa de la competencia en el mercado, a cambio de réditos en contra de ley o contrato con su patrono.

5.- En una propuesta de reforma jurídica a la legislación penal ecuatoriana, tendiente a tipificar como delitos al incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ¿Qué aspectos se deberían tomar en cuenta?

RESPUESTA: Las circunstancias constitutivas de la infracción.

COMENTARIO DE LA AUTORA: El entrevistado proporciona datos muy importantes acerca de la insolvencia fraudulenta, lo cual ya ha sido tipificado como delito sin distinción al origen de las obligaciones (civiles, laborales, mercantiles, etc.), pero algo muy destacable sería el caso de que el trabajador

incurra en enriquecimiento al competir deslealmente con su trabajador revelando secretos industriales a la competencia del empleador.

Los casos que se pueden adecuar a las figuras de fraude, simulación, incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto en materia laboral pueden ser muchos, pero en la presente tesis se procederá a tipificar las conductas que mayor relevancia y antijuridicidad demuestren.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

Una vez que se han analizado los resultados de la investigación de campo, y habiendo efectuado la revisión de literatura, es necesario verificar el cumplimiento de los objetivos planteados en el proyecto de tesis, los mismos que son:

Objetivo General: Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario del Régimen Penal Ecuatoriano referente a la tipificación de los delitos de incumplimiento de obligaciones patronales, simulación, fraude y

enriquecimiento injusto en materia laboral, de conformidad a la Constitución de la República del Ecuador.

El objetivo general se verifica con el desarrollo de la revisión de literatura, en la cual desde un marco conceptual se inició el estudio de las nociones básicas de Derecho Penal, referente a las definiciones del Delito y Sanción, enfocando la problemática en la antijuricidad de las conductas, lo que nos lleva a la noción de derecho protegido y en especial el derecho al trabajo, sobre el cual gira la tipificación de nuevas conductas como el fraude, simulación, incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto en materia laboral.

Desde el estudio doctrinario se estableció cuáles son los elementos constitutivos de los delitos de fraude y de la simulación como un caso específico de defraudación, del mismo modo se analizó lo referente al incumplimiento de obligaciones y el enriquecimiento sin causa o injustificado, determinando que son figuras civiles que según las concepciones clásicas no han ameritado una sanción penal.

No obstante del análisis de la legislación penal ecuatoriana y con la reciente publicación del Código Orgánico Integral Penal, ya se tipifican ciertos incumplimientos de obligaciones tales como el impedimento al derecho de huelga, retenciones ilegales al Seguro Social, y la falta de afiliación de los trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Falta mucho por regular en cuanto a las conductas que revisten antijuricidad hacia el bien tutelado del derecho al trabajo, y que la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 327 ha establecido que la ley se encargará

de penalizar el fraude, la simulación, el incumplimiento de obligaciones y el enriquecimiento injusto en materia laboral.

Objetivos Específicos: Dentro de los objetivos específicos planteados están los siguientes:

1) Analizar los aspectos tanto doctrinarios como jurídicos de los delitos que atentan contra los derechos de los trabajadores.

Este objetivo específico se verifica con el desarrollo del marco doctrinario en el cual se abordó el conocimiento de las características, naturaleza jurídica y elementos constitutivos del delito de fraude, de la simulación, así como de la mora o incumplimiento de las obligaciones y el enriquecimiento injusto que según la tendencia doctrinaria da derecho a la restitución por lo tanto no es ni siquiera un delito o cuasidelito civil, sino una especie de cuasicontrato, pero para que estas conductas sean punibles es menester que exista el elemento subjetivo de las infracciones penales es decir un grado de culpabilidad.

Se analizó el marco jurídico vigente, con un especial enfoque al Código del Trabajo, Ley para el Juzgamiento de la Colusión, Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8, Código Civil, y el recientemente publicado Código Orgánico Integral Penal.

2) Determinar el grado de lesividad a los derechos de los trabajadores de las acciones que se consideran como incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.

Lo cual se comprobó mediante los resultados obtenidos en las preguntas primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de la encuesta, en las que la mayoría de la muestra poblacional seleccionada indica que existe un gran perjuicio para los derechos de los trabajadores, especialmente por medio de simulaciones de la relación laboral al darle la apariencia de contrato civil de servicios profesionales, aparentar cartas de renuncia para encubrir despidos intempestivos, simular contrato de funciones de confianza para evadir el pago de trabajo suplementario y extraordinario, así como casos de fraude como el que el empleador se haga dar títulos de crédito simulando deudas civiles inexistentes, el incumplimiento de pago de remuneraciones y beneficios de ley, incluso después de que haya sentencia por medio de simulación de insolvencia para evitar el cobro del fallo. Casos de enriquecimiento injusto del empleador al exigir pagos indebidos, descuentos a la remuneración en forma ilegal, entre otras circunstancias que serán consideradas al momento de concluir el presente trabajo investigativo.

3) Realizar un estudio de Derecho Comparado preferentemente de legislaciones de América Latina, tendiente a obtener información sobre las figuras penales del incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, que permita su óptima implementación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El presente objetivo se verifica con el desarrollo del estudio de legislación comparada, en la cual se analizó las legislaciones de Argentina y México, determinando que hay regulación jurídica en lo referente al fraude laboral para perjudicar a terceros y la simulación de contratos, pero que no existe

referencia en legislaciones extranjeras en cuanto al incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto en materia laboral, lo cual conlleva que el presente trabajo investigativo es novedoso, y constituye en un aporte a la legislación vigente en Ecuador, y que espero que sea un modesto modelo para futuras investigaciones sobre esta problemática.

4) Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica en la Legislación Penal Ecuatoriana, en la que se tipifique y sancione el incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.

El presente objetivo específico se verifica con los resultados obtenidos en la pregunta sexta de la encuesta en la que la mayoría de encuestados concuerdan que es necesario reformar la legislación penal ecuatoriana, actualmente con el Código Orgánico Integral Penal, determinando la necesidad de amparar los derechos del trabajador de conductas que han escapado de la regulación laboral y que amerita un tratamiento penal con el objeto de brindar una mayor tutela a los derechos de los trabajadores que por disposición constitucional son inalienables, intangibles, indivisibles e irrenunciables.

De las preguntas de la entrevista se ha obtenido información muy relevante para la propuesta de reforma, en especial de conductas que revisten relevancia jurídica para ser tipificadas dentro de lo que es incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

En el proyecto de tesis, se planteó la siguiente hipótesis:

“La falta de tipificación penal del incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ocasiona el incremento del incumplimiento de las obligaciones patronales, afectación económica y desmedro de derechos constitucionales y legales del trabajador.”

La hipótesis con los resultados obtenidos en la pregunta quinta de la encuesta, se contrasta como verdadera, ya que la mayoría de encuestados son concordantes en que la falta de tipificación penal de las conductas de fraude, simulación, incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto en materia laboral, han producido que no se pueda sancionar ciertas conductas que se han agudizado y arraigado en las costumbres negativas de la empresa privada.

7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.

La fundamentación de la Propuesta de Reforma Jurídica, se sustenta en los siguientes aspectos:

A.- Derecho al trabajo como bien jurídico tutelado:El derecho al trabajo es una de las principales prerrogativas de contenido social y económico que reconocen los ordenamientos jurídico modernos, y en especial en el Ecuador que desde la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador mediante referéndum en el año 2008, se sienta los principios fundamentales

que constituyen una transición del Estado Social de Derecho (Constitución Política de la República del Ecuador de 1998), al Estado Constitucional de Derecho y Justicia, en la cual prima la disposición constitucional sobre las demás normas jurídicas de inferior jerarquía.

Por tanto la primera garantía constitucional es la adecuación tanto forma como material de las normas jurídicas a la constitución, en este aspecto la normas deben ser expedidas con los requisitos formales (expedidas por la autoridad competente y con el procedimiento establecido) y su elemento material es decir su contenido sustantivo que debe ser acorde a la Constitución de la República.

Es en este contexto que el derecho al trabajo según el Art. 33 de la Constitución adquiere una relevancia trascendental en la vida del ser humano como un ente social por excelencia, el cual requiere para sentirse realizado la prestación de una utilidad para su sociedad, lo cual se traduce en el trabajo salariado con el cual aporta a su empleador y a su vez logra una retribución justa que le permite subsistir y mejorar sus condiciones económicas, familiares, culturales, etc.

El marco en que se desarrolla el trabajo, es precisamente en la libertad de contratación, dignidad y decoro de la actividad laboral, que permita un desarrollo social y económico que conlleve respeto para el trabajador. La Constitución de la República del Ecuador tiene en su contenido normativo la intención del Constituyente que en el año del 2008 por medio de la expedición de los Mandatos Constituyentes Nro. 2 y Nro. 8, en especial este último por el

cual se elimina las principales formas precarias de contratación como lo eran el trabajo por horas, tercerización e intermediación laboral.

La relación laboral deberá ser bilateral y directa, con derecho a una remuneración digna que permita cubrir las necesidades del trabajador y su familia, reconocimiento del derecho a la decimotercera y decimocuarta remuneración, vacaciones, participación en utilidades entre otras.

Desde este punto de vista la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 11 numeral establece que todos los principios constitucional y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, que además el Art. 326 numeral 1 ibídem le da a los derechos de los trabajadores la calidad de intangibles.

El derecho al trabajo es un bien jurídico de protección constitucional que constituye un crédito privilegiado, quedando únicamente en segundo lugar frente al derecho a alimentos, por tanto su protección corresponde a las políticas y regulaciones legales de orden público, imperativo y obligatorio.

B.- Tipos penales actuales de Delitos contra el Derecho al Trabajo: Si bien el Código Orgánico Integral Penal publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 180 del lunes 10 de febrero del 2014 deroga el Código Penal que se encontraba vigente desde el 22 de enero de 1971 con todas sus reformas, este nuevo cuerpo normativo contiene cuatro infracciones penales: tres delitos y una contravención contra el derecho al trabajo y la seguridad social, establecidos desde el Art. 241 al 244, y son los siguientes:

- **Impedimento o limitación de derecho a huelga:** Por el cual se sanciona a la persona que, mediante engaños o abuso de situación de necesidad, impida o limite el ejercicio del derecho a tomar parte de una huelga, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Y si la conducta descrita se realiza con fuerza, violencia o intimidación, la pena será de seis meses a un año.

- **Retención ilegal de aportación a la seguridad social:** Conducta típica por la cual se sanciona a la persona que retenga los aportes patronales o personales o efectúe los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios o quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Para el efecto, la o el afectado, el Director General o el Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en su caso, se dirigirá a la Fiscalía para que inicie la investigación respectiva.

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica, será sancionada con la clausura de los locales o establecimientos, hasta que cancele los valores adeudados.

-**Delito de falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica:** En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con una multa de tres a cinco salarios básicos unificados de trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado.

- Contravención de Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social: La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas de haber sido notificada.

Pese al avance del Código Orgánico Integral Penal se han disminuido conductas que si habían en el Código Penal, entre las cuales estaban la exigencia de servicios no impuestos por la ley o contrato; suspensión del trabajo por y para fines ilícitos; la coacción patronal para obligar a participar en boicot o sociedad obrera; y, el impedimento del ejercicio del derecho de petición.

A más de ello se encuentra vigente el delito colusorio establecido en el Art. 89 del Código del Trabajo, cuando por medio de un convenio dos personas simulan una relación laboral y un juicio laboral con el objeto de perjudicar a un tercero acreedor, esto es lo que la doctrina conoce como el caso principal de

fraude laboral, pero según la legislación ecuatoriana vigente constituye delito colusorio que se tramita en la vía civil y luego da derecho a la acción penal privada mediante querrela.

C.- Mandamiento Constitucional de penalizar el incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia

laboral: La propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal tiene su fundamento en la disposición del Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece en su parte pertinente que el incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizará y sancionará de conformidad con la ley.

Este mandamiento constitucional establece el carácter imperioso de tipificar estas conductas en la legislación penal ecuatoriana que actualmente es el Código Orgánico Integral Penal, que está publicado en el Registro Oficial pero que entra a regir en 180 días.

Para la tipificación penal de nuevas conductas hay que tener en cuenta su relevancia para el derecho penal, su antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad.

D.- Aspectos a Reformar: La reforma jurídica tiende a por primera vez en la legislación penal ecuatoriana a tipificar cuatro delitos laborales de conformidad al mandamiento constitucional del Art. 326 que ya he indicado, para lo cual de la información teórica y de campo se ha llegado a precisar los siguientes aspectos a reformar:

D.1.- Incumplimiento de Obligaciones Laborales: Dentro del incumplimiento de obligaciones laborales ya se encuentran tipificado la falta de afiliación de los trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por ende es necesario considerar los demás deberes y obligaciones que establece el Código del Trabajo que son bastantes numerosos, y cuentan con su propia vía jurídica de tutela ha si hay imposiciones de multa por parte de la Inspectorías del Trabajo y la vía judicial laboral para el reclamo de tales obligaciones.

Entonces no se puede olvidar el principio de mínima intervención penal, por lo que el incumplimiento de obligaciones conllevaría trascendencia y relevancia penal, al momento de existir reincidencia en el incumplimiento, y en este caso la Inspectoría del Trabajo sería el responsable de remitir la información necesaria a la Fiscalía para que inicie la acción penal.

Y un caso más grave de incumplimiento de obligaciones laborales, sería que pese a existir sentencia judicial ejecutoriada en un proceso laboral, el empleador no cumpla con las obligaciones con el trabajador, valiéndose especialmente del despojamiento de su patrimonio (aparentar insolvencia) con el objeto de que el trabajador no pueda ejecutar el fallo, por ello es necesario establecer un tipo penal que sancione con pena privativa de libertad el no cumplimiento de un acuerdo transaccional aprobado en sentencia ejecutoriada, o del fallo en un juicio laboral que le mande a cancelar haberes e indemnizaciones laborales.

En estos dos casos, es necesario que exista el trámite de la Inspectoría del Trabajo en el caso de incumplimiento reincidente de obligaciones establecidas en el Código del Trabajo, y del incumplimiento agravado de obligaciones que exista la sentencia ejecutoriada en un proceso laboral, es decir debe haber un requisito de prejudicialidad.

De esta forma el tipo penal de incumplimiento de obligaciones obtendría relevancia penal, antijuricidad, y no dejaría sin considerar las obligaciones y deberes que establece el Código del Trabajo que son numerosas y están dispersas por todo el cuerpo normativo de trabajo.

D.2.-Fraude Laboral:Doctrinariamente el principal caso de fraude laboral, es la simulación de una relación laboral y un juicio laboral para perjudicar a un tercero acreedor, lo cual según el Art. 89 del Código del Trabajo es tratado como un delito colusorio de fuero civil que se tramita según la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, y que luego da derecho a la acción penal privada mediante querrela.

En la presente reforma se cambiara esta conducta típica dándole mayor efectividad, ya no como delito colusorio sino como delito de fraude laboral que es pesquisable de oficio y cuya titularidad de acción penal correspondería a la Fiscalía.

Doctrinariamente el fraude por simulación de contrato de trabajo es una conducta que afecta el patrimonio de terceros, por ende las conductas que afectan al trabajador serán tratadas en el siguiente conducta a tipificar que es la simulación laboral.

D.3.- Simulación Laboral:La Doctrina ha establecido que el elemento de los delitos de simulación es el acuerdo simulatorio, pero una parte de la doctrina establece que puede darse también por un acto simulatorio es decir sin convenio, por lo que puede provenir de la conducta de una de las partes contractuales, especialmente del empleador.

La principal conducta de simulación, es la de dar la apariencia a la relación laboral de un contrato civil de prestación de servicios profesionales mediante la exigencia de facturas al trabajador conforme indica el Art. 16 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8, conducta efectuada por los empleadores para evadir el pago de beneficios de ley, de seguridad social, pago de indemnizaciones por despido intempestivo que solo es de naturaleza laboral y no civil.

Otras conductas que se requiere tipificar como simulación laboral son:

- Obtener del trabajador documentos firmados en blanco para luego ser llenados como cartas de renuncia para encubrir un acto ilegal y arbitrario de despido intempestivo.
- Dar una calidad al contrato de trabajo diferente a la real prestación del trabajador, tal como celebrar un contrato escrito en donde se establezca que el contrato es a jornada parcial y que la prestación sea a jornada completa, dar al contrato la apariencia de una actividad distinta a la que efectúa el trabajador especialmente para no pagar las remuneraciones mínimas sectoriales que corresponderían a la prestación real de servicios del trabajador.

- Dar la apariencia de un contrato de funciones de confianza para evadir el pago de trabajo suplementario y extraordinario del trabajador.
- Obtener del trabajador títulos de crédito firmados en blanco como requisito para conceder la plaza de trabajo o la permanencia en el mismo, y con ello demandar el cobro de obligaciones civiles inexistentes, y lograr un perjuicio al trabajador. Solo se podría iniciar la acción penal si se reúnen los requisitos de prejudicialidad, es decir que un proceso laboral el trabajador haya reclamado los títulos firmados en blanco, y que el empleador haya negado su existencia o no los hubiere presentado en el juicio, y que luego los utilice para iniciar acciones civiles de cobro.

D.4.- Enriquecimiento Injusto en materia laboral: El enriquecimiento injustificado según la doctrina no tiene un contenido de un delito ni siquiera civil, pues se da más en cuasicontratos que producen desplazamiento patrimonial que no encuentran causa legal para justificarse ni siquiera en el de mera liberalidad o beneficencia.

Pero en la relación laboral se pueden dar los siguientes casos de enriquecimiento que contravienen las disposiciones legales y por ende no tienen causa, son antijurídicos y requieren ser tipificados penales, tales como:

- Efectuar descuentos superiores al porcentaje legal del 10% por anticipo de salario o por compra de artículos producidos en la empresa según el Art. 90 del Código del Trabajo, o por motivos distintos al anticipo de sueldo como por faltantes de dinero o multas ilegales impuestas por el empleador.

Se exceptúan las multas y cuotas para la asociación de trabajadores previstas en el Art. 42 numerales 21 y 23 del Código del Trabajo.

- Efectuar descuentos de la remuneración del trabajador que se encuentre con licencia o permiso, aduciendo que es para pagar a quien lo reemplaza mientras dure la licencia o permiso.

- Exigir cauciones de dinero al trabajador para conceder o dar permanencia en el empleo.

- Exigir al trabajador pagos por las herramientas, artículos de seguridad e higiene en el trabajo o vestimenta de trabajo, o exigir que el trabajador los adquiera de su propio dinero, evitando el pago y las obligaciones que establece el Código del Trabajo.

- El empleador que exceda el porcentaje de personal bajo periodo de prueba, previsto en el Art. 15 del Código del Trabajo, siempre que terminé los contratos unilateralmente y sin cancelar la remuneración al trabajador dentro de los 30 días de terminada la relación laboral.

- Cuando el Gerente de una empresa cuyo cargo se rige por la contratación civil, se haga cancelar beneficios que son propios de la relación laboral (decimotercera, decimocuarta remuneración, etc.), en perjuicio de la empresa, pues si la empresa lo permite existiría justa causa la mera liberalidad.

Finalmente también es preciso regular en que caso el trabajador puede incurrir en enriquecimiento injusto en materia laboral, para lo cual se puede tomar en cuenta el caso de que el trabajador incurra en competencia desleal con su

empleador, esto es que revele secretos industriales o comerciales a otra empresa que compita en el mercado del empleador.

Lo indicado sería el contenido principal de la reforma, aunque también se efectuará disposiciones reformatorias y derogatorias para dar uniformidad al ordenamiento jurídico con la reforma que pretende esta tesis.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

8.1 Conclusiones.

Al finalizar la presente investigación jurídica he llegado a las siguientes conclusiones:

1.- El derecho al trabajo es una de las principales prerrogativas de orden económico y social que permiten el desarrollo integral del ser humano como un ente productivo para su comunidad.

2.- Los derechos de los trabajadores son por disposición constitucional intangibles, irrenunciables, indivisibles, inalienables, interdependientes y de igual jerarquía, por lo que su tutela jurídica y procesal debe ser efectiva tanto por servidores administrativos y judiciales.

3.- La actual normativa penal con la publicación del Código Orgánico Penal Integral a tipificado los delitos de impedimento del derecho a huelga, retención indebida de aportaciones a la Seguridad Social, y la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pero no contempla las

conductas de fraude, simulación, incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto en materia laboral.

4.- Existe la base normativa del Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador para que sea viable y constitucional tipificar penalmente las conductas defraude, simulación, incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto en materia laboral, teniendo en consideración criterios de antijuridicidad, adecuación típica objetiva, prejudicialidad, imputabilidad y culpabilidad.

5.- Existen conductas lesivas a los derechos de los trabajadores para las cuales la vía laboral es insuficiente en cuanto a lograr la prevención de la conducta, por lo que se requiere de sanción pena, tales como: la simulación de la relación laboral dándole la apariencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales, simulación de cartas de renuncia para evadir pago de indemnizaciones por despido intempestivo, dar la apariencia al contrato de trabajo de contenido diverso al que realmente tiene con el objeto de evitar pagos por remuneraciones, pago de trabajo suplementario y extraordinario, descuentos ilegales a las remuneraciones del trabajador, exigencia de pagos al trabajador, entre otras conductas que deben ser sancionadas de acuerdo a la gravedad de la afectación de los derechos del trabajador.

6.- El fraude laboral debe ser tipificado como un delito de acción pública, ya que actualmente la conducta que se adecuaría al fraude mediante contrato de trabajo que establece la doctrina, es tratado como un delito colusorio de

conformidad al Art. 89 del Código del Trabajo y la Ley para el Juzgamiento de la Colusión.

7.- En materia laboral no siempre existe acuerdo simulatorio como establece la doctrina ni perjuicio a terceros (personas ajenas a la relación laboral), sino que por encontrarse el trabajador en relación de desigualdad y subordinación frente a su empleador, la simulación se efectúa únicamente por parte del empleador, por tanto también es preciso considerar al acto simulatorio que perjudique al trabajador tal como el caso indicado de que se exija facturas al trabajador para dar la apariencia de un contrato civil a la relación laboral, pues constituye un engaño con simulación efectuado por el empleador valiéndose del desconocimiento del trabajador.

8.- El enriquecimiento sin causa o injusto en materia laboral implica necesariamente la concepción de culpabilidad del empleador, el trabajador o de una persona vinculada a la empresa, que se procura un lucro que no se justifica legalmente, especialmente por medio de descuentos, mutas y exigencia de pagos contrarios a la normativa legal.

9.- El incumplimiento de obligaciones es muy amplio pues son innumerables las obligaciones que establece el Código del Trabajo, por ende la tipificación penal requiere que la conducta adquiera relevancia penal, ya que existen vías expeditas propias para exigir su cumplimiento (vía judicial laboral), por ende se requiere tipificar penalmente la reincidencia del incumplimiento de las obligaciones.

10.- La tipificación de conductas como el incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto no ha sido regulado explícitamente en las legislaciones extranjeras de Argentina y México, por lo cual el presente trabajo tiene una finalidad innovadora y se requiere que se efectúen estudios acerca de la problemática jurídica de tipificar las conductas de fraude, simulación, incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto en materia laboral.

8.2 Recomendaciones.

Como posibles soluciones a la problemática investigada puedo recomendar lo siguiente:

1.- A la Asamblea Nacional, que al momento de expedir reformas a la legislación penal se tenga en cuenta las disposiciones constitucionales que mandan a regular tipos penales que servirán de garantías primarias y secundarias para la tutela de los bienes jurídicos protegidos como el derecho al trabajo.

2.- Al Ejecutivo, que dicte los reglamentos necesarios para se dé cumplimiento a la regulación legal en materia de trabajo, con especial atención a procurar el cumplimiento por parte de la empresa privada.

3.- Al Ministerio de Relaciones laborales, que expida los acuerdos y resoluciones ministeriales que permitan efectivizar la estructura de las dependencias de control del trabajo, con el objeto de lograr una mayor regulación del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el

trabajo, así como erradicar el trabajo peligroso para adolescentes, entre otros aspectos.

4.- A las Inspectorías del Trabajo, que ante reclamos laborales de los trabajadores ejerzan su facultad coactiva para lograr el cumplimiento de las obligaciones que el Código del Trabajo impone a los empleadores, así como ejercer la potestad sancionadora con la finalidad de lograr la prevención de conductas que afecten los derechos de los trabajadores.

5.- A los Jueces del Trabajo, que al momento de valorar las pruebas aportadas por las partes en los juicios orales por reclamo de haberes e indemnizaciones laborales, procuren descubrir actos simulatorios como cartas de renuncia para encubrir despidos intempestivos, así como pruebas forjadas para evitar el pago de haberes que el empleador adeuda por ley al trabajador.

6.- A los Empleadores, que traten con consideración a sus trabajadores, que cumplan con sus obligaciones patronales de conformidad al Código del Trabajo, reglamentos y resoluciones vigentes.

7.- A los Trabajadores, que ante cualquier incumplimiento de deberes por parte de sus empleadores, o ante cualquier acto abusivo, arbitrario e ilegal de sus patronos, pongan en conocimiento inmediato del Inspector Provincial del Trabajo competente.

8.- A los Abogados en libre ejercicio, que cuando patrocinen defensas en favor del trabajador procuren formular prueba que descubra actos simulatorios como cartas de renuncia.

9.- A las Universidades, que dicten talleres de capacitación laboral a los trabajadores, haciéndoles conocer sus derechos y posibles conductas arbitrarias en que pueden incurrir sus patronos para no cumplir las disposiciones legales, reglamentarias o resoluciones vigentes en materia laboral.

9. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

H. ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en sus Arts. 11 numeral 6, 33 y 326 numeral 1, ha establecido al derecho al trabajo como una importante prerrogativa económica y social, siendo sus derechos derivados tales como a una remuneración digna, remuneraciones adicionales y demás beneficios de ley, de contenido inalienable, intangible, irrenunciable, indivisible, interdependientes y de igual jerarquía.

Que, los cuerpos normativos del ordenamiento jurídico deben adecuarse formal y materialmente a la Constitución de la República del Ecuador, para obtener validez y eficacia jurídica.

Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 327 ha establecido que el incumplimiento de obligaciones, simulación, fraude y materia laboral se penalizará y sancionará de acuerdo con la ley.

Que, en la legislación penal ecuatoriana y con el Código Orgánico Integral Penal publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 180 del lunes 10 de febrero del 2014 deroga el Código Penal que se encontraba vigente desde el 22 de enero de 1971, pero no ha tipificado las conductas de incumplimiento de obligaciones, simulación, fraude y materia laboral.

Que, es preciso efectuar una reforma legal tendiente a tipificar como delito de fraude laboral, la conducta que actualmente se establece como delito colusorio según el Art. 89 del Código del Trabajo, efectivizando la sanción y la titularidad de la acción penal pública a cargo de la Fiscalía.

Que, es preciso sancionar penalmente los casos de simulación en materia laboral, especialmente el encubrimiento de la relación laboral bajo la forma de contrato civil de prestación de servicios profesionales, cuando existan los tres elementos de la relación laboral establecidos en el Art. 16 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8.

Que, se requiere tipificar actos simulatorios que atentan contra los derechos de los trabajadores, tales como documentos firmados en blanco utilizados como cartas de renuncia para evadir el pago de indemnizaciones por despido intempestivo; títulos de crédito firmados en blanco que aparenten obligaciones civiles inexistentes; dar al contrato escrito de trabajo circunstancias distintas a la prestación verdadera de servicios del trabajador que incurren ciertos empleadores para evitar las obligaciones que impone el Código del Trabajo y la normativa vigente.

Que, se requiere tipificar penalmente la reincidencia del incumplimiento de obligaciones por parte del empleador, y si el incumplimiento continúa luego de existir sentencia judicial es necesario establecer en la ley penal este caso como un incumplimiento agravado.

Que, es necesario tipificar penalmente casos de enriquecimiento sin causa por parte de los empleadores, especialmente mediante descuentos, multas ilegales y exigencia de pagos ilegales.

Que, también es preciso sancionar el enriquecimiento injusto que produzca el trabajador a otra empresa que compita en el mercado con su empleador, siempre que el trabajador haya producido tal enriquecimiento al revelar secretos técnicos, industriales o estrategias comerciales de su empleador.

La Asamblea Nacional en uso de sus facultades establecidas en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

ART. 1.- En la SECCIÓN SEXTA Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social, del CAPÍTULO TERCERO DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DEL BUEN VIVIR, del TÍTULO IV INFRACCIONES EN PARTICULAR, del LIBRO PRIMERO LA INFRACCIÓN PENAL del Código Orgánico Integral Penal, a continuación del Art. 243 agréguese los siguientes artículos innumerados:

Art. ...Incumplimiento de Obligaciones Laborales.- El empleador privado que reincida en incumplimiento de los deberes y obligaciones que impone el

marco jurídico laboral vigente, será reprimido con una pena privativa de libertad de dos a cuatro meses y una multa de cuatro remuneraciones básicas unificadas para el trabajador en general.

Será deber del Inspector del Trabajo competente que tenga conocimiento de la reincidencia del empleador en incumplimiento de los deberes y obligaciones que impone el marco jurídico laboral, de remitir las actas de inspección y demás documentación referente al hecho a la Fiscalía competente, bajo prevención legal de destitución previo sumario administrativo.

Art. ...Incumplimiento Agravado de Obligaciones Laborales.- El empleador que se mantenga en incumplimiento del pago de haberes e indemnizaciones laborales ordenadas por una Jueza o Juez del Trabajo mediante sentencia ejecutoriada, o que incumpla el pago de un acuerdo transaccional aprobado mediante sentencia ejecutoriada por más de cinco meses desde que el fallo causó ejecutoria, será reprimido con pena privativa de libertad de dos a tres años y una multa de seis remuneraciones básicas unificadas para el trabajador en general.

Art. ... Fraude Laboral.- Quienes mediante la simulación una relación laboral inexistente o de haberes e indemnizaciones laborales ficticias o ya pagadas, inicien un juicio laboral con el objeto de perjudicar a uno o varios acreedores de alguno de ellos, ya sean por créditos hipotecarios o prendarios inscritos, o de obligaciones constituidas con anterioridad a la fecha de la iniciación de las acciones laborales, serán reprimidos con pena privativa de libertad de cinco

a siete años, y multa de diez remuneraciones básicas para el trabajador en general.

Art. ...Simulación Laboral.- Serán reprimidos con pena privativa de libertad de cuatro a seis años y multa de diez remuneraciones básicas unificadas para el trabajador en general, el empleador privado que incurra en uno de los siguientes casos:

a) Exigir a su trabajador o trabajadores que obtengan Registro Único de Contribuyentes por Servicios Profesionales o la emisión de facturas autorizadas o no por el Servicio de Rentas Internas, con el objeto de disimular la relación laboral;

b) Obtener de su trabajador o trabajadores documentos firmados en blanco como requisito para conceder la plaza de empleo o para la permanencia en el mismo, para luego llenarlo al o los documentos como carta de renuncia y presentarlo en juicio laboral, para evitar el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo;

c) Obtener de su trabajador o trabajadores títulos de crédito firmados en blanco como requisito para conceder la plaza de empleo o para la permanencia en el mismo, siempre y cuando se reúnan las siguientes circunstancias: que el trabajador haya iniciado la acción laboral para que se le devuelvan los títulos de crédito, que el empleador demandado haya negado la existencia de los títulos de crédito o no los haya exhibido en el término concedido por la Jueza o Juez del Trabajo, y que posteriormente inicie las acciones judiciales civiles de cobro;

d) Aparentar mediante contrato escrito de trabajo una prestación de servicios y jornada de trabajo distintos a los que realmente hace efectuar a sutrabajador o trabajadores, con el objeto de evadir obligaciones previstas en el Código del Trabajo y en general de la normativa laboral vigente; y,

e) Dar la apariencia a un contrato de trabajo de funciones de confianza con el objeto de evadir el pago de las horas de trabajo suplementario y extraordinario de conformidad con la ley.

Art. ... Enriquecimiento Injusto en materia laboral.- Serán reprimidos con pena privativa de libertad de uno a tres años y multa de dos remuneraciones básicas unificadas para el trabajador en general, quien incurra en las siguientes circunstancias:

a) El empleador privado que efectúe descuentos en la remuneración de su trabajador o trabajadores, en un monto superior y por motivos distintos a los previstos el Art. 90 del Código del Trabajo. Se exceptúan las multas y cuotas para la asociación de trabajadores previstas en el Art. 42 numerales 21 y 23 del Código del Trabajo;

b) El empleador privado que efectúe descuentos de la remuneración de su trabajador o trabajadores, que se encuentre o encuentren con licencia o permiso, aduciendo que el descuento lo realiza para pagar la remuneración del reemplazodel trabajador o trabajadores que hace uso de la licencia o permiso;

- c) El empleador que exija cauciones de dinero a su trabajador o trabajadores para conceder o dar permanencia en el empleo;
- d) El empleador que exija a su trabajador o trabajadores pagos por las herramientas, artículos de seguridad e higiene en el trabajo o vestimenta de trabajo, o que exija que el trabajador o trabajadores los adquieran de su propio dinero;
- e) El empleador privado que exceda el porcentaje de personal bajo periodo de prueba, previsto en el Art. 15 del Código del Trabajo, siempre y cuando termine los contratos unilateralmente y sin cancelar la remuneración al o los trabajadores dentro de los 30 días de terminada la relación laboral;
- f) El Gerente de una empresa privada que pese a estar sujeto a un contrato civil, en forma dolosa y en perjuicio de la empresa se procure para sí mismo el pago de beneficios que la ley reconoce únicamente a los trabajadores; y,
- g) El trabajador privado que con la finalidad de producir perjuicio económico a su empleador revele secretos industriales, técnicos o estrategias comerciales que se le hayan confiado, a otra empresa o persona que se dedique a la misma actividad que su empleador.

DISPOSICIONES REFORMATARIAS Y DEROGATORIAS

PRIMERA.- En el Código del Trabajo réformese las siguientes disposiciones:

1.- Sustitúyase el Art. 89 por el siguiente:

“Art. 89.- Acción penal por fraude laboral.-Si los acreedores del empleador han iniciado la acción penal por fraude laboral según lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, tendrán derecho a solicitar a la Jueza o Juez de Trabajo que no se entregue al trabajador los dineros depositados por el remate hasta que se resuelva la causa penal.

De dictarse sentencia absolutoriae ejecutoriada, auto resolutorio de sobreseimiento provisional o definitivo en firme en la causa penal, la Jueza o Juez del Trabajo entregará los dineros retenidos al trabajador e impondrá una multa de seis remuneraciones básicas para el trabajador en general al acreedor.”

2.- Al literal b) del Art. 636 elimínese la parte que dice: “y,”.

3.- Al literal c) del Art. 636 agréguese en su parte final lo siguiente: “y,”.

4.- Al Art. 636 agréguese el siguiente literal:

“d) La de los trabajadores, para exigir que el empleador le devuelva el o los títulos de créditos como letras de cambio, pagarés o similares que hayan sido firmados en blanco por imposición del empleador. El plazo de la prescripción correrá desde la fecha de la terminación de la relación laboral.”

SEGUNDA.- Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente reforma.

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente reforma entrará en vigencia desde su promulgación en el Registro Oficial.

Es dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los... días...del mes de...del
año...

.....

(f) PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

.....

(f) SECRETARIO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

10. BIBLIOGRAFÍA.

- ❖ ABOGADADEFENSORA.COM, **SIMULACIÓN Y FRAUDE LABORAL**, Publicación de Internet, Comentarios a la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, Documento en formato PDF, **Fuente:** <http://www.abogadadefensora.com.ar/derecho-laboral-trrh/7simulacion-fraude.pdf>, Consultado el 12 de diciembre del 2013.
- ❖ ALBÁN Ernesto, **MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO**, Parte General, 1era. Edición. Colección Profesional Ecuatoriana. Ediciones Legales, Quito- Ecuador.
- ❖ ALESSANDRI RODRÍGUEZ Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORIA DE LAS OBLIGACIONES**, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá-Colombia.
- ❖ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ José Antonio, **EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**, 3era Edición, Editorial Comares, Granada-España, 1993.
- ❖ ANTÓN ONECA José, **LAS ESTAFAS Y OTROS ENGAÑOS**, s/editorial, Barcelona-España, 1957.
- ❖ BAJO FERNÁNDEZ Miguel y otros, **MANUAL DE DERECHO PENAL: Parte Especial de los Delitos Patrimoniales y Económicos**, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid-España, 1993.

- ❖ BAJO FERNÁNDEZ Miguel, **LOS DELITOS DE ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL**, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid-España, 2004.
- ❖ BELING Ernest Von, **ESQUEMA DE DERECHO PENAL**, Librería El Foro, Buenos Aires-Argentina, 2002.
- ❖ BORDA Guillermo, **TRATADO DE DERECHO CIVIL-OBLIGACIONES**, Tomo I, 2da Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1967.
- ❖ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, I A-D, 9na Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 1976.
- ❖ CARRARA Francesco, **PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL**, Parte Especial, Vol. IV, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1980.
- ❖ CAVANILLAS MUGICA Santiago, **LA TRANSFORMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA**, Editorial Aranzadi, Pamplona-España, 1987.
- ❖ CEREZO MIR José, **LA ESTAFA PROCESAL**, Revista de Derecho Penal "Santa Fe" Nro. 2000-1.
- ❖ **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Tomo I Serie Profesional, Actualizado a noviembre del 2013, Quito-Ecuador.
- ❖ **CÓDIGO DEL TRABAJO, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS Y JURISPRUDENCIA**, Legislación Codificada Serie: Profesional, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a enero del 2014, Quito- Ecuador.

- ❖ **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**, Publicación del Suplemento R. O. Nro. 180 del lunes 10 de febrero del 2014.
- ❖ **CODIGO PENAL FEDERAL (MEXICO)**, Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 1931, **Fuente:**<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>, Consultado el 17 de enero del 2014.
- ❖ CONDE-PUMPIDO FERREIRO Cándido, **ESTAFAS**, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1997.
- ❖ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, R. O. Nro. 449 del 20 de Octubre del 2008, s/e., Aporte del Ministerio de Relaciones Exteriores y otras entidades públicas.
- ❖ DE BUEN Demófilo, **ASPECTOS DE LA MODERNA DOGMÁTICA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**, Publicación en JUS: Revista de Derecho y Ciencias Sociales, T. VII Núm. 36, julio de 1941, México D. F.
- ❖ DE BUEN UNNA Claudia, **EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, VÍA DE FRAUDE LABORAL**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Documento en formato PDF, **Fuente:** <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/10.pdf>, Consultado el 12 de diciembre del 2013.
- ❖ DE P. MORENO Antonio, **CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO**, Parte Especial: Delitos en particular, México, 1944.
- ❖ DE PINA Rafael, **DICCIONARIO DE DERECHO**, Editorial Porrúa S.A.,

México, 1970.

- ❖ DE RIVACOVA Manuel, **EL DELITO DE CONTRATO SIMULADO**, Editorial Jurídica CONOSUR Ltda., Santiago de Chile, 1989.
- ❖ **DEFRAUDACIONES: ESTAFAS**, Publicación de Internet, Documento en Formato PDF, **Fuente:** <http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/estafas.pdf>, Consultado el 19 de diciembre del 2013.
- ❖ DEL RIO J. Raimundo, **DERECHO PENAL**, Tercer Tomo, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1935.
- ❖ DÍEZ-PICAZO Luis, **LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO**, Editorial Civitas S. A., Madrid-España, 1988.
- ❖ EL RICÓN DEL VAGO.COM, **ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**, Publicación de Internet, **Fuente:** <http://html.rincondelvago.com/enriquecimiento-sin-causa.html>, Consultado el 17 de enero del 2014.
- ❖ **ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA**, Tomo IV, PRO-ZON, Editorial Civitas, Madrid-España, 1994.
- ❖ ESCRIVA GREGORY J. Martin, **LA PUESTA EN PELIGRO DE LOS BIENES JURÍDICOS EN DERECHO PENAL**, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1976.
- ❖ ETCHEBERRY Alfredo, **DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL**, Tomo IV, 3ra Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- ❖ FERRAJOLI Luigi, **DERECHOS Y GARANTÍAS**, 2da Edición, Editorial TROTTA, Año de Publicación 1999, Madrid-España.

- ❖ FERRARA Francisco, **LA SIMULACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS**, Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid-España, 1926.
- ❖ GALINDO GARFIAS Ignacio, **TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS**, Editorial Porrúa, México, 1996.
- ❖ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, **ITINERARIO DE LA PENA**, en CRIMINALIA (Academia Mexicana de Ciencias Penales), Año LXIII, Nro. 1, México, Enero-Febrero 1997.
- ❖ GARRAUD René, **TRAITÉ THEORIQUE ET PRACTIQUE DU DROIT PENAL FRANÇAIS**, Francia, 1913.
- ❖ **GLOSARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS**, Publicación de Internet, Archivo en formato PDF, **Fuente:** <http://blogjuridico.jimdo.com/2012/10/23/diccionario-glosarios-y-terminos-juridicos/>, Consultado el 17 de enero del 2014.
- ❖ GÓMEZ TOBAODA Jesús, **ESTUDIOS: EXPRESIONES JURÍDICAS LATINAS DE USO ACTUAL**, Boletín Nro. 2072, Documento en formato PDF, **Fuente:** www.mjusticia.gob.es/.../1292338963579?...application%2Fpdf, Consultado el 17 de enero del 2014.
- ❖ JESCHECK Hans Heinrich, **TRATADO DE DERECHO PENAL**, Parte General, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1981.
- ❖ LABATUT Gustavo, **DERECHO PENAL**, Tomo II Parte Especial, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año de publicación 2006.

- ❖ LABATUT Gustavo, **DERECHO PENAL**, Tomo II, 6ta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
- ❖ LASTRA José Manuel, **LA BUENA FE EN EL TRABAJO: ¿UN PRINCIPIO QUE SE DIFUMINA?**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, Documento en formato PDF, **Fuente:** http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC03/DYC003_B02.pdf, Consultado el 12 de diciembre del 2013.
- ❖ LEGARRETA CISNEROS Verónica, **SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS COMO DELITO INDEPENDIENTE**, Blog de Travesía Metodológica, Publicación de internet, **Fuente:** <http://travesiametodologica.blogspot.com/2012/07/simulacion-de-actos-juridicos-como.html>, Consultado el 17 de enero del 2014.
- ❖ LEXCORP-ABOGADOS, **ACTOS DE DISPOSICIÓN DE UN REPRESENTANTE NO VINCULAN AL REPRESENTADO SI AQUEL CUENTA SOLAMENTE CON FACULTADES PARA REALIZAR ACTOS DE ADMINISTRACIÓN**, México, Documento en formato PDF, **Fuente:** http://www.lexcorp.com.mx/circulares/normateca/tesis/tesis_feb09.pdf, Consultado el 27 de enero del 2014.
- ❖ **LEY DE CONTRATO DE TRABAJO(ARGENTINA)**, Ley Nro. 20774, Boletín Oficial del 21 de mayo de 1976, Documento en formato PDF, **Fuente:** http://www.utta.org.ar/download/pdf/informacion_sindical/ley%2020744.pdf, Consultado el 17 de enero del 2014.

- ❖ **LEY PARA EL JUZGAMIENTO DE LA COLUSIÓN Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizada a marzo del 2010, Quito-Ecuador.
- ❖ LÓPEZ BETANCOURT Eduardo - PETIT Moreno, **EL DELITO DE FRAUDE (Reflexiones)**, Editorial Jurídico Andina, 1era Edición, México, año de publicación 1994, Pág. VIII (Prólogo).
- ❖ MANS PUIGARNAU Jaime M., **LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**, Primera Edición, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1979.
- ❖ MOISET DE ESPANÉS Luis, **LA MORA EN EL DERECHO PERUANO, ARGENTINO Y COMPARADO**, Tabla XIII Editores SAC, Trujillo-Perú, 2006.
- ❖ MUÑOZ CONDE Francisco, **DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL**, 11va Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 1996.
- ❖ NOVOA MONREAL Eduardo, **CAUSALISMO Y FINALISMO EN DERECHO PENAL**, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1980.
- ❖ NUÑEZ LAGOS, R., **ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**, Instituto Editorial Reus, Madrid-España, 1943.
- ❖ ONECHA SANTAMARÍA Carlos, **EL ENGAÑO EN EL DELITO DE ESTAFA**, Juez de Primera Instancia y de Instrucción de Grado de Asturias-España, Publicación de internet, Documento en formato PDF, **Fuente:**

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344054635?blobheader=>

application%2Fpdf&blobheadername1=Content..., Consultado el 12 de diciembre del 2013.

- ❖ OSSORIO Manuel, **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**, 1era Edición electrónica, Editorial Datascan S.A., Guatemala.
- ❖ OSTERLING PARODI Felipe, **LA MORA DEL DEUDOR**, 2da Edición, Editorial Themis.
- ❖ PASTOR MUÑOZ Nuria, **LA DETERMINACIÓN DEL ENGAÑO TÍPICO EN EL DELITO DE ESTAFA**, Editorial Marcial Pons, Madrid-España, 2004.
- ❖ PEDRAZ Martín Alonso, **ENCICLOPEDIA DEL IDIOMA**, Tomo III, N-Z, Editorial Aguilar, México, 1991..
- ❖ PEÑA CABRERA Raúl, **TRATADO DE DERECHO PENAL**, Vol. III, Parte Especial, Lima-Perú, 1986.
- ❖ PÉREZ MANZANO Mercedes, **ACERCA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA ESTAFA**, en Hacia un Derecho penal económico europeo, Editorial del BOE (Boletín Oficial del Estado), Madrid-España, 1995.
- ❖ RAMÍREZ Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Vol. 6 Colección Dictionarios, 8ª Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires-Argentina, 1976.
- ❖ **REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL MANDATO CONSTITUYENTE NRO. 8**, Decreto Ejecutivo Nro. 1121 del 03 de junio

del 2008, Publicado en el Suplemento del R.O. Nro. 353 del 05 de junio del 2008.

- ❖ RIPERT Georges, **LA RÉGLE MONDE DANS LES OBLIGATIONS CIVILES**, 4ª Edición, Editorial L.G.DJ., París-Francia, 1949.
- ❖ ROCA SASTRE Ramón, **EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**, Vol. 1 en Estudios de Derecho Privado: Obligaciones y Contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid-España, 1948.
- ❖ ROJAS PELLERANO Héctor, **EL DELITO DE ESTAFA Y OTRAS DEFRAUDACIONES**, Editorial Manuel Lerner Editores, Argentina, 1983.
- ❖ ROMERO MONTES Francisco Javier, **DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO**, Segunda Edición, Editorial San Marcos, Lima-Perú, Año de Publicación 1998.
- ❖ ROUSAT André –DURAND Paul, **PRÉCIS DE LEGISLATION INDUSTRIELLE**, París, 1947.
- ❖ ROXIN Claus, **TEORÍA DEL TIPO PENAL**, Editorial Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1979.
- ❖ SOLER Sebastián, **DERECHO PENAL ARGENTINO**, Tomo IV, Editorial TEA, Buenos Aires-Argentina, 1996.
- ❖ STAFFORINÍ Eduardo, **DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO**, Editorial La Ley, Buenos Aires-Argentina, Año de Publicación 1946.
- ❖ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL Y**

SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN,

Volumen IV, México, 1998, Documento en Formato PDF, **Fuente:**
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1076/25.pdf>, Consultado el 12 de diciembre del 2013.

- ❖ VALENZUELA Mario, **DE LA SIMULACIÓN DE CONTRATO**, Universidad Católica, Santiago de Chile, 1954.
- ❖ VALLE MUÑIZ José Manuel, **EL DELITO DE ESTAFA**, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1987.
- ❖ VELA MONSALVE Carlos, **DERECHO ECUATORIANO DEL TRABAJO**, Tomo 31, Vol. IV, COLECCIÓN: Biblioteca Nacional de Libros de Derecho, Editorial del Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, 1983.
- ❖ VELÁSQUEZ Fernando, **DERECHO PENAL**, Parte General, 1era Edición, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia.
- ❖ VILLALOBOS Ignacio, **DERECHO PENAL MÉXICANO**, 2da Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1960.
- ❖ ZAMORA PIERCE Jesús, **EL FRAUDE**, Publicación de Internet, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Documento en formato PDF, **Fuente:**
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/178/dtr/dtr10.pdf>, Consultado el 12 de diciembre del 2013.

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

TEMA:

TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN, FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL.

Tesis previa a la obtención del título de
Abogada.

POSTULANTE:

Gabriela Calderón.

Loja-Ecuador

2013

1.- TÍTULO:

TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN, FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL.

2.- PROBLEMÁTICA:

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 327 ha establecido que la relación laboral será directa y bilateral, prohibiéndose toda forma de tercerización, intermediación o precarización laboral, y se ha dispuesto además que el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral serán penalizados y sancionados de acuerdo con la ley.

La presente problemática tiene como objetivo implementar en el Código Penal Ecuatoriano o en el Código Penal Integral (que se encuentra actualmente en proyecto de aprobación en la Asamblea Nacional), las figuras penales del incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y el enriquecimiento ilícito en materia laboral, por las siguientes razones:

1) Tipos penales vigentes en el Código Penal que tienen relación con el ámbito laboral.- En el Código Penal en actual vigencia en el Ecuador existen algunos tipos penales que tienen referencia con el bien jurídico protegido del derecho al trabajo, así en el Libro II, Título II De los Delitos contra las Garantías Constitucionales y la Igualdad Racial, Capítulo VIII De los Delitos

contra la Libertad de Trabajo, Asociación y Petición, se encuentran normados los siguientes delitos:

- **Exigencia de servicios no impuestos por la ley o contrato.**- Que reprime a las autoridades eclesiásticas, políticas, civiles y militares que exigieren u obligaren a prestar servicios no previstos en la ley o estipulados en un contrato.

- **Suspensión de Trabajo por y para fines ilícitos.**- Que reprime a quien obligue a otro a través de violencia o amenaza a que participe en una huelga o boicot, así mismo al patrón, empresario o empleado que suspendan las actividades en sus establecimiento o en otros, para imponer a sus dependientes modificaciones en los pactos establecidos.

- **La Coacción Patronal para obligar a participar en boicot o sociedad obrera.**- Reprime la coacción realizada por el patrono para que alguien realice los actos de suspensión de trabajo en sus establecimientos o en otros, así como el obligar a ingresar o abandonar una sociedad obrera determinada.

- **Impedimento del ejercicio del derecho de petición.**- Reprime a la autoridad que impida al trabajador el ejercicio del derecho de petición, esto especialmente en el procedimiento para presentar quejas al empleador que debe ser determinado con acuerdo con los trabajadores según el Art. 42 numeral 26 del Código del Trabajo.

2) Mandato Constitucional.- La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en la parte final del segundo inciso del Art. 327 establece que el

incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizará y sancionará de acuerdo con la ley.

Por lo que existe el deber del legislador de tipificar y sancionar en la ley penal estos delitos que la Constitución de la República establece por su alto grado de vulneración al bien jurídico protegido del derecho al trabajo, así como los beneficios que por ley les corresponden a los trabajadores.

3) Necesidad de tipificar como delitos el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.-El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, son acciones en que pueden incurrir principalmente los empleadores, las mismas que no han sido determinadas en la legislación penal vigente en el Ecuador, por ello surge la necesidad de su tipificación, con la determinación de las circunstancias constitutivas de cada una de estas nuevas infracciones penales y su respectiva penalización o sanción.

En nuestro medio social, son frecuentes algunas clases de abusos especialmente por parte de los patronos, que son:

- El Incumplimiento de obligaciones laborales, tales como el que no se les cancele el salario básico unificado o el convenido si fuere superior al básico; el pago de decimotercera y decimocuarta remuneración; vacaciones; afiliación y pago de aportaciones al Seguro Social; provisión de los útiles y materiales necesarios para la ejecución de la labor; cumplir con las medidas de prevención de riesgos laborales, entre otras que están taxativamente determinadas en el Código del Trabajo.

- **El Fraude**, es un delito de acción directa y de consumación única, es decir consiste en un engaño para afectar al trabajador económicamente en perjuicio de sus derechos constitucionales y legales, un ejemplo claro, es la mala costumbre de algunas empresas privadas de solicitar al trabajador que como requisito para obtener el trabajo firme una letra de cambio en blanco o algún documento en blanco que puede ser llenado como carta de renuncia, especialmente para evadir pago de indemnizaciones por despido intempestivo.

- **Simulación**, es una especie del género fraude, consiste en darle una apariencia distinta a un acto jurídico o contrato con el fin de evitar obligaciones con el trabajador, ocurre con frecuencia que ciertos empleadores o empresas exigen a sus trabajadores que obtengan el Registro Único de Contribuyentes y emitan facturas por servicios profesionales, dándole la apariencia a un contrato laboral de un contrato civil de prestación de servicios, lo cual está prohibido por el Art. 16 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8.

- **Enriquecimiento injusto**, es la apropiación de dineros de otra persona sin una causa justa, que puede ser efectuado principalmente por los empleadores como por ejemplo, al descontar más del porcentaje legal (10%) de la remuneración del trabajador, por concepto de multas o por otros motivos fraguados con tal fin, como que se haya perdido mercadería, dineros del negocio u otra invención por parte del patrono.

El enriquecimiento injusto en raros casos, puede también provenir por parte del trabajador, cuando demanda ante el Juez del Trabajo haberes e indemnizaciones, a los que no tiene derecho (inventando un despido intempestivo, por ejemplo) o demandando el pago de haberes ya cancelados.

Estas son en una forma muy general las situaciones más comunes que sufren los trabajadores por parte de sus empleadores, y que quedan impunes al no haber los respectivos tipos y sanciones en la ley penal.

3.- JUSTIFICACIÓN.

La presente problemática la he seleccionado por su gran trascendencia y relevancia, las mismas que las justifico desde las siguientes perspectivas:

TRASCENDENCIA SOCIAL.- Es urgente tipificar estas figuras penales, puesto que cotidianamente los trabajadores sufren atropellos a sus derechos reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador y el Código del Trabajo, con el incumplimiento de obligaciones patronales, acciones fraudulentas, simulación de actos jurídicos o enriquecimiento injusto por parte de sus empleadores.

El sentido proteccionista de las leyes laborales en todo el mundo, parten de la protección del trabajador ante los abusos de la empresa privada, en casos como incumplimiento de los deberes patronales, especialmente la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y pago de salarios y beneficios legales; a más de situaciones de simulación del contrato laboral con el contrato civil de prestación de servicios profesionales; fraude del empleador

con el objeto de perjudicar económicamente al trabajador, y el enriquecimiento injusto.

Lo cual actualmente no se ha tipificado en el Código Penal, permitiendo que estas conductas de alto grado de daño a los derechos del trabajador queden impunes, puesto que los juicios de trabajo mediante el procedimiento oral tienden a un reconocimiento civil de las obligaciones patronales respecto del trabajador, se vuelve necesario establecer responsabilidad penal para la evitar reincidencia y el incremento de estas conductas.

TRASCENDENCIA CIENTÍFICO-JURÍDICA.- La importancia dentro de la Ciencia del Derecho parte del mandato constitucional de tipificación de conductas como: el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, por ende el presente proyecto de tesis se fundamenta en la disposición del Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por ende es necesario determinar estas nuevas figuras penales, que hasta la presente fecha no se lo ha hecho ni siquiera en el Proyecto de Código Penal Integral que está en proceso de aprobación de la Asamblea Nacional, a excepción de la no afiliación al IESS que fue motivo de la última consulta popular.

El presente proyecto de tesis tiene la finalidad de ofrecer un aporte a la tipificación penal del estas conductas.

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

La presente tesis implementará una Propuesta de Reforma Jurídica en la Legislación Penal Ecuatoriana, en la cual se tipificarán estos delitos que atentan contra los derechos del trabajador, delimitando claramente los elementos constitutivos de cada una de estas infracciones, sujetos activos, sujetos pasivos, y las respectivas penas.

4.- OBJETIVOS.

4.1.- Objetivo General:

Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario del Régimen Penal Ecuatoriano referente a la tipificación de los delitos de incumplimiento de obligaciones patronales, simulación, fraude y enriquecimiento injusto en materia laboral, de conformidad a la Constitución de la República del Ecuador.

4.2.- Objetivos específicos:

- 1) Analizar los aspectos tanto doctrinarios como jurídicos de los delitos que atentan contra los derechos de los trabajadores.

- 2) Determinar el grado de lesividad a los derechos de los trabajadores de las acciones que se consideran como incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.

3) Realizar un estudio de Derecho Comparado preferentemente de legislaciones de América Latina, tendiente a obtener información sobre las figuras penales del incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, que permita su óptima implementación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4) Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica en la Legislación Penal Ecuatoriana, en la que se tipifique y sancione el incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.

5.- HIPÓTESIS:

La falta de tipificación penal del incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ocasiona el incremento del incumplimiento de las obligaciones patronales, afectación económica y desmedro de derechos constitucionales y legales del trabajador.

6.- MARCO TEÓRICO.

Para comprender de manera general y global la problemática planteada debemos analizar la misma desde un punto de vista conceptual, jurídico y doctrinario, acerca del derecho del trabajo, del delito, y de las acciones de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral.

En primer lugar es necesario establecer una noción general sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Trabajo, para lo cual he considerado conveniente citar al Dr. Alfredo Gaete Berrios en su obra TRATADO DE

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL CHILENA, quien manifiesta:

“En realidad, el Derecho del Trabajo no puede ser encasillado ni en el Derecho Público ni en el Derecho Privado; es un derecho con características propias, con peculiaridades especiales, y que desborda los límites de las dos grandes y tradicionales ramas en que se ha clasificado al Derecho. Ello no quiere decir en absoluto que el Derecho del Trabajo sea una rama jurídica completamente aislada de las demás, pues sostenerlo así sería romper la unidad del Derecho.”⁹⁰

El Derecho del Trabajo es una rama del saber jurídico que regula las relaciones entre empleador y trabajador, que a simple vista es una relación de carácter privado, pero el Derecho del Trabajo es una nueva rama jurídica que es parte del denominado Derecho Social, que tiende a proteger a la parte más débil de la relación jurídica, en el caso concreto al trabajador.

Por ende el Derecho del Trabajo es una parte del Derecho en la que intervienen relaciones de carácter privado (contrato de trabajo) y parte del Derecho Público, que es la protección estatal de los derechos del trabajador, que se manifiesta a través de las leyes laborales de carácter proteccionista (Código del Trabajo especialmente), así como la protección de la autoridades administrativas y judiciales, siendo en el primer caso las dependencias del Ministerio de Relaciones Laborales, y en el segundo, las juzgaturas o juzgados laborales.

Una vez determinado lo que es el Derecho Laboral, es necesario establecer con precisión cuál es su objeto de acción, es decir el trabajo que según

⁹⁰ GAETE Alfredo, **TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL CHILENA**, 1ª Edición, Editorial EDILEX Ediciones de Derecho Moderno, Santiago de Chile, 1970, Págs. 12 y 13.

Guillermo Cabanellas es: *“El esfuerzo humano, físico o intelectual, implicado a la producción u obtención de riqueza. || Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento. || Ocupación de conveniencia social o individual, dentro de la licitud. || Obra. || Labor. || ...”*⁹¹

El trabajo es la prestación de servicios a favor de un tercero o por cuenta de un tercero que se denomina empleador, para que tenga validez la prestación debe reunir los requisitos de personal y la licitud, es decir, el trabajador es una persona natural que presta sus servicios a su patrono, puesto que es importante indicar que no puede ser trabajador una persona jurídica. La licitud consiste en que la labor que efectúa el trabajador debe ser de aquellas permitidas por la ley y las buenas costumbres, por ende todo trabajo para ser tal, debe ser una actividad honesta, honrada y decorosa, a fin de que dignifique la existencia humana, y sirva de medio de desarrollo económico tanto para el trabajador, para su empleador y en general para la sociedad.

El derecho al trabajo es una de las principales prerrogativas que reconoce el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del ámbito económico, social y cultural, por ende es un bien jurídico protegido, que según Amado Ezaine Chávez en su Diccionario de Derecho Penal, define a los bienes jurídicos protegidos, indicando que: *“Es el interés jurídico protegido, es un bien de los hombres, reconocido por el derecho y protegido por el mismo.”*⁹²

⁹¹CABANELLAS, Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Novena Edición, Editorial HELIASTA, Argentina, año de publicación 1976, Tomo IV S-Z, Pág. 256.

⁹²EZAINE Amado, **DICCIONARIO DE DERECHO PENAL**, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas LAMBAYEQUE, Chiclayo-Perú, año de Publicación 1977, Pág. 36.

El trabajo es un derecho fundamental y constitucional de los ecuatorianos, para desarrollarse personal, social y económicamente, en este contexto siendo un bien jurídico protegido, todo accionar que se promueva en su contra se convierte en antijurídico, que es una de las características de los delitos.

Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual define al delito de la siguiente manera: *“Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa. Cumplimiento del presupuesto contenido en una ley penal, que el delincuente no viola, sino observa.”*⁹³

De lo que se desprende que el delito es una acción u omisión contenida en una norma penal sancionada con la amenaza de una pena determinada, por ser perjudicial y atentatoria al ordenamiento jurídico.

El Dr. Ernesto Albán manifiesta que *“...suele definirse al delito como aquel acto que ofende gravemente al orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y que, por tanto merece una sanción”*⁹⁴.

De lo que se origina el deber del legislador de tipificar como delito todas las conductas que representen daño o peligro a los bienes jurídicos protegidos.

⁹³ Ob. Cit., CABANELLAS, Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo I, Págs. 603-604.

⁹⁴ ALBÁN, Ernesto, **MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO**, Parte General. 1ra. Edición. Colección Profesional Ecuatoriana. Ediciones Legales. Quito- Ecuador, Pág. 108.

Este deber se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador que en su Art. 132 establece:

“La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

- 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*
- 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes...”⁹⁵*

De la cita anterior solo me referiré al numeral segundo, que determina que solo mediante ley la Asamblea Nacional puede tipificar infracciones (delitos y contravenciones) de cualquier materia civil, administrativa y en el caso específico que nos interesa, en materia penal.

La necesidad de plantear una reforma legal de tipificación, nace cuando existen determinadas conductas de daño efectivo o de peligro se producen en la sociedad con frecuencia y que no existe regulación legal para hacer frente a las indicadas conductas.

La indicada necesidad se encuentra establecida la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 327 que establece:

“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

⁹⁵ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, R. O. Nro. 449 del 20 de Octubre del 2008, s/e., Aporte del Ministerio de Relaciones Exteriores y otras entidades públicas, Págs. 75-76.

*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.*⁹⁶

De la parte final del artículo constitucional citado, se establece el mandato de la Constitución de la República, de tipificar y sancionar penalmente las acciones de incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral.

El bien jurídico protegido que se atenta con las conductas de incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral, constituyen los derechos del trabajador.

No existe en la legislación penal vigente (Código Penal), ni en el Proyecto de Código Penal Integral, la determinación como infracciones penales de las acciones que establece la Constitución en su Art. 327 parte final, por ende surge una necesidad de establecer tales acciones como delitos perseguibles de oficio, para reducir los casos de vulneración de derechos de los trabajadores.

El presente proyecto tiene una finalidad la cual es establecer los delitos de incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral, y de esta forma contribuir a la evolución de la legislación ecuatoriana.

⁹⁶ Ob. Cit. **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Pág. 149.

Por lo indicado es necesario, analizar cada una de estas acciones a tipificar como delitos, delimitando su contenido (verbo rector y elementos constitutivos de cada tipo) para ello se requiere de una investigación integral tanto en el aspecto teórico como empírico, pero en el presente proyecto de tesis, me permito dar un enfoque inicial de estas conductas a investigar:

a.- El Incumplimiento de Obligaciones.- Esto ocurre por la una omisión dolosa por parte del empleador de obligaciones patronales determinadas en el Art. 42 del Código del Trabajo y demás disposiciones del mismo cuerpo de leyes, tales como el pago de salarios, decima tercera y cuarta remuneración, derecho a vacaciones, participación en utilidades, pago de horas extraordinarias o de las horas suplementarias, medidas de seguridad contra riesgos del trabajo, etc.

Por regla general todo incumplimiento de las obligaciones patronales, en el Código del Trabajo, tiene una sanción pecuniaria de multa a cargo de los Directores Regionales e Inspectores del Trabajo, así como el derecho de demandar en vía judicial para su reconocimiento.

La facultad de exigir los derechos derivados de la relación laboral por parte del trabajador, surge del principio de irrenunciabilidad que según el Dr. Juan Larrea Holguín, consiste en que: *“La irrenunciabilidad de los derechos del trabajador que contiene el Código del trabajo, es una garantía para evitar el abuso del que pueda constreñirse al trabajador a dicha renuncia con lo cual se frustrarían las garantías laborales.”*⁹⁷

⁹⁷LARREA HOLGUÍN Juan, **DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO**, Volumen I,

A más de las sanciones pecuniarias administrativas y judiciales es necesario la tipificación penal, en una forma proporcional entre infracción y sanción, pues el incumplimiento de obligaciones patronales se debe reprimir con pena privativa, pero en una forma moderada, pues no reviste demasiada gravedad como otras conductas que por la disposición constitucional indicada se deben penalizar, y que indicaré a continuación.

b.- Fraude en materia laboral.- Para comprender lo que es la figura penal del fraude he tomado como referencia lo que el Dr. Gustavo Labatut Glerna en su obra Derecho Penal manifiesta: *“En términos generales, por defraudación o fraude debe entenderse el logro abusivo de una ventaja patrimonial en perjuicio de tercero, mediando engaño, abuso de confianza o, en general, incumplimiento de una obligación.”*⁹⁸

La característica del fraude es el engaño con el fin de producir una afectación económica, igual definición la da Sergio García Ramírez a manera de prologo en la obra EL DELITO DE FRAUDE de los Doctores Eduardo López Betancourt y Luis Petit Moreno:

*“Este comportamiento ilícito se cuenta en el grupo de los dirigidos en contra de las personas en su patrimonio, o en contra del patrimonio de las personas- para deslindarlos conforme al bien jurídico que la tipificación protege-, a los que se denomina en síntesis, “delitos patrimoniales”.*⁹⁹

Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Año de Publicación 1999, Quito-Ecuador, Pág. 312.

⁹⁸ LABATUT Gustavo, **DERECHO PENAL**, Tomo II Parte Especial, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año de publicación 2006, Pág. 222.

⁹⁹ LÓPEZ BETANCOURT Eduardo-PETIT Moreno, **EL DELITO DE FRAUDE (Reflexiones)**, Editorial Jurídico Andina, 1era Edición, México, año de publicación 1994, Pág. VIII (Prólogo).

Por lo que el fraude consiste en un engaño al trabajador por parte del empleador para obtener una ventaja patrimonial, mediante algunas conductas que suceden en la realidad social, tales como el exigir como requisito para ingresar al trabajo la suscripción de letras de cambio o cualquier otro documento de crédito en blanco con la finalidad de demandar luego al trabajador, otro caso es la suscripción de documentos en blanco, que pueden ser luego llenados como renuncia al puesto de trabajo y evitar el pago de indemnizaciones por despido intempestivo.

c.- Simulación en materia laboral.- El Dr. Gustavo Labatut al respecto manifiesta: *“Simular en términos generales, es suponer una relación jurídica inexistente, más concretamente la simulación constituye un caso en que existe contradicción entre lo querido y lo declarado.”*¹⁰⁰

En materia laboral, de la simulación consiste en dar la apariencia a un contrato laboral la de un contrato civil de prestación de servicios profesionales, mediante la exigencia de la presentación de facturas al trabajador, lo cual ha sido prohibido por el inciso segundo del Art. 16 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8 establece:

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

¹⁰⁰Ob. Cit., LABATUT Gustavo, **DERECHO PENAL**, Pág. 223.

subordinación jurídica que implica horario de trabajo y acatamiento de las órdenes del empleador; y c) remuneración.”¹⁰¹

Es muy común que con el objeto de evadir responsabilidades patronales previstas en el Código del Trabajo, tales como el pago de las remuneraciones adicionales (decimotercera y decimocuarta remuneración); pago de los mínimos legales (remuneración básica unificada); pago de vacaciones; afiliación y pago de aportes al IESS; pago de horas extraordinarias y suplementarias; bonificación por desahucio y por despido intempestivo.

Pues el empleador al presentar ante el juzgado las facturas por servicios profesionales, da la apariencia de inexistencia de la relación laboral, la cual se puede comprobar mediante otros medios: testimonios y confesión judicial, en la que se establezca las circunstancias que determinan las relaciones laborales: la remuneración (pago mensual o quincenal aunque sea a través de facturas), subordinación o dependencia (que se determina con la comprobación de horario de trabajo y acatamiento de órdenes del empleador).

d.- Enriquecimiento Injusto.- Guillermo Cabanellas respecto del enriquecimiento injusto manifiesta que es el: *“Aumento de patrimonio con empobrecimiento del ajeno y sin amparo en las normas legales ni en los convenio o actos privados”¹⁰²*

Para José Manuel Busto Lago y Fernando Peña López, el enriquecimiento injusto consiste, en:

¹⁰¹ **REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL MANDATO CONSTITUYENTE NRO. 8**, Decreto Ejecutivo Nro. 1121 del 03 de junio del 2008, Publicado en el Suplemento del R.O. Nro. 353 del 05 de junio del 2008, Pág. 7.

¹⁰² Ob. Cit., CABANELLAS, Guillermo, **“DICCIONARIO DE DERECHO USUAL”**, Tomo II, Pág. 61.

“En efecto, lo que produce el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento es el desplazamiento de un determinado valor o ventaja desde un patrimonio que se empobrece hasta otro que se enriquece. Por consiguiente, enriquecimiento y empobrecimiento no constituyen más que el anverso y el reverso de la situación que se deriva del señalado desplazamiento patrimonial.”¹⁰³

Siendo un ejemplo claro la conducta que hacen los empleadores a sus trabajadores en sus salarios, simulando muchas de las veces pérdida o hurto de mercadería por parte del trabajador para evitar el pago completo de los salarios que por ley les deben, esto es efectuando descuentos ilegales a las remuneraciones, ya que lo legal es hasta el 10% del salario por concepto de multa.

Respecto del enriquecimiento injusto, se puede producir por una acción fraudulenta, por ende es necesario determinar bien los límites de estas dos conductas.

En el desarrollo de la tesis abordaré en una forma más profunda estas figuras jurídicas que son de urgente necesidad de tipificación en Legislación Penal Ecuatoriana en concordancia a lo establecido en el Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador.

7.- METODOLOGÍA.

7.1.- Métodos y Técnicas.

¹⁰³ BUSTO LAGO José Manuel-PEÑA LÓPEZ Fernando, **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**, 1era Edición, Editorial Universidade da Coruña, España-A Coruña, Año de Publicación 1997, Pág. 144.

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

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

- **Observación:** Que consiste en la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudará principalmente en lo que es el acopio de información teórica y empírica.
- **Análisis:** Consiste en el estudio detallado y minucioso de todos los datos recopilados en la observación; lo que nos permitirá desarrollar los contenidos principales del informe final de tesis.
- **Síntesis:** Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual me permitirá realizar las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

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

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

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

Las técnicas que utilizaré son las siguientes: para el acopio teórico el Fichero Bibliográfico; y, para la recopilación empírica emplearé la **Encuesta** y la **Entrevista**, aplicadas en un número de **30** y **5** respectivamente, a Funcionarios Judiciales y Profesionales del Derecho de la ciudad de Huaquillas- Provincia de El Oro.

7.2.- Esquema Provisional.

El informe final de la investigación jurídica seguirá el esquema previsto en el Art. 144 del Reglamento de Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Propuesta de Reforma Jurídica; Bibliografía; y, Anexos.

8.- CRONOGRAMA

MESES	2014											
	NOVIEM.		DICIEM.		ENERO		FEBRERO		MARZO		ABRIL	
	Semanas		Semanas		Semanas		Semanas		Semanas		Semanas	
ACTIVIDADES	1era y 2da	3era y 4ta										
Elaboración y Presentación del Proyecto de Tesis												
Aprobación del Proyecto y designación de Director de Tesis												
Investigación Bibliográfica.												
Investigación de Campo, Tabulación e Interpretación de Resultados												
Verificación de Objetivos e hipótesis.												
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica.												
Redacción del Informe Final, Revisión Y Correcciones.												
Designación de Tribunal de Grado, Audiencia Reservada y Correcciones Finales de la Tesis.												
SUSTENTACIÓN												

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

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

Recursos Humanos.

Postulante: Gabriela Calderón.

Director de Tesis: Por designarse.

Recursos Bibliográficos.

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

Como fuente complementaria de consulta esta el Internet.

Recursos Materiales.

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

Hemos previsto el presupuesto económico de la siguiente forma:

Impresión	\$ 800
Copias Xerox	\$ 60
Internet	\$ 80

Papel \$ 130

Imprevistos \$ 80

Memoria Extraíble \$ 100

Total \$ 1250

Financiamiento: La financiación del presente trabajo de investigación lo realizaré recursos propios dela postulante.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

- ❖ ALBÁN, Ernesto, **MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO**, Parte General. 1ra. Edición. Colección Profesional Ecuatoriana. Ediciones Legales. Quito- Ecuador.
- ❖ BUSTO LAGO José Manuel-PEÑA LÓPEZ Fernando, **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**, 1era Edición, Editorial Universidade da Coruña, España-A Coruña, Año de Publicación 1997.
- ❖ CABANELLAS, Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Novena Edición, Editorial HELIESTA, Argentina, año de publicación 1976.
- ❖ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, R. O. Nro. 449 del 20 de Octubre del 2008, s/e., Aporte del Ministerio de Relaciones Exteriores y otras entidades públicas.
- ❖ EZAINE Amado, **DICCIONARIO DE DERECHO PENAL**, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas LAMBAYEQUE, Chiclayo-Perú, año de Publicación 1977.
- ❖ GAETE Alfredo, **TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL CHILENA**, 1ª Edición, Editorial EDILEX Ediciones de Derecho Moderno, Santiago de Chile, 1970.
- ❖ LABATUT Gustavo, **DERECHO PENAL**, Tomo II Parte Especial, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año de publicación 2006.
- ❖ LARREA HOLGUÍN Juan, **DERECHO CONSTITUCIONAL**

ECUATORIANO, Volumen I, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Año de Publicación 1999, Quito-Ecuador.

- ❖ LÓPEZ BETANCOURT Eduardo-PETIT Moreno, **EL DELITO DE FRAUDE (Reflexiones)**, Editorial Jurídico Andina, 1era Edición, México, año de publicación 1994, Pág. VIII (Prólogo).
- ❖ **REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL MANDATO CONSTITUYENTE NRO. 8**, Decreto Ejecutivo Nro. 1121 del 03 de junio del 2008, Publicado en el Suplemento del R.O. Nro. 353 del 05 de junio del 2008.

11.- ANEXOS.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Postulante:Gabriela Calderón.

Con la finalidad de realizar un correcto desarrollo de mi tesis previa a la obtención del título de Abogada, la misma que se intitula: **TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN, FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL**, de la manera más respetuosa le solicito contestar el siguiente interrogatorio:

ENCUESTA

1.- ¿Considera Usted que es perjudicial el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones patronales previstas en el Código del Trabajo?

Si...

No...

¿Por qué?:

.....
.....
.....
.....
.....

2.- ¿Considera Usted perjudicial el que ciertos empleadores simulen una relación laboral como un contrato civil de prestación de servicios, mediante la exigencia al trabajador de que presente facturas?

Si...

No...

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

3.- ¿Considera Usted que es una especie de fraude, el que el empleador exija la suscripción de títulos de crédito en blanco o documentos en blanco para usarlos luego como cartas de renuncia al puesto de trabajo?

Si...

No...

¿Por qué?:

.....
.....
.....
.....

4.- ¿Considera Usted perjudicial y lesivo el que el empleador se enriquezca en perjuicio del trabajador, por medio de descuentos a la remuneración o de otros rubros del obrero, fuera de los términos del contrato y de la ley?

Si...

No...

¿Por qué?:

.....
.....
.....
.....

5.- ¿Considera Usted que la falta de tipificación penal del incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ocasiona el incremento del incumplimiento de las obligaciones patronales, afectación económica y desmedro de derechos

constitucionales y legales del trabajador?

Si...

No...

¿Por qué?:

.....
.....
.....
.....
.....

6- ¿Considera Usted necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica en la Legislación Penal Ecuatoriana, en la que se tipifique y sancione el incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral?

Si...

No...

¿Por qué?:

.....
.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

UNIVERSIDAD NACIONAL



DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Postulante:Gabriela Campoverde.

Con la finalidad de realizar un correcto desarrollo de mi tesis previa a la obtención del título de Abogada, la misma que se intitula: **TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA DE LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, SIMULACIÓN, FRAUDE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL**, de la manera más respetuosa le solicito contestar el siguiente interrogatorio:

ENTREVISTA

1.- De acuerdo a su experiencia profesional, el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones patronales que le impone el Código del Trabajo, ¿Cómo se debería sancionar penalmente?

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....
2.- Indique en qué casos se puede dar la simulación de un contrato laboral como un contrato civil, con el objeto de perjudicar al trabajador.

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

3.- ¿En qué casos de la vida cotidiana, consideraría Usted que constituirían fraude en materia laboral, por parte de los empleadores en perjuicio del trabajador?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

4.- ¿Qué casos consideraría como enriquecimiento injusto de un empleador en perjuicio de un trabajador, o viceversa de un trabajador en perjuicio del empleador?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

5.- En una propuesta de reforma jurídica a la legislación penal ecuatoriana, tendiente a tipificar como delitos al incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y enriquecimiento injusto en materia laboral, ¿Qué aspectos se deberían tomar en cuenta?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

	Pág.
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.	IV
DEDICATORIA.	V
AGRADECIMIENTO.	VI
TABLA DE CONTENIDOS.	VII
1. TÍTULO.	1
2. RESUMEN.	2
2.1 RESUMEN.	2
2.2 ABSTRACT.	4
3. INTRODUCCIÓN.	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.	9
4.1 MARCO CONCEPTUAL.	10
4.1.1 Nociones básicas del Derecho Penal.	10
4.1.1.1 El Delito.	11
4.1.1.2 La Sanción.	15
4.1.1.3 El Derecho Protegido.	19
4.1.2 El Derecho al Trabajo como objeto de protección de la ley penal.	22
4.1.2.1 La Simulación Laboral.	29

4.1.2.2 El Fraude en Materia Laboral.	35
4.1.2.3 El incumplimiento de obligaciones laborales.	38
4.1.2.4 El Enriquecimiento Injusto en materia laboral.	41
4.2 MARCO DOCTRINARIO.	45
4.2.1 El Tipo Penal de Fraude.	45
4.2.1.1 Elementos del Delito de Fraude.	47
4.2.1.1.1 Conducta falaz o engaño.	47
4.2.1.1.2 Acto de Disposición.	51
4.2.1.1.3 Daño y lucro patrimonial.	55
4.2.1.2 Características del Delito de Fraude.	56
4.2.1.2.1 Delito Consumado.	56
4.2.1.2.2 Delito Doloso.	59
4.2.1.2.3 Objeto Material.	61
4.2.1.2.4 Bien Jurídico Tutelado.	63
4.2.1.2.5 Valor y ajenidad de la cosa.	65
4.2.1.2.6 Sujeto Activo y Pasivo.	66
4.2.2 El Tipo Penal de Simulación.	68
4.2.2.1 Elementos del Delito de Simulación.	69
4.2.2.1.1 Acuerdo Simulatorio.	69
4.2.2.1.2 Fin de engañar a terceros.	71
4.2.2.1.2.1 La Simulación puede ser Lícita o Ilícita.	74
4.2.2.2 Simulación Absoluta y Simulación Relativa.	75
4.2.2.2.1 Simulación Absoluta.	75
4.2.2.2.2 Simulación Relativa.	76

4.2.2.2.2.1 Negocio Aparente y Fingido.	76
4.2.2.2.2.2 Negocio Oculto y Real.	77
4.2.2.3 Simulación Total y Simulación Parcial.	78
4.2.2.4 El Delito de Simulación como una especie de Fraude	80
4.2.3 El Enriquecimiento Injustificado o sin Causa.	82
4.2.3.1 Elementos del Enriquecimiento Injustificado o sin Causa.	82
4.2.3.1.1 Enriquecimiento del demandado.	82
4.2.3.1.2 Empobrecimiento del actor.	83
4.2.3.1.3 Falta de causa del desplazamiento patrimonial.	84
4.2.3.2 La Dicotomía del Enriquecimiento Injustificado o sin causa y la Responsabilidad Civil Extracontractual.	85
4.2.4 La Mora o Incumplimiento de Obligaciones.	87
4.2.4.1 Requisitos de la Mora.	87
4.2.4.1.1 Retardo.	88
4.2.4.1.2 Culpa o Dolo del Retardo atribuible al deudor.	89
4.2.4.1.3 Interpelación del acreedor al deudor.	90
4.3 MARCO JURÍDICO.	91
4.3.1 Los delitos laborales que establece la Constitución de la República del Ecuador.	91
4.3.2 Análisis de la legislación laboral y penal del Ecuador respecto de los delitos laborales que establece la Constitución de la República del Ecuador.	93
4.4 Legislación Comparada.	109
4.4.1 Argentina.	109

4.4.2 México.	110
5. MATERIALES Y MÉTODOS.	112
5.1.- Materiales.	112
5.2.- Métodos utilizados.	113
6. RESULTADOS.	115
6.1 Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la Investigación de Campo.	115
6.1.1 Resultados de la Encuesta.	115
6.1.2 Resultados de la Entrevista.	137
7. DISCUSIÓN.	149
7.1 Verificación de Objetivos.	149
7.2 Contrastación de Hipótesis.	153
7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.	154
8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	165
8.1 Conclusiones.	165
8.2 Recomendaciones.	168
9. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.	170
10. BIBLIOGRAFÍA.	179