



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

La indebida aplicación del contrato de prestación de servicios profesionales como forma de constituir la simulación laboral y su afección a los derechos de los trabajadores en la legislación ecuatoriana

Autora:

Sixmenia Natasha Peñarreta Gallardo

Director:

Dr. Xavier Eduardo Bermúdez López

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

A mi madre, Sixmenia, quien me ha enseñado la grandeza de la bondad y a ver el bien en todas partes, y a mi padre Ramiro, quien me enseñó lo valioso de la terquedad y hacer las cosas correctamente. Son mi más grande inspiración.

AGRADECIMIENTO

A mis padres, por acompañarme, abrazarme y no soltarme en cada una de las decisiones que he tomado en este viaje tan especial llamado vida, por su apoyo incondicional en cada una de mis aventuras y por sostenerme con su amor, a pesar de la distancia.

A Daniel, por ayudarme con cada dato numérico y darme ánimo a lo largo de este proceso. Gracias por confiar en que sé lo que estoy haciendo, yo sigo descubriéndolo.

A mis abuelos, por su apoyo, y a cada persona que de una u otra forma aportó a este trabajo, a aquellas que a lo largo de este tiempo me permitieron inspirarme, aprender y disfrutar de ellas.

Amar la trama más que el desenlace.

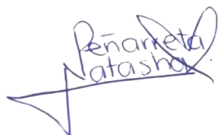
RESUMEN

Este trabajo de investigación mediante una metodología documental y de trabajo de campo aborda la problemática de la incorrecta aplicación del contrato de prestación de servicios profesionales para ocultar una relación laboral. Analizando los conceptos legales relacionados con el contrato de trabajo y el de prestación de servicios profesionales, además de las disposiciones legales, doctrina y jurisprudencia pertinente. Presenta un estudio de caso a través en donde se analiza dicha simulación para de forma posterior, por medio de entrevistas cualitativas a profesionales del Derecho Laboral, identificar los desafíos en la diferenciación entre ambos tipos de contratos, las razones detrás de las simulaciones y el impacto en los derechos de los trabajadores. Finalmente, la mayoría de los entrevistados coinciden en la necesidad de una regulación integral, destacando que la estabilidad laboral y los derechos económicos son los que se ven más afectados.

ABSTRACT

This research study uses a documentary and fieldwork approach to address the issue of misclassifying employment relationships under the guise of professional service contracts. The study examines the legal concepts and relevant laws, doctrine, and case law pertaining to employment contracts and professional service contracts. A case study is presented to analyze this form of misclassification, followed by qualitative interviews with labor law professionals to identify the challenges in distinguishing between the two types of contracts, the motives behind the misclassifications, and the impact on workers' rights. The majority of the interviewees agree that comprehensive regulation is needed, emphasizing that job security and economic rights are the most adversely affected by these misclassifications.

Translated by:

A handwritten signature in blue ink that reads "Peñarreta Natasha". The signature is stylized and includes a large, sweeping flourish that extends to the left and then curves back up to underline the name.

Sixmenia Natasha Peñarreta Gallardo.

INTRODUCCIÓN.....	II
1 CAPÍTULO I: Relación laboral y sus nociones generales.	1
1.1 Concepto y elementos	1
2.1 Contrato de Trabajo:.....	3
3.1 Elementos esenciales del Contrato de Trabajo:	4
4.1 Regulación del Contrato Individual de Trabajo en la legislación ecuatoriana:	6
4.1.1 Convenio:	8
4.1.2 Prestación de servicios lícitos y personales:.....	8
4.1.3 Subordinación o dependencia:	10
4.1.4 Remuneración:	12
4.2 Análisis de la Jurisprudencia Pertinente:	13
4.3 Principios pertinentes del Derecho al trabajo consagrados en la Constitución de la República del Ecuador:	14
4.3.1 Principio de Irrenunciabilidad:.....	16
4.3.2 Principio de la Primacía de la Realidad:.....	17
4.3.3 In Dubio Pro Operario:	19
4.3.4 Derecho a la No Precarización Laboral.....	20
2 CAPÍTULO II. Contrato de prestación de servicios en el Derecho Privado.	23
2.1 Concepto y características:	23
2.2 Legislación ecuatoriana:.....	24
2.3 Doctrina	25
2.4 Diferencias y similitudes entre el Contrato de Prestación de Servicios y el Contrato Individual de Trabajo:.....	26
2.4.1 Diferencias:.....	27
2.4.2 Similitudes:.....	28
2.5 Fraude a la ley.....	29
2.5.1 Introducción:	29
2.5.2 Fraude a la ley:.....	30
2.5.3 Simulación:	32
2.6 Protección social de los trabajadores con relación laboral encubierta, acciones administrativas y judiciales.	33
2.6.1 Derecho a la seguridad social:	34
2.6.2 Protección contra el despido intempestivo:.....	35
2.6.3 Acceso a la justicia laboral:.....	36
3 Capítulo III. El contrato de prestación de servicios profesionales y su indebida aplicación frente a la simulación laboral.	45
3.1 Tipo de Investigación:.....	45
3.2 Alcance del Estudio:	46
3.3 Diseño de investigación:.....	47

3.4	Análisis de Caso	48
3.5	Uso del contrato de prestación de servicios técnicos profesionales para encubrir una relación laboral, análisis de caso.	48
3.5.1	Caso, Sergio José Cardona Jiménez c. ANDICOAUDI S.A.: Simulación laboral por una de carácter civil por parte de la empresa ANDICOAUDI S.A.....	48
3.6	Entrevistas a profundidad	61
3.6.1	Criterio de inclusión y exclusión	62
3.6.2	Guión:.....	64
3.6.3	Tipos de preguntas.....	65
3.6.4	Análisis de las respuestas: Pregunta uno. - ¿Qué considera usted por simulación laboral?	68
3.6.5	Pregunta dos. - ¿Cómo se determina la existencia de simulación o encubrimiento laboral?	71
3.6.6	Pregunta tres. – ¿Cómo diferencia usted un contrato individual de trabajo de uno de prestación de servicios profesionales?.....	74
3.6.7	Pregunta cuatro. – ¿Cuáles considera usted qué constituyen las principales causas en virtud de las cuales se da la simulación laboral?.....	78
3.6.8	Pregunta cinco. - ¿Cuáles cree usted que son los derechos que mayormente se ven afectados con la simulación laboral?	81
3.6.9	Pregunta seis. - ¿Cuáles son las reformas que usted propondría al Acuerdo Ministerial 2017-0110 para evitar esta afectación de derechos?	84
	<i>Resumen de las respuestas por grupos:</i>	86
3.6.10	Análisis de frecuencia:	87
3.7	Conclusión de las entrevistas	94
3.8	Conclusiones generales.....	94

Tabla de Contenidos

TABLA 1 29

TABLA 2 63

TABLA 3 86

TABLA 4 87

Índice de Ilustraciones

ILUSTRACIÓN 1 87

ILUSTRACIÓN 2 89

ILUSTRACIÓN 3 90

ILUSTRACIÓN 4 91

ILUSTRACIÓN 5 92

ILUSTRACIÓN 6 93

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años se ha debatido sobre mejores maneras de gestionar las relaciones laborales y asegurar que los trabajadores gocen de derechos y beneficios sociales justos. En la actualidad, el entorno empresarial es cada vez más complejo y competitivo, lo que ha llevado a un aumento de simulaciones de relaciones laborales. Estas simulaciones consisten en una práctica que realizan los empleadores, misma que tiene como objeto eludir las obligaciones patronales para con los trabajadores y hacer pasar, lo que en realidad sería una relación laboral, como un contrato de prestación de servicios.

El presente trabajo de titulación haya su razón en la indebida aplicación del contrato de prestación de servicios profesionales y la frecuencia con la cual, en la vida práctica, nos encontramos frente a casos de simulación laboral. Dicho contrato se encuentra regulado por el Derecho Privado y la autonomía de la voluntad, mismo que ha derivado en un problema frecuente en nuestro país, siendo el contrato ya mencionado uno de los mecanismos utilizados por los empleadores con el fin de eludir sus responsabilidades patronales y encubrir relaciones laborales, que dan como resultado la simulación o fraude laboral, constituyéndose, así como un acto jurídico que vulnera los derechos de los trabajadores en la realidad material.

El mal uso y la desnaturalización del contrato de prestación de servicios da como resultado el menoscabo de Principios establecidos tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como aquellos establecidos en el Código de Trabajo, tales como el Principio de la Primacía de la Realidad, la Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales, el Derecho a la No Precarización Laboral, entre otros.

Es en razón de la desaforada ambición pecuniaria por parte del empleador, quien en su intento por prosperar y avanzar económicamente usa como instrumento las instituciones ya mencionadas en líneas anteriores, intentando hacer pasar por una relación comercial o civil lo que en realidad es una relación laboral, de esta manera priva también a los trabajadores de los derechos y beneficios sociales que por ley les corresponden.

Este problema jurídico encuentra su punto de tensión debido a que el Código de Trabajo ecuatoriano presenta vacíos jurídicos que permiten que el contrato de prestación de servicios

profesionales se constituya como causal de simulación o fraude laboral hacia los trabajadores, ya que no se evidencia que exista una aplicación debida del principio de realidad en la legislación ecuatoriana.

El problema legal radica en que la simulación laboral es de fácil implementación en los puestos de trabajo existentes en la sociedad, pues la falta de una regulación específica que combata la simulación laboral, produce en la realidad, la existencia de trabajos informales que afectan los derechos y beneficios laborales de los trabajadores que por la urgencia de encontrar un empleo deciden incorporarse a plazas de trabajo, que bajo un contrato de prestación de servicios, se eluden las obligaciones que el empleador debe cumplir con sus trabajadores.

De esta manera, el presente trabajo tiene como objetivo explorar las nociones generales de las relaciones laborales, analizar la simulación de las mismas y las afectaciones de los trabajadores en sus derechos y beneficios sociales. Para lograr este objetivo, se llevará a cabo una revisión exhaustiva de la literatura sobre relaciones laborales y simulación, se realizarán entrevistas a expertos en el tema, se llevará a cabo un análisis de caso para ilustrar los principales hallazgos, además de analizar aquellos Principios que se ven vulnerados al momento de hacer uso de estas malas prácticas y también aquellos derechos de los trabajadores que son mayormente violentados en estos casos concretos.

1 CAPÍTULO I: Relación laboral y sus nociones generales.

1.1 Concepto y elementos

La filosofía y la ciencia sostienen que una relación es un vínculo entre objetos o individuos en ciertas situaciones o contextos. El autor Luis Fernando Vallecilla, establece que:

“Una relación laboral hace referencia al vínculo jurídico que sujeta a quien realiza una prestación laboral a favor de otra, y a esta última respecto a quien realiza la prestación a su favor” (Vallecilla, 2018, pág. 30).

Una relación laboral es un vínculo entre un empleador y un trabajador, en el cual el trabajador presta sus servicios en relación de dependencia a cambio de una remuneración. Dicha relación se encuentra regulada por el Derecho Laboral. De esta manera, podemos decir que una relación laboral es una interacción contractual entre el empleador y el empleado, en la cual se establecen los términos y condiciones del trabajo para el desempeño del cual se contrata al trabajador.

Esta relación deberá ser formalizada a través de un contrato laboral, mismo que establecerá las condiciones del trabajo, el horario laboral, la remuneración, las obligaciones y responsabilidades de ambas partes, las causales de terminación de dicho contrato, entre otras cláusulas.

La relación laboral implica una subordinación de parte del trabajador hacia el patrono, en este sentido, el empleado deberá seguir las instrucciones y órdenes del empleador mientras cumpla con las funciones para las cuales fue contratado. Además, implica que el empleador deberá garantizar un ambiente de trabajo seguro, cumplirá con las normas correspondientes y protegerá los derechos y la dignidad del trabajador, de la misma manera, el trabajador deberá cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato laboral, como cumplir con los horarios que se hayan pactados, el reglamento interno de la empresa, y demás normas correspondientes.

La relación laboral en Ecuador se encuentra regulada por el Código de Trabajo y la Constitución de la República. Así pues, nuestro Código del Trabajo, en su artículo 2 establece

que el trabajo es un derecho y deber social, y que además es obligatorio, en la forma y con las limitaciones que han sido establecidas. Mientras que la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 33 manda que:

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

Al ser el trabajo, un derecho garantizado por la Constitución quiere decir que es competencia del Estado tutelar mencionado derecho. Es así que el trabajo es aquella actividad que permite al ser humano la satisfacción de sus necesidades sociales, económicas y familiares, es por esto que está íntimamente asociado con la posibilidad y el derecho de una vida digna.

La OIT (2004) indica que por trabajo nos referimos al grupo de tareas desempeñadas por personas, ya sea con o sin compensación, que resultan en la creación de bienes o servicios en una economía, atienden las necesidades de una comunidad o proporcionan los recursos necesarios para el sustento de individuos. También es importante considerar las variaciones en la definición de empleo, ya que esta palabra abarca tanto el trabajo remunerado como el no remunerado, y se define como la actividad realizada a cambio de una retribución, que puede consistir en sueldo, comisión, salario, propina, entre otros. Independientemente de si existe una relación de dependencia.

Por otro lado, el autor Néstor De Buen Lozano, define al trabajo como:

Una actividad provechosa de esfuerzo dirigido a la consecución de un bien por lo cual, el trabajo supone una actividad humana, siendo ajena dicha concepción a una actividad ejecutada por una bestia o una máquina. La diferencia entre trabajo y ocio está constituida por la finalidad, es decir, el trabajo tiende a la producción de la riqueza mientras que el ocio no (2011, p.121).

Según la Real Academia de la Lengua Española (2014) conceptualiza el trabajo de la siguiente forma: “1) la acción y efecto de trabajar. 2) Ocupación retribuida. 3) Cosa que es resultado de la actividad humana. Esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición al capital”. Mientras que, para Cabanellas, en su Diccionario Jurídico Elemental lo describe como “El esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción u obtención de riqueza. Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento” (1993, pág. 313).

Así pues, se entiende por relación a un nexo o vínculo, entre sujetos u objetos, que los liga en determinada circunstancia o naturaleza. Según la Real Academia de la Lengua Española, la palabra relación se traduce como aquella correspondencia, conexión, trato o comunicación que tiene una persona para con otra.

Las relaciones entre personas adquieren importancia para la vida jurídica cuando estas producen alguna clase de efecto igualmente jurídico. Una relación laboral hace referencia al vínculo jurídico que sujeta a quien realiza una prestación laboral a favor de otra, y a esta última respecto a quien realiza la prestación a su favor.

Según la autora Lisbeth Chirinos:

La relación laboral es un nexo amplio entre quien presta un servicio personal por cuenta y bajo la dependencia de otro que lo recibe, quien, a su vez, entrega una remuneración. Por su parte, el contrato de trabajo amerita el mismo vínculo anterior incorporándose un acuerdo de voluntades que colabora con la relación laboral (2013, pág. 16).

2.1 Contrato de Trabajo:

El contrato de trabajo desempeña un papel fundamental dentro de las relaciones laborales, este implica la existencia de un acuerdo voluntario entre el empleador y el trabajador, en el cual se intercambiará el trabajo subordinado ejercido por el trabajador en lugar de una compensación económica que entregará el patrono. Este contrato marca el comienzo de una relación laboral y establece una serie de derechos y responsabilidades para las partes involucradas. Dicho contrato

contiene una serie de características, tales como la voluntariedad, la naturaleza personal, la dependencia, el trabajo realizado por cuenta ajena y la compensación o remuneración económica que se percibirá.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, un contrato es un “Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”.

Para Ferrero R. (1989), el contrato de trabajo es “como un acuerdo, expreso o tácito, por virtud del cual una persona presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, a cambio de una retribución” (p. 16-17).

Por su parte, Toyama M. establece que “el contrato de trabajo puede ser definido como un negocio jurídico por el cual un trabajador presta servicios personales por cuenta ajena en una relación de subordinación a cambio de una remuneración” (2005, p. 15).

Como podemos observar, tanto Ferrero como Toyama resaltan conceptos claves sobre el contrato de trabajo, tales como: la prestación de servicios, la subordinación y la remuneración. Ambos autores hacen énfasis en la naturaleza contractual y subordinada propia de la relación laboral.

3.1 Elementos esenciales del Contrato de Trabajo:

Es necesario que el Contrato de Trabajo cumpla con ciertos requisitos comunes a todos los contratos. Para entender estos requisitos, es necesario referirse tanto a las leyes civiles como a la doctrina, mismas que han establecido las reglas y teorías clásicas en este campo. En ese sentido, tenemos el artículo 1461 del Código Civil (2005) en donde se establecen los elementos necesarios para que un contrato sea válido y pueda obligar a las partes involucradas. Es así que este artículo indica que para que una persona se obligue con otra, ya sea por un acto o declaración de voluntades, será necesario que ambas partes:

- Sean capaces.
- Que consientan en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio.

- Que dicho acto o declaración recaiga sobre un objeto lícito.
- Que tenga una causa lícita.

Estos elementos son comunes a todos los contratos, a continuación, profundizaremos sobre cada uno de estos requisitos.

Código Civil Ecuatoriano (2005):

- Capacidad: el artículo 1461 en sus líneas finales establece “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”, mientras que por otra parte el artículo 1462 y 1463 mencionan:

Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.

- Que su consentimiento esté libre de vicios: El consentimiento se traduce en aquella manifestación realizada de forma libre y voluntaria con el objetivo de celebrar un contrato, es por esto que debe estar exenta de vicios. En materia laboral, el autor Luis Fernando Vallecilla establece que la realidad es que “la libertad y voluntad del trabajador al acceder a un cargo son relativas a las condiciones del mercado laboral. Regularmente es el empleador quien determina las condiciones generales, tales como las funciones, horarios, salario, entre otras (...)”

- Causa lícita: En materia contractual, se dice que la causa es el motivo que conlleva a contratar. El profesor Guillermo González Charry, sobre la causa, explica:

No es, pues la apariencia de lo que se busca con el contrato, sino la realidad de lo que con él se persigue, lo que debe servir de fundamento a la teoría. Es en esta realidad donde debe buscarse la causa de las obligaciones, porque en ella se encuentra la conformidad entre la intención de los contratantes al celebrar el acto jurídico y el resultado obtenido por aquella al llevarlo a cabo; y es allí donde pueden apreciarse en toda su dimensión, en un momento dado, los hechos o circunstancias que, al alejarse de esos fines intencionadamente perseguidos,

constituyen una falla en el cumplimiento de las obligaciones, una imposibilidad del mismo, o un motivo determinante de su resolución[...]

Así pues, si la causa de celebración de contrato es ilícita, el contrato estará viciado de nulidad.

- Objeto lícito: por objeto de un contrato entenderemos a la finalidad que se busca con este contrato. En materia laboral el objeto, para el empleador, va a recaer sobre la realización de las funciones para las cuales el trabajador fue contratado. En cambio, para el empleado, el objeto será recibir el pago del salario acordado en razón de la prestación de servicios que este ha entregado al empleador.

Vallecilla establece que:

La diferencia entre objeto y causa lícita radica en que el primero se refiere al motivo inmediato de la celebración del acto jurídico, inmerso siempre en las obligaciones mismas del contrato, mientras que la segunda consiste en un motivo anterior o ulterior a las obligaciones mismas del contrato y puede ser de naturaleza externa al contrato mismo. En algunas ocasiones el objeto y la causa del contrato pueden coincidir.

4.1 Regulación del Contrato Individual de Trabajo en la legislación ecuatoriana:

El concepto de trabajo ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, la actual idea que tenemos ha sido establecida por la economía política clásica, sin embargo, esta hace referencia a una doble definición:

En primer lugar, tenemos la definición antropológica, que indica que este integra una característica genérica del accionar humano. En palabras del filósofo Karl Marx (1867-1965):

El trabajo es en principio un acto que sucede entre el hombre y la naturaleza. El hombre desempeña frente a la naturaleza el papel de una potencia natural específica. Pone en movimiento su inteligencia y sus fuerzas con el fin de asimilar materias para darles una forma útil para su vida. Al mismo tiempo que actúa por este movimiento sobre la naturaleza exterior y la modifica, él modifica su propia naturaleza y desarrolla las

facultades que se encuentran latentes.

La segunda definición, realiza una reinterpretación a la primera, así establece que los intercambios que ocurren entre el ser humano y la naturaleza tienen lugar diariamente en condiciones sociales específicas. No es posible que nos hallemos en las mismas condiciones que un artesano o un empleado. Es mediante esta segunda lectura que se estudia la definición de trabajo asalariado, en palabras de Helena Hirata y Philippe Zariffian “¿El trabajo útil se ejecuta bajo el látigo del capataz de esclavos o bajo el ojo interesado del capitalista? (...) el asalariado trabaja bajo el control del capitalista, al cual le pertenece el producto de su trabajo” (2016, pág. 33).

De esta forma, esta doble definición presenta al “trabajo” como una actividad en la cual se pueden presentar dos clases de relaciones, siendo la primera entre hombre/naturaleza, mientras que la segunda sería entre hombre/hombre.

Como bien se menciona en el apartado 1.1 de este primer capítulo, en la legislación ecuatoriana, el concepto de trabajo se encuentra desarrollado tanto en el art. 2 del Código del Trabajo, como en el artículo 33 de la Constitución de la República, definiendo al mismo como un derecho y deber social. En el Código de Trabajo (2005) también se establece lo correspondiente al Contrato Individual de Trabajo, sobre este, nuestro Código menciona lo siguiente:

Código de Trabajo (2005):

Art. 8.- Contrato individual. - Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre. (Código de Trabajo, 2005, artículo 8)

Así pues, nos encontramos con cuatro requisitos indispensables para declarar la existencia de una relación laboral, estos son: 1) Convenio, 2) Prestación de servicios lícitos y personales, 3) Subordinación y dependencia, y 4) Remuneración. Este penúltimo elemento ha sido señalado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como un elemento diferenciador y fundamental

para reconocer si nos encontramos o no ante una relación de naturaleza laboral.

Dentro de los elementos del Contrato de Individual de Trabajo encontramos que se clasifican en:

Elementos subjetivos:

- Empleado
- Empleador

Elementos objetivos:

- Convenio
- Prestación de servicios lícitos y personales
- Subordinación y dependencia
- Remuneración

Como hemos visto hasta ahora, se han establecido cuatro elementos objetivos. En el siguiente apartado nos dedicaremos a analizar a mayor profundidad cada uno de estos.

4.1.1 Convenio:

Según Mariano de la Cueva (2012) en su obra “El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo” establece que por convenio se debe entender:

A aquel acuerdo al que las partes deberán llegar respecto la relación laboral que están por empezar, pudiendo ser estos: los horarios, la remuneración, el lugar de trabajo, entre otros, y una vez que se hallen puesto de acuerdo con estos aspectos solo ahí podrán celebrar el contrato o convenio (págs. 181-201).

4.1.2 Prestación de servicios lícitos y personales:

Al buscar explicar este elemento, consideramos pertinente conocer a priori aquello que se

entiende por trabajador. Nuestro Código del Trabajo (2005) en su artículo 9, define al trabajador como aquella persona que se obliga a la prestación de un servicio o a la ejecución de una obra determinada, además también establece que este podrá ser denominado como empleado u obrero. Este elemento implica que el trabajador no puede delegar su trabajo a terceros o realizarlo a través de un representante, a menos que se haya acordado específicamente con el empleador.

Al respecto de este elemento, Luis Fernando Valecilla, en su obra *La Relación Laboral y El Contrato de Trabajo* menciona que:

Es indispensable que la prestación personal del trabajador exista sin la posibilidad de que su actividad sea suplida por un tercero, o sea, es tan importante este elemento, que la muerte del trabajador es causal de terminación del contrato de trabajo. Cuando no existe prestación personal, no hay contrato de trabajo. De hecho, cuando se habla de prestación personal, se hace relación al elemento *intuitu personae*, es decir, que se busca que la prestación solo deba ser proporcionada por esta persona y no se pueda trasladar esa actividad a nadie más (2018, pág. 44).

Sobre esto, Luz Pacheco Zerga, expresa lo siguiente:

Para que los servicios sean calificados como laborales, el trabajador los debe prestar en forma directa, por eso gozan de carácter personalísimo (*intuitu personae*), quedando por lo tanto fuera de la esfera laboral las prestaciones en las que la persona del autor o quien realiza el trabajo sea intercambiable (Pacheco, 2012, pág. 15).

A partir de lo expresado, se puede afirmar que el servicio personal se define como cualquier actividad, tarea o trabajo que es proporcionado directamente a una persona física y determinada.

Según Toyama M. (2005) considera que:

“La prestación de servicios que fluye de un contrato de trabajo siendo personalísima, “*intuitu personae*”, no puede ser delegada a un tercero; los servicios que presta el trabajador son directos y concretos, no cumpliendo la posibilidad de efectuar delegaciones

o ayuda de terceros” (p. 21).

Para Carhuatocto, esto se refiere a:

Actividades válidas y permitidas por la ley. Acciones que las deben realizar en forma personal y directa el trabajador, la prestación de servicios supone la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa, esto es, su fuerza o capacidad de trabajo; se perfecciona por el hecho real de su cumplimiento, de la entrega efectiva de la prestación laboral, no el mero acuerdo de las partes, es por esta razón que la doctrina le llama contrato-realidad (Carhuatocto, 2010, pág. 38).

4.1.3 Subordinación o dependencia:

Este es un concepto clave en las relaciones laborales. Se refiere a la relación de poder que existe entre el empleador y el trabajador, donde el segundo sujeto se encuentra bajo la subordinación y dependencia del primer sujeto, es decir bajo las directrices y órdenes del empleador.

Para la doctrina, el vínculo de subordinación o dependencia permite determinar “la presencia o no de una relación laboral, puesto que los otros elementos son propios también de otras clases de relaciones jurídicas, civiles o comerciales, que suponen la presencia de partes, prestación de servicios y la correspondiente remuneración” (Edig Ltda, 2020, pág. 9).

Para Luis Fernando Valecilla (2018) la importancia de la subordinación como elemento determinante dentro de las relaciones laborales recae en dos poderes de los cuales goza el empleador:

1) El poder de dirección en la actividad laboral: es decir, la facultad que recae en el patrono de dar órdenes al trabajador sobre el cuándo, cómo y dónde realizará este el trabajo para el cual fue contratado; y

2) La potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores: aquí nos referimos a la posibilidad que tiene el patrono para crear o implementar reglamentos o sanciones con la finalidad de mantener el orden y disciplina dentro de su empresa.

A pesar de esto, la doctrina ha sido clara al respecto al señalar que es importante que esta subordinación no sea entendida como un poder absoluto y arbitrario que recae sobre los empleadores frente a los trabajadores. La Corte Constitucional de Colombia (2004) se refirió a este tema e indicó que:

La subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. (...) Esta facultad no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales.

Para el autor Neves M. (2004):

La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirlo. Sujeción de un lado y dirección del otro, son los dos aspectos centrales del concepto (p. 27).

Según la doctrina, la subordinación es un vínculo jurídico en el cual se generan tanto derechos como obligaciones; el empleador tiene el derecho de impartir al trabajador las pautas, instrucciones u órdenes que considere necesarias para alcanzar los objetivos o beneficios que espera obtener a través del trabajo del empleado. A su vez, el trabajador tiene la obligación de acatar dichas disposiciones en el desempeño de su labor personal. En este sentido, el empleador adquiere el derecho de dirigir la actividad laboral del empleado.

En otras palabras, el trabajador está obligado a seguir las órdenes y directrices del empleador en cuanto a la realización de sus tareas y actividades laborales, y está sujeto a la supervisión y evaluación del empleador en relación con su desempeño y resultados. El empleador, por su parte, tiene la facultad de dirigir, controlar y organizar la actividad laboral del trabajador y de establecer las condiciones de trabajo, salarios y beneficios.

Este elemento de subordinación o dependencia es importante en la determinación del tipo

de relación laboral que existe entre el empleador y el trabajador. En general, si la relación es de subordinación o dependencia, se considera que el trabajador está empleado y tiene derechos y protecciones laborales, mientras que, si la relación es autónoma, se considera que el trabajador es un contratista independiente y no tiene los mismos derechos y protecciones laborales. Es por esto que es importante entender y definir claramente este elemento en cualquier relación laboral.

Para Mariano de la Cueva, este es un elemento jurídico fundamental y nace en razón de haber cumplido con el primer requisito, que es celebrar el contrato bajo las condiciones que se hubiesen acordado.

4.1.4 Remuneración:

La remuneración, salario o retribución es la manera en la que el empleador compensa al trabajador por sus servicios, por lo tanto, todas las cantidades que el trabajador recibe como contraprestación por su trabajo son consideradas parte esencial del salario.

El elemento de remuneración en una relación laboral se refiere al pago que recibe el trabajador por su trabajo. En otras palabras, es la compensación económica que el empleador le da al trabajador por su tiempo, esfuerzo y habilidades.

Sobre este requisito, Valecilla (2018) establece que “Una vez verificada la existencia de la actividad personal y de la subordinación, el trabajador adquiere el derecho a que se le pague un salario como retribución y todas las obligaciones prestacionales subyacentes, configurándose así el contrato de trabajo” (pág. 49). Es necesario recordar también que la remuneración es un derecho laboral, por ende, de acuerdo a la Constitución es un derecho irrenunciable y que además según el artículo 3 del Código Del Trabajo (2005) todo trabajo deberá ser remunerado.

Para Neves M. (2004) “La retribución otorgada en el contrato de trabajo se denomina remuneración. Nuestro ordenamiento laboral considera como tal al integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, siempre que sea de su libre disposición” (p. 27).

El autor Haro C. (2004) nos ofrece la siguiente definición, para él la remuneración consiste en “El pago realizado por el empleador directamente al trabajador, siempre que sea de su libre

disposición, ya sea en dinero o en especie, ya sea en forma periódica o por una sola vez durante el curso del contrato de trabajo” (p. 56).

La remuneración puede ser en forma de salario, comisión, bonificaciones, incentivos o cualquier otra forma acordada entre el empleador y el trabajador. Es importante que la remuneración sea justa y adecuada para el tipo de trabajo que realiza el trabajador y que esté en línea con los estándares del mercado laboral.

4.2 Análisis de la Jurisprudencia Pertinente:

La Corte Nacional en múltiples ocasiones ha hecho énfasis en que para determinar la existencia o no de una relación laboral se deberán observar los requisitos establecidos en el artículo 8 del Código Del Trabajo (2005) así podemos encontrar en la Resolución No. 0075-2013, del Juicio 0674-2009 que se establece que:

(...) No es tan importante la denominación que se le da al contrato, sino el análisis de las reales relaciones que hubo; (...) el Art. 8 del Código de Trabajo (2005) determina los requisitos para configurar el contrato de trabajo; la dependencia del trabajador ante el empleador, por una retribución determinada, entendiéndose de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, que tal dependencia no se refiere propiamente a lo técnico ni a lo económico, sino a aquella que mantiene con el empleador, al derecho a que éste tiene para dirigir, ordenar y controlar al trabajador; y, este otro, a la obligación de acatar y obedecer al empleador.

Además, la Jurisprudencia también establece ciertos requisitos con los que debe cumplir el Contrato Individual de Trabajo para su validez, tales como la voluntad libre y consciente de las partes involucradas, la capacidad legal de las mismas para contratar, la determinación de las condiciones esenciales del trabajo, el salario y la jornada laboral, y la forma escrita del contrato.

Respecto a los elementos de la relación laboral, la Jurisprudencia establece que la ausencia de alguno de los siguientes elementos que se mencionarán a continuación invalida el Contrato de Trabajo, así pues, la Jurisprudencia señala que el Contrato de Trabajo se caracteriza por ser:

- Consensual: es decir, el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes.

- Sinalagmático: esto debido a que ambas partes se obligan de manera recíproca, el trabajador se obliga a realizar la prestación de sus servicios para los cuales fue contratado y el empleador a cancelar una remuneración por dichos servicios.

- Bilateral: esto se refiere a que ambas partes tienen obligaciones y derechos mutuos.

- Oneroso: quiere decir que las partes asumen una carga o prestación a cambio de un beneficio.

- Conmutativo: es aquel en el que las obligaciones y ventajas para ambas partes son conocidas y determinadas al momento de la celebración del contrato. Se caracteriza por un intercambio equivalente y previsible de beneficios y obligaciones entre las partes.

- Principal: hace referencia a que es independiente y autónomo, y sus obligaciones y derechos se mantienen por sí mismos, sin depender de otro contrato

- De tracto sucesivo o de ejecución continuada: son contratos en los que las obligaciones y el cumplimiento se extienden a lo largo del tiempo de manera continua y recurrente.

En conclusión, estas características nos indican que las partes involucradas en el contrato se comprometen a cumplir con las obligaciones establecidas en el acuerdo, que hay una relación directa entre las partes interesadas, que ambas partes pueden obtener ganancias o pérdidas de las condiciones del trabajo y que el contrato no depende de la existencia de otro. Además, la relación laboral se inicia con la intención de ser continua.

4.3 Principios pertinentes del Derecho al trabajo consagrados en la Constitución de la República del Ecuador:

La Corte Constitucional del Ecuador (2014) en la sentencia No. 093-14-SEP-CC, caso No. 1752-11-EP del 04 de junio de 2014, respecto del derecho al trabajo ha manifestado que:

El derecho al trabajo se constituye en una necesidad humana, que obligatoriamente

debe ser tutelado por el Estado, a través del incentivo de políticas públicas que estimulen el trabajo a través de todas sus modalidades, así como también, a través de la protección de los derechos laborales de todas las trabajadoras y trabajadores (...);

Así pues, que el derecho constitucional al trabajo conforme lo establece la Constitución de la República debe ser garantizado por el Estado, mediante el desarrollo de políticas públicas, de incentivos para la contratación de personal, así como también, de la tutela de los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras del país.

Con el objetivo de proteger a los trabajadores, quienes son considerados como la parte más vulnerable de la relación laboral, la Constitución de la República del Ecuador (2008) dio origen a una serie de Principios en materia laboral, mismos que analizaremos en el presente título, de la misma manera estudiaremos también aquellos que se encuentran consagrados por los Convenios Internacionales suscritos, entre estos tenemos el Principio de Irrenunciabilidad, Principio de la Primacía de la Realidad, In Dubio Pro Operario y el Derecho a la No Precarización Laboral. Estos principios han sido utilizados como base por los operadores de justicia a la hora de la toma de decisiones para de esta forma evitar vulneraciones de los derechos de los trabajadores.

De acuerdo con lo que establece la doctrina, los principios laborales tienen la función de guiar a las autoridades competentes en cuanto a la equidad en caso de existir vacíos legales o dudas en la interpretación de las normas. Es así que el Derecho Laboral tiene como objetivo histórico nivelar las desigualdades. La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia sostiene esta idea al expresar que el Derecho Laboral tiene la tarea de igualar las desigualdades, al respecto la Corte Nacional de Justicia indica:

(...) Como decía Couture, el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades (...) En efecto, la idea central en que el Derecho del Trabajo se inspira no es la idea de la igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades reales que entre ellas existen. La igualdad deja de ser así el punto de partida del derecho. (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, Juicio No. 43-2008)

Como hemos visto, estos Principios tienen gran relevancia en el mundo laboral, en los

acápites que desarrollaremos a continuación explicaremos de forma más detallada los fundamentos de cada uno de ellos.

4.3.1 Principio de Irrenunciabilidad:

La Corte Constitucional establece que el Principio a la Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores representa una conquista social importantísima, además en el Caso No. 0021-13-IN, sentencia No. 006-16-SIN-CC menciona que:

El calificativo de irrenunciable en materia laboral se entiende como aquel derecho o principio por el cual, las conquistas laborales no pueden renunciarse debido a la implicación entre estos y la dignidad humana. Es decir, el propio trabajador no puede renunciar a los derechos que nacen de una relación laboral, en su propio perjuicio (pág. 13).

Respecto a su aplicación, Trujillo menciona que:

(...) Renunciar a un derecho no es otra cosa que, el acto jurídico que realiza en virtud del cual, el titular de un derecho es desprendido o despojado del mismo para beneficiar a otra persona. La renuncia a los derechos es reconocida jurídicamente cuando esta versa sobre derechos que conciernen únicamente al renunciante y a su interés. Toda renuncia debe ser consentida de manera libre por parte del renunciante y esta no puede afectar a terceros (Trujillo J. C., 2017).

Sin embargo, el Derecho Laboral no obedece la regla general, ya que las relaciones de trabajo se ven comprometidas no solamente a los intereses particulares de los empleados, sino también a los de aquellas personas que de alguna manera dependen de él -trabajador-económicamente, así pues, tenemos el artículo 4 del Código de Trabajo (2005) el cual establece que “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario”.

Lo que busca este principio es dar tal protección al trabajador, de manera que la renuncia de los derechos laborales sea nula, aún en los casos en los cuales el trabajador haya consentido dicha renuncia. De esta forma la ley no permite que los intereses del mismo se vean menoscabados. Estos derechos y principios son una expresión de la intervención del Estado en

su papel de protector de las condiciones mínimas a favor de los trabajadores.

Para el doctrinario Néstor de Buen (1988) el principio de irrenunciabilidad, constituyen los medios creados por el legislador para proteger al trabajador en su estado de necesidad contra sí mismo. El carácter imperativo de las normas de trabajo (*jus cogens*) responde a la misma idea, o sea que, no puede dejarse al arbitrio de los contratantes la falta de cumplimiento de las normas laborales ni su inobservancia. No podría entenderse de otra manera la función tutelar del derecho del trabajo (pp. 32-35).

Al respecto, el autor Plá Rodríguez (2015), en su obra “Los Principios del derecho del trabajo” afirma que se debe entender por irrenunciabilidad “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio” (pág. 117), además, el profesor Mario Pasco (2005) asevera que este principio, “opera como un instrumento que completa y perfecciona al principio protector” (pág. 217 – 228).

4.3.2 Principio de la Primacía de la Realidad:

Al respecto de este principio la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia se pronunció al respecto en su fallo 0874-2013-SL, en cual establece que:

El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia de lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que suceda en el terreno de los hechos. La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado (...).

La Corte Nacional de Justicia, ha empleado este principio en varios de sus fallos, así: en la página 279 del Prontuario de Resoluciones número tres, caso L 9054, se establece lo siguiente:

La circunstancia de que conste por escrito que una relación jurídica es de naturaleza civil, no le otorga tal carácter, cuando del mismo documento y de otros medios probatorios se acredita que se trata de un nexo de carácter laboral, esto es, cuando la realidad demuestra que hubo subordinación o dependencia y los demás elementos determinantes de un contrato de trabajo (...) (Velásquez, 2017).

Este principio es fundamental debido a que en el Derecho laboral las situaciones no son estáticas, sino de tracto sucesivo. El trabajador tiene derecho a seguir escalando en su trabajo, es por esto que dicho principio establece que en aquellos casos donde existan discordancias entre lo que ocurre en el día a día frente a lo que está plasmado en documentos, contratos o acuerdos, la realidad será prevalente frente las formas, acuerdos o papeles, es decir será determinante.

En virtud de esto, profesor Miguel Ángel Silva Ormeño (2008) indica que el Principio de la Primacía de la Realidad “es aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica” (párr. 2).

A su vez, el profesor, Américo Plá Rodríguez, sobre el mencionado principio, afirma que:

Este principio es de mucha ayuda para establecer o determinar cuándo nos encontramos frente a una relación laboral, la misma que como tal, tiene elementos que van a servir para identificarla, que son: la prestación personal, el pago de una remuneración y la subordinación. Cabe destacar pues que en los casos en los que estemos frente a estos tres elementos, la relación contractual existente no puede ser otra que una de naturaleza laboral (no obstante que se pretenda hacer creer que es una relación contractual de naturaleza civil o de otro tipo) y para ello resulta muy útil el principio de la primacía de la realidad (2017, pág. 117).

Tal como lo establece el profesor Plá Rodríguez, la función del Principio de la Primacía de la Realidad es evitar los fraudes o simulaciones que tratan de desvirtuar u ocultar una relación laboral, ya que dicha relación puede existir aun cuando entre las partes establezcan una denominación diferente al vínculo que existe entre las mismas. Este principio operará aun cuando se utilicen figuras no laborales, pudiendo ser civiles o mercantiles, siempre que se verifique la existencia de los elementos o requisitos necesarios para que exista una relación laboral, establecidos en el Artículo 8 del Código de Trabajo, mismos que fueron analizados en líneas anteriores. Este principio implica coherencia entre lo que pasa en la realidad y en los documentos jurídicos y es de suma importancia ya que expone lo oculto o ficticio.

4.3.3 In Dubio Pro Operario:

La Corte Nacional de Justicia, en La Sala de lo Laboral, dentro del Juicio No. 1613-2012, menciona que:

Debemos considerar que el “In dubio pro operario” se fundamenta en la filosofía de la justicia social, y que, como hemos dicho, si bien es cierto que el principio In dubio pro operario es de naturaleza procesal, su proyección es de mayor amplitud, ya que se introduce en la problemática filosófica y social, para nivelar desigualdades (pág. 8).

Este Principio quiere decir que "en caso de duda, se fallará a favor del trabajador". Establece que, en caso de existir una ambigüedad o incertidumbre en la interpretación de la ley laboral o contractual, debe interpretarse de forma favorable al trabajador.

Al igual que lo demás principios en materia laboral, este se aplica para proteger los derechos de los trabajadores y garantizar que se les otorguen las condiciones laborales y los beneficios a los cuales tienen derecho, incluso en situaciones donde las normas laborales no sean claras o existan contradicciones, existen varios criterios de cómo debe aplicarse este principio, por su parte el profesor Mario Pasco indica lo siguiente:

(...) citando a Plá y Silva, mencionan que debe existir primero una duda insalvable, inexpugnable, y, por otra, el respeto a la ratio legis. En cuanto a lo primero, el intérprete, o sea el juez, debe aplicar todos los medios y métodos interpretativos en que es tan pródigo el Derecho: literal, lógico, analógico, teleológico, histórico, sociológico, etc.; será recién cuando esos métodos resulten impotentes para resolver el enigma legal que aquél quedará autorizado para invocar la regla e inclinar su veredicto en favor del laborante. En cuanto a lo segundo, el juez está en el deber de aplicar la norma, mas no facultado para crearla; no se trata de que le enmiende la plana al legislador ni mucho menos que se sienta y se convierta en legislador él mismo, contrariando lo que es el rumbo natural de la norma, sino tan sólo de que dilucide la razón de ser de ésta, que, al no resultar clara en su enunciado, no puede ser orientada en contra de la parte débil de la relación (Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.).

Sobre lo mencionado por el doctor Cosmópolis podemos inferir que al juez le corresponde aplicar la normativa emitida por el legislador, mientras que solo en los casos que la misma no resulte suficiente para resolver dicho caso en concreto o dictar sentencia, le corresponderá aplicar el mencionado Principio.

Algunos doctrinarios establecen que dicho principio en la práctica es mal utilizado, específicamente respecto a la valoración de la prueba, mientras que, autores como Julio Grisolia (2011) mencionan la posibilidad de aplicarla en la referida valoración de la prueba. El abogado Ricardo Barona, respecto a la aplicación del Principio In Dubio Pro Operario, indica que la misma cabe:

(...) solo cuando exista duda razonable o cuando la norma sea obscura; es decir, que la autoridad pertinente no tenga la total certeza de una determinada situación para que este falle a favor del trabajador. Hay que tener en cuenta que necesariamente debe existir una norma que no sea clara, ya que, de no existir dicha normativa, la autoridad no se puede excusar en este principio para crear nuevas normas o darle un sentido que no ha sido generado por el legislador. (2010).

4.3.4 Derecho a la No Precarización Laboral

Según el Instituto Sindical de Trabajo Ambiente y Salud (2023), la precarización laboral “ha sido definida en función de cuatro grandes dimensiones: inestabilidad en el empleo, vulnerabilidad, menores ingresos, y menor accesibilidad de la población afectada a prestaciones y beneficios sociales”.

Es en respuesta a este problema, que en el Ecuador encontramos consagrado el Derecho a la No Precarización Laboral en el artículo 327 de la Constitución de la República (2008) mismo que señala:

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.

Además, dicho derecho lo encontramos también en el Mandato Constituyente 8 (2008) que en su artículo 1, establece lo siguiente:

Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador. (Asamblea Nacional Constituyente, pág. 3).

Según el autor Mora Salas, en su obra Ajuste y Empleo: notas sobre la precarización del empleo asalariado, señala que:

El concepto de precarización del empleo permite a un nivel conceptual, establecer un vínculo entre los niveles de bienestar de los hogares y los procesos de precarización del empleo, siendo una consecuencia de este último proceso el sumir a las familias de los trabajadores afectados por el mismo en procesos de empobrecimiento abierto o de riesgo social, como consecuencia de la inestabilidad que caracteriza el empleo bajo este modelo de relaciones laborales (2005, pág. 37).

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL):

La falta de empleo o su mala calidad es quizás el vínculo más claro entre vulnerabilidad y pobreza, ya que los ingresos provenientes del trabajo representan la fuente más directa e importante para la sobrevivencia de los hogares que sufren estos fenómenos (...) Por otro lado, la “rotación” de la pobreza está muy determinada por la inestabilidad del empleo que caracteriza el patrón de desarrollo vigente (2000, pág. 51).

La precariedad laboral no solo genera consecuencias nocivas en el ámbito laboral, como la pérdida de derechos laborales, condiciones de trabajo inadecuadas y un aumento en la desigualdad ya existente de poder entre empleadores y trabajadores, sino que también tiene un

impacto en el desarrollo social al exponer al principal recurso de los hogares para asegurar su bienestar -el empleo- a una inestabilidad y falta de seguridad estructural.

En conclusión, podemos decir que todos estos derechos buscan proteger al trabajador, mismo que se encuentra constantemente en esta situación de desbalance de poder; estos Principios buscan garantizar que los trabajadores tengan empleos estables, condiciones de trabajo adecuadas, derechos laborales fundamentales y protección social, promoviendo así una mayor equidad y justicia en el ámbito laboral.

2 CAPÍTULO II. Contrato de prestación de servicios en el Derecho Privado.

2.1 Concepto y características:

Una vez se ha analizado todo lo pertinente al Contrato Individual de Trabajo y las relaciones laborales, es menester nuestro ahondar en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, su naturaleza, características y concepto. Así pues, iniciamos con la definición que nos provee la abogada María Graciela Brantt (2016), en su obra titulada “El derecho supletorio del contrato de servicios en el código civil chileno”, quien establece que:

El contrato de prestación de servicios profesionales es un acuerdo legal entre dos partes en el cual se establecen los términos y condiciones para que se lleve a cabo la prestación de un servicio determinado. A diferencia del contrato laboral, en el que se establece una relación subordinada entre el empleador y el empleado, el contrato de prestación de servicios profesionales establece una relación entre un prestador de servicios y un cliente.

De esta forma, podemos decir que, en este tipo de contratos, el profesional prestador del servicio se compromete a realizar una actividad o trabajo específico para el cliente, a cambio del pago de los honorarios que hayan sido acordados; el cliente, por su parte, se compromete a proporcionar los recursos y materiales necesarios para el trabajo, y a pagar la cantidad dineraria establecida en el contrato.

Dichos contratos generalmente incluyen una descripción detallada de los servicios que se van a prestar, las condiciones y plazos para la entrega del trabajo, el precio y forma de pago, causales por las cuales se puede dar por terminado el contrato y las obligaciones y responsabilidades de ambas partes. Además, pueden incluir cláusulas de confidencialidad, propiedad intelectual y resolución de conflictos.

Es importante tener en cuenta que este tipo de contrato no establece una relación de dependencia entre las partes, sino una relación de servicios profesionales. Por lo tanto, el

prestador de servicios no es un empleado del cliente, sino un contratista independiente que presta sus servicios de forma autónoma, es en virtud de esto que este contrato está regulado por la legislación civil, no por la laboral.

2.2 Legislación ecuatoriana:

Cabe indicar, que el contrato de prestación de servicios en nuestro derecho es en rigor atípico, en virtud de esto, adolece de una reglamentación encaminada específicamente a establecer su régimen supletorio, a falta de dicha regulación, observaremos lo establecido en el código de comercio y código civil.

Es así que, el Código de Comercio (2019) sobre el contrato de prestación de servicios, establece lo siguiente:

Art. 673. – La prestación de servicios mercantiles es un contrato por el cual un empresario o comerciante se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el solicitante, organizando para ello los medios adecuados.

Art. 674.- Los contratos de prestación de servicios a los que se refiere este título son aquellos en que la naturaleza de la obligación es de resultados.

En los servicios profesionales, en los que la naturaleza de la obligación es de medios, se estará a las disposiciones del Código Civil en el contrato de arrendamiento de servicios.

Así pues, el Código Civil (2005) en el artículo 1856, sobre el contrato de arrendamiento manda que:

Art. 1856.- Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales.

De las tres clases de arrendamiento que se desprenden de la referida norma, como

adelantáramos, interesa el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. El código ya mencionado, sobre el arrendamiento de servicios inmateriales, menciona que “Las obras inmateriales, o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, se sujetan a las disposiciones especiales de los Arts. 1931, 1932, 1933 y 1936.” (Código Civil, 2005, artículo 1941)

A manera de resumen, en razón de lo mencionado en los artículos 1856 y 1941 podemos establecer que, al hablar del arrendamiento de servicios inmateriales estaríamos frente a un contrato, en el cual ambas partes se obligan recíprocamente, una de ellas se compromete a realizar una obra inmaterial o en la cual la habilidad intelectual prevalece sobre el trabajo manual, como una creación literaria, mientras que la otra parte se compromete a cancelar un precio establecido por dicho servicio. Aunque la normativa ecuatoriana no nos provee una regulación exhaustiva sobre este contrato es importante tener en cuenta las disposiciones mencionadas ya que nos ayudan a tener claras sus características.

2.3 Doctrina

En la regulación particular de los contratos, la noción de servicios fue recogida según el abogado Gonzalo Severín, en el contrato de arrendamiento, así pues, se señalan tres tipos contractuales:

- La confección de una obra material,
- El de arrendamiento de servicios inmateriales, y
- El de arrendamiento de transporte, con escasas normas y con remisiones recíprocas que deben considerarse para definir las disposiciones concretamente aplicables en cada caso.

En este caso, como ya hemos visto anteriormente, es de nuestro interés el Contrato de Arrendamiento de Servicios Inmateriales, estudiosos del derecho han hecho mencionado que a su vez el Código civil subdivide este contrato en tres clases:

- Aquel en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano;

- Aquel que consiste en una larga serie de actos, y
- Servicios prestados por profesionales (Meza, 2010, pág. 127 – 128).

Además, la autora Alma Rodríguez hace énfasis en que la prestación de servicios profesionales, objeto del contrato de arrendamiento, debe hacerse de forma independiente, ya que de lo contrario quedaría subsumida en la regulación del contrato de trabajo, regido por la legislación laboral (2021, pág. 682).

Si bien no hay un concepto claro sobre este contrato en nuestra legislación, la doctrina lo define como un acto jurídico bilateral, en virtud del cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado en favor de otra, la que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios. Cabanellas (1997), en cambio, en su Diccionario enciclopédico de Derecho Usual establece que “por prestación de servicios se debe entender a toda actividad desarrollada a favor de otra persona o subordinadamente a ella, exista remuneración o no.” (pág. 389).

2.4 Diferencias y similitudes entre el Contrato de Prestación de Servicios y el Contrato Individual de Trabajo:

Para analizar correctamente las diferencias y similitudes entre estos contratos nos corresponde analizar lo establecido por el Código de Trabajo (2005) respecto al contrato individual de trabajo, mismo que en su artículo 8 indica que:

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

Así pues, nos encontramos con tres requisitos necesarios para que se configure una relación laboral, estos son: 1) prestación de servicios lícitos y personales, 2) subordinación y dependencia, y 3) remuneración. Este penúltimo elemento ha sido señalado tanto por la doctrina

como por la jurisprudencia como un elemento diferenciador y fundamental a la hora de reconocer si nos encontramos o no ante una relación de naturaleza laboral.

Según Cabanellas (1997), se entiende por contrato de trabajo:

Aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados (...), y por el cual una de las partes (el patrono, empresario o empleador) da remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de la otra persona, denominada al trabajador (p. 351).

Además, el autor menciona que para que esta relación laboral exista, es necesario que confluyan una serie de requisitos, tales como: a) que los servicios sean privados; b) que posean índole económica; c) que exista una remuneración, sin determinar su naturaleza; d) que la retribución corresponda al hecho de utilizar la actividad ajena o al de disfrutarla; e) que dicha actividad sea de carácter profesional; f) que exista dependencia entre quien presta la actividad y quien la disfruta o utiliza.

El contrato de prestación de servicios y el contrato individual de trabajo son dos tipos de acuerdos legales que establecen una relación entre un empleador o contratista y un trabajador o prestador de un servicio, sin embargo, existen algunas diferencias significativas entre ambos contratos.

2.4.1 Diferencias:

Entre estas podemos encontrar:

- **Naturaleza de la relación:** El contrato individual de trabajo establece una relación laboral misma que obedecerá a las normas establecidas en el Código del Trabajo (2005) mientras que, en el contrato de prestación de servicios, la relación es de carácter civil, es decir, obedecerá a lo establecido en el Código Civil (2005) el trabajador es un contratista independiente que presta servicios a un empleador o una empresa -y no necesariamente forma parte de la misma-.
- **Subordinación y dependencia:** En el contrato individual de trabajo, el trabajador está

sujeto a las órdenes y directrices del empleador para llevar a cabo la tarea encomendada, mientras que en el de prestación de servicios profesionales, el profesional tiene mayor libertad a la hora de decidir cómo realizará el trabajo para el cual fue contratado.

- Acceso a derechos y beneficios sociales: En el contrato individual de trabajo, el empleado tendrá derecho a recibir el pago de las prestaciones sociales por parte del empleador, tales como: seguridad social, vacaciones, décimos, y demás beneficios señalados por la ley, mientras que, en el contrato de prestación de servicios, el contratista no tiene derecho a estas prestaciones sociales, si no que deberá afiliarse él mismo como un trabajador independiente.
- Duración del contrato: Generalmente el contrato individual de trabajo se suscribe por tiempo indefinido, mientras que en el contrato de prestación de servicios se estipula la ejecución de una obra o labor específica.
- Elemento de ajenidad: Se contrata a una persona bajo el contrato individual de trabajo para que realice actividades propias de la empresa, si son actividades ajenas se tendrá que contratar bajo la figura de prestación de servicios profesionales.

2.4.2 Similitudes:

- Tanto en el Contrato Individual de Trabajo, como en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales se establece una relación entre un empleador y un trabajador o profesional contratado.
- Tanto en el Contrato Individual de Trabajo, como en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales se establecen las condiciones básicas en razón de las cuales se desempeñará la actividad o trabajo, tales como: funciones a realizar, remuneración u honorarios, entre otros.
- Tanto el Contrato Individual de Trabajo, como el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales pueden ser rescindidos en caso del incumplimiento de las obligaciones establecidas en estos.

Con el objetivo de dejar en claro de una manera más gráfica y resumida las diferencias y similitudes desarrolladas en líneas anteriores podemos observar la siguiente tabla:

Tabla 1

Diferencias y similitudes entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios profesionales

Diferencias	Similitudes
Naturaleza de la relación	Existe una relación entre un empleador y un trabajador o profesional contratado
Subordinación y dependencia	Se establecen las condiciones básicas en razón de las cuales se desempeñará la actividad o trabajo
Acceso a derechos y beneficios sociales	
Duración del contrato	Podrán rescindirse dichos contratos frente al incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos.
Elemento de Ajenidad	

Fuente: Elaboración propia.

2.5 Fraude a la ley

2.5.1 Introducción:

Este vocablo proviene del latín “fraus”, la palabra fraude hace referencia a una acción que resulta opuesta a la rectitud. El fraude tiene lugar cuando una persona o entidad, ya sea una persona natural o jurídica, lleva a cabo acciones engañosas que perjudican a otra parte. Es sabido que el concepto de Fraude, es propio del Derecho Penal. Según la Real Academia de la Lengua

Española (2021), Fraude significa “Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete.” Mientras que el Fraude Laboral, en palabras de José Luis Bejarano Frías, es:

La simulación de una relación jurídica civil o comercial para ocultar una relación laboral; no es otra cosa que la intención o efecto de disfrazar una relación jurídica laboral a través de la utilización de contratos civiles o comerciales usualmente con la intención de reducir costos mediante el no pago de los beneficios laborales y sociales que le corresponden al trabajador prestador del servicio (2011, pág. 240-258).

La idea de fraude se vincula con la de estafa, un delito que afecta el patrimonio o la propiedad. Mismo que implica un engaño dirigido a conseguir un beneficio material, haciendo que la persona o entidad que realiza el pago crea que recibirá algo que, en realidad, no existe.

2.5.2 Fraude a la ley:

La autora María Elena Mansilla y Mejía (2011) indica que el fraude a la ley consiste en:

Eludir la aplicación de una norma desfavorable y buscar y obtener que sea otra disposición favorable la que se aplique. En otras palabras, el fraude a la ley consiste en una conducta voluntaria que tiene como objetivo obtener un fin ilícito a través de un medio lícito (pág. 107).

Así, podemos decir que cuando hablamos de fraude a la ley nos referimos a una vulneración manifiesta del espíritu de una norma, pero no de su texto, de tal manera que no puede condenarse directamente dicha conducta.

Dentro del ámbito laboral, se le conoce como Fraude Laboral, Fraude a la Ley o Relaciones Laborales Encubiertas. La doctrina laboralista ha definido al fraude como “El incumplimiento de una norma o principio laboral imperativo, mediante una conducta externa formalmente acorde a otra norma legal que oculta o disimula la elusión de aquella.” (Lizama Portal y otros, 2007, pág. 118)

De esta manera, Hernández (2005), establece que:

Diversas han sido las formas utilizadas por algunos patronos para enmascarar sus relaciones de trabajo bajo otras apariencias jurídicas a fin de sustraerlas de la aplicación de la normativa laboral. Una de las formas más generalizadas de fraude es la de dar al contrato de trabajo la apariencia de una compraventa mercantil. El trabajador no es calificado como tal, sino como un “comerciante” que “compra” mercancía a una empresa y luego “la vende” en las condiciones determinadas por ésta, obteniendo una “ganancia” o “comisión mercantil” (pág. 28-48).

El doctrinario García Murcia señala que “en la mayor parte de los supuestos de fraude sobre todo en el ámbito laboral evidencia una voluntad maliciosa que se ampara en el subterfugio o en el medio o aparato engañoso utilizado, generando una consecuencia antijurídica” (2011, pág. 130).

En el ámbito laboral, existen varias clases de fraude, entre estas podemos encontrar prácticas como: la doble facturación, impuestos no declarados, patronos que cancelan salarios incompletos, inexistencia de aportaciones por concepto de seguridad social, entre otras. De esta manera, cuando un empleador suscribe un contrato con un trabajador y en el mismo no se reconocen las debidas normas que señala el Contrato Individual de Trabajo, sin duda dicho patrono está cometiendo un fraude laboral, o estaríamos frente a lo que también se conoce como relaciones laborales encubiertas o fraudulentas. Este fraude generalmente tiene como objetivo disminuir el valor que conlleva la contratación de trabajadores provocando como efectos colaterales a esta práctica el desconocimiento de los derechos y beneficios sociales de los cuales deberían gozar los trabajadores.

La carencia de un régimen de sanciones administrativas en el Código del Trabajo, y el fraude laboral, para la simulación laboral, da como resultado la vulneración de los derechos elementales de los trabajadores. La práctica de figuras como la simulación laboral tiene como objeto otorgarle al trabajador una condición que no es propia, es decir, la de un profesional prestador de un servicio. Sin embargo, como Antonio Romero (2006) establece “El trabajador no tiene capital, solo dispone de su cerebro y sus brazos; por lo tanto, no puede atribuírsele otro rostro y personalidad que no sea la de un asalariado dependiente o subordinado.

2.5.3 Simulación:

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2015) definió la simulación en sentencia de vieja data, cuya filosofía aún se mantiene vigente, así: “(...) La simulación consiste en celebrar un acto o contrato, pero al mismo tiempo celebrar con la misma persona un acto secreto que adicione, modifique, altere o descarte los efectos del acto público o aparente (...)”.

Para el autor Javier Bosquéz (2017), “tanto la simulación como el fraude constituyen engaños. La simulación se configura por una apariencia de realidad, que oculta la verdadera situación. El fraude se caracteriza por maniobras más o menos cautas para eludir obligaciones o perjudicar a otros.” (pág. 20).

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 327 establece de manera tácita que se prohíbe toma forma de incumplimiento de obligaciones, fraude, simulación y el enriquecimiento injusto serán penalizados y sancionados conforme lo establezca la ley.

Para el doctrinario Gustavo Gustavo Labatut “Simular es suponer una relación jurídica inexistente, más concretamente la simulación constituye un caso en que existe contradicción entre lo querido y lo declarado.” Continúa indicando que “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” (2006, pág. 223).

La simulación de un contrato civil que en realidad en razón de su naturaleza es laboral al exigir a los trabajadores la presentación de facturas está prohibido mediante el Reglamento al Mandato Constituyente No. 8, en su artículo 16, inciso dos, se establece que:

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. (Reglamento a la Supresión de Tercerización e Intermediación Laboral, 2008, artículo 16).

Conocemos bien que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, es así que resulta inaceptable que estos sean violentados debido a malas prácticas como el fraude o la simulación. Como consecuencia esto impone una gran responsabilidad hacia el juzgador, mismo que deberá analizar, distinguir y resolver -tal como se indica en el anterior párrafo- sobre si existen los elementos que la normativa establece para declarar la existencia de una relación de naturaleza laboral o no.

2.6 Protección social de los trabajadores con relación laboral encubierta, acciones administrativas y judiciales.

Teniendo claro lo estudiado en los acápites anteriores, ahora nos corresponde analizar cuáles son las herramientas de protección social que tienen los trabajadores que se encuentran en una relación laboral encubierta, en el presente trabajo ahondaremos en: el derecho a la seguridad social, la protección contra el despido intempestivo y el acceso a la justicia laboral, sobre esta última mencionaremos dos opciones que tienen los trabajadores: 1) La vía judicial -procedimiento sumario- y 2) La vía administrativa -inspecciones judiciales-, sobre las cuales más adelante desarrollaremos a profundidad. Con esto en mente, empezaremos comentando dichos mecanismos sin perder de vista algunos problemas a los cuales se enfrentan los empleados en la práctica al hacer uso de los mismos.

Corresponde iniciar comentando que según un estudio realizado por la Revista Internacional del Trabajo más de la mitad de los asalariados de América Latina se encuentra en situación de «informalidad». Así pues, las autoridades laborales preocupadas por esta realidad decidieron establecer mecanismos con el objetivo que los trabajadores autónomos que se encuentren en una relación laboral encubierta pueden hacer uso de ellos.

Si bien es cierto, que los trabajadores autónomos que se enfrentan a la simulación de una relación laboral no tienen las mismas protecciones sociales que los trabajadores que cuentan con

un contrato laboral formal, existen algunas medidas de protección social que pueden aplicarse a los trabajadores independientes en esta situación, tales como:

- **Derecho a la seguridad social:** Los trabajadores autónomos tienen derecho a afiliarse al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) de manera voluntaria.
- **Protección contra el despido intempestivo:** Aunque los trabajadores autónomos no tienen derecho a la protección contra el despido injustificado, en caso de que se demuestre que existió una relación laboral encubierta, pueden tener derecho a una indemnización por despido intempestivo.
- **Acceso a la justicia laboral:** Los trabajadores autónomos que se encuentran en una relación laboral encubierta tienen derecho a presentar denuncias, reclamos y demandas ante las autoridades competentes en caso de que sus derechos laborales sean vulnerados.

Sobre cada uno de los mecanismos mencionados en líneas anteriores se explicará de manera más detallada en los siguientes apartados.

2.6.1 Derecho a la seguridad social:

La Constitución de la República del Ecuador (2008) cataloga como un deber primordial del Estado ecuatoriano garantizar el derecho a la seguridad social, en su artículo 34 se menciona que este derecho es irrenunciable y estará regido por principios como el de: solidaridad, equidad, eficiencia, entre otros, para la atención de necesidades tanto colectivas como individuales. Además, indica que el mismo está dirigido también a personas que realizan trabajo “no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo”.

Sin bien esto establece la Constitución, la realidad es otra, en donde el sistema de pensiones presenta una baja cobertura de afiliaciones, según datos proporcionados por la INEC, mediante la Encuesta de Condiciones de Vida realizada entre los años 2005 y 2006, solo el 21.4% de la población había contratado algún tipo de seguro -menos de un tercio-, lo que quiere decir que la gran mayoría de los ecuatorianos, exactamente el 78.6% de ellos, no contaban con

seguro alguno.

Esto representa un problema que se relaciona directamente con nuestro tema de estudio, ya que como menciona la autora Jimena Sasso, en su artículo La seguridad social en el Ecuador, historia y cifras:

La ausencia de afiliados al seguro social público en el país refleja otro problema: la evasión de contribuciones al IESS relacionada a una costumbre que los empleadores mantienen -fortalecida con las reformas laborales de 1998 a 2002 que permitieron la flexibilización laboral- en la que buscan la manera de evadir las contribuciones ya sea mediante la declaración de salarios menores a los reales, o a través del no registro de sus trabajadores en el seguro (2011, pág. 21).

A esto deberíamos sumarle la gran cantidad de trabajadores que se encuentran laborando bajo formas de empleo precarias, con falta de acceso a la seguridad social, inestabilidad laboral, bajo contratos civiles cuando en realidad dichas relaciones corresponden a un contrato de naturaleza laboral, entre otros.

Como podemos ver estas malas prácticas ejercidas por los empleadores colocan a los trabajadores en situación de desprotección, es en razón de esto que respecto a la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se ha establecido como una especie de solución, la posibilidad a los trabajadores autónomos de que ellos mismos puedan afiliarse a dicho instituto, de manera que, el trabajador “independiente” puede acceder al mismo y obtener los beneficios que en él se ofertan. Esta afiliación les permite acceder a servicios de salud, pensiones, entre otros beneficios. Si bien constituye una solución ante este evidente problema, habría que cuestionar su eficiencia ya que en algunos casos el costo de la afiliación puede ser elevado y de cualquier forma los trabajadores estarían dejando de percibir derechos que igualmente les corresponden, tales como: vacaciones, décimos, indemnizaciones, utilidades, entre otros.

2.6.2 Protección contra el despido intempestivo:

Para llevar a cabo este mecanismo, en primer lugar, el trabajador, que es sobre quien recae la carga de la prueba, deberá probar la existencia de dicha relación laboral. Con esta finalidad

se tendrán que observar los requisitos que establece el artículo 8 del Código de Trabajo (2005) en el cual se indica que son tres los elementos indispensables para determinar o no la existencia de una relación laboral, estos son: 1) Prestación de servicios lícitos y personales, 2) Subordinación y dependencia, y 3) Remuneración. Haciendo énfasis en el penúltimo elemento -subordinación y dependencia- que ha sido señalado como un elemento diferenciador para reconocer si nos encontramos o no ante una relación de naturaleza laboral.

En un inicio podría parecer sencillo probar dichos elementos mencionados, empero al ser el empleador quien dispone mayoritariamente de pruebas que reflejen la existencia de dichos requisitos se vuelve más compleja la etapa probatoria para el trabajador. Además, la carga de la prueba recae sobre este, así que será él quien deberá convencer al juzgador de que existía de por medio una relación laboral, solamente cuando esto suceda, la carga de la prueba pasará al empleador. Esta controversia se llevará observando las reglas correspondientes al procedimiento sumario, sobre el cual ahondaremos más en el siguiente apartado.

2.6.3 Acceso a la justicia laboral:

Dentro de esta opción encontramos podríamos hablar sobre las diversas alternativas que existen, sin embargo, nos limitaremos a analizar dos ellas que consideramos pertinentes para los fines del presente trabajo de investigación. La primera, aquella en la cual el trabajador podría presentar una demanda para enfrentarse al empleador mediante un Procedimiento Sumario; mientras que la segunda, será aquella en la cual el trabajador podrá presentar una Denuncia ante el Ministerio de Trabajo.

2.6.3.1 Vía Judicial – Procedimiento Sumario:

Este es un procedimiento abreviado que se aplica al enjuiciamiento de hechos en los que se exige celeridad. El Código del Trabajo (2005) en su artículo 575 menciona que las controversias individuales de trabajo se resolverán conforme las reglas del Procedimiento Sumario, mismas que se han establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

Código Orgánico General de Procesos (2015):

El procedimiento sumario es una forma de tramitación rápida y simplificada. A continuación, haremos una breve enumeración sobre los pasos que el trabajador deberá seguir dentro de este procedimiento:

- **Presentación de la demanda:** Los procesos laborales inician con la presentación de la demanda, esta se realizará por escrito y será presentada ante un Juez de la Unidad Laboral, en ella se observarán los requisitos correspondientes al contenido de la demanda, mismos que se han establecidos en el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos.
- **Calificación de la demanda:** una vez la demanda es presentada, el Juez competente tendrá un término de cinco días en los cuales deberá analizar si esta cumple con los requisitos señalados en el artículo 142 del COGEP, en caso de que así sea se calificará, en caso contrario el Juez dispondrá que el demandante aclare o complete en un término de tres días dicha demanda.
- **Citación:** Una vez se ha verificado y calificado la demanda, se procederá con la citación al demandado, misma que puede ser:
 - De forma personal
 - Mediante boletas y boletas electrónicas
 - A través de medios de comunicación -radiodifusión y prensa-.
- **Contestación de la demanda:** En esta etapa, el demandado tendrá un término de 15 días para presentar su contestación a la demanda, esta deberá observar los requisitos establecidos en el artículo 151 del COGEP (2015) en la cual puede admitir o negar los hechos alegados por el demandante.
- **Audiencia Única:** toda vez que el demandado ya hubiese contestado la demanda, el Juez fijará fecha, dentro de un término de 30 días, para que se lleve a cabo la audiencia de juzgamiento. Esta audiencia será desarrollada en dos fases:

- La primera, en donde se procederá a sanear el proceso, fijar los puntos de debate y la conciliación de las partes, aquí se resolverán las excepciones previas, los temas a tratar en la audiencia y, en caso de ser posible, se intentará que las partes lleguen a un acuerdo.
- La segunda, en donde se practicarán las pruebas y alegatos, las partes presentarán su teoría del caso. Iniciará con el alegato de apertura, seguida de los alegatos iniciales, el anunciamiento de las pruebas y el orden en el que serán prácticas, seguido del derecho de contradicción en donde ambas partes podrán objetar las pruebas presentadas por la contraparte, corresponderá al juez admitir o no las mismas, observando lo mencionado en el artículo 160 del COGEP (2015). Una vez ha finalizado la práctica de las pruebas, las partes presentarán su alegato final en donde indicarán como se ha probado la teoría del caso que previamente habían establecido y su pedido de fallo a favor, seguido del derecho a réplica.
- Sentencia: finalizada la intervención de las partes, según lo señala el artículo 93 del COGEP (2015) el Juez deberá dictar sentencia de forma oral dentro de la misma audiencia, en caso de que la complejidad del caso lo amerite, la audiencia podrá ser suspendida por un término de hasta diez días. La sentencia del Juzgador se deberá pronunciar de forma clara sobre el fondo del asunto, determinación de la cosa, cantidad o hecho que se ratifica o niega, -en caso de que proceda- el pago de indemnizaciones, intereses y costas procesales.

Una vez el Juez ha dictado la resolución, si ha si lo desean, las partes podrán apelar dicha sentencia, en caso de no hacerlo, la sentencia se ejecutará y no podrán hacerlo por escrito. El Juez tendrá el término de diez días para emitir su resolución de manera escrita y motivada.

2.6.3.2 Vía Administrativa. – Denuncia ante los Inspectores de Trabajo:

Esta vía administrativa ha sido creada por el Estado como una especie de política pública, con la finalidad de, con la ayuda del Ministerio del Trabajo, ayudar a fortalecer la lucha contra la informalidad, simulación, tercerización y precarización respecto a la contratación laboral. Sin embargo, es necesario aclarar que esta vía no es la idónea para declarar un derecho o declarar la

existencia de la relación laboral, ya que en ese caso sería competente el Juez de lo Laboral. En esta vía lo que se busca es verificar si los empleadores están cumpliendo con la normativa correspondiente, y en caso de que no sea así imponer una sanción.

El 26 de agosto de 1975, Ecuador ratificó el Convenio No. 81 de la OIT, mismo en el que se establecen los lineamientos básicos sobre la inspección del trabajo; en él se mencionan una serie de principios que abarca la inspección del trabajo, las funciones y la organización del sistema de inspección, los criterios de contratación, el estatus y las condiciones de servicio de los inspectores del trabajo y sus competencias y obligaciones.

A pesar de la existencia del Convenio mencionado en líneas anteriores, el Estado ecuatoriano consideró necesario realizar acciones de verificación sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales, es en razón de esto que, en el año 2016, se emitió el Acuerdo Ministerial 2016-0303, reformado por el Acuerdo Ministerial 2017-0110, en este acuerdo se regulan y establecen los procedimientos a aplicar en las Inspecciones Integrales, mismas que serán realizadas por los Inspectores de Trabajo, además tiene como finalidad analizar el acatamiento de la normativa laboral por parte de los empleadores y en caso de incumplimiento, sancionarlos conforme a la ley cuando se verifique que se han vulnerado los derechos de los trabajadores.

La Inspección Integral consiste en aquella vigilancia o supervisión realizada por parte de los Inspectores de Trabajo con el objetivo de verificar el cumplimiento de las normas laborales, mismas que estarán relacionadas con la protección de los empleados y las condiciones de trabajo a las cuales se enfrentan. Existen dos mecanismos para llevar a cabo estas verificaciones:

- **Procesos de inspección integral de campo.**
- **Proceso de inspección focalizada de campo.**
- **Procesos de verificación electrónica.**

2.6.3.2.1 Proceso de Inspección Integral de Campo:

En este proceso se verificará el cumplimiento sobre las normas laborales por parte del patrono, esta inspección reside en la visita física a los establecimientos del empleador, en caso

de que los sistemas informáticos hayan emitido una alerta de incumplimiento alto o muy alto.

En este caso, es necesario que previa la Inspección se notifique al empleador sobre los incumplimientos en los cuales ha recaído y se deberán esperar al menos 15 días término desde que se realizó la notificación para llevar la misma a cabo.

2.6.3.2.1.1 Procedimientos y pasos a seguir dentro de la Inspección Integral de Campo:

- El inspector del trabajo revisará y planificará las inspecciones asignadas, según los incumplimientos establecidos por los sistemas informáticos del Ministerio del Trabajo.
- Se realizará la notificación electrónica al empleador, con la finalidad de que la inspección se lleve a cabo pasado el término de 15 días posteriores a la notificación enviada.
- En el lugar de la Inspección Integral de Campo, se notificará al empleador haciéndole saber los incumplimientos que han sido identificados, con la finalidad de que, en el término de cinco días, este los justifique, corrija o subsane.
- En caso de que el empleador hubiese justificado el incumplimiento o desvirtuado los hechos, se procederá al archivo del proceso.
- En caso contrario, si pasado el término de cinco días desde la notificación, no se han corregido o subsanado los incumplimientos, se notificará con providencia que debe contener fecha para la audiencia (dicha diligencia deberá celebrarse dentro de los 5 días término posteriores a la notificación), a fin de que se justifiquen sus incumplimientos.
- El empleador tiene la posibilidad de solicitar ampliación del término señalado para la realización de la audiencia, la misma que se podrá conceder por una sola vez por el término de tres días.
- En caso de que el empleador no comparezca a la audiencia, se sienta razón y en el término de 5 días el Inspector elaborará el informe con los detalles correspondientes, a fin de poner en conocimiento del Director(a) de Trabajo.

- En caso de que se lleve a cabo la audiencia el inspector revisará la información presentada y elaborará un informe en el término de cinco días el cual pondrá en conocimiento del Director Regional de Trabajo.
- Dentro del término de quince días el Director Regional de Trabajo emitirá la resolución administrativa de sanción o archivo del proceso.

2.6.3.2.1.2 Procesos de Inspección Focalizada de Campo:

Esta inspección procederá solamente cuando existe una denuncia o petición de por medio por parte de un trabajador o trabajadores activos, esta denuncia deberá realizarse mediante los canales oficiales del Ministerio del Trabajo. En esta inspección el Inspector tendrá que hacer una constatación sobre los puntos específicos señalados en la denuncia o petición.

2.6.3.2.1.3 Procedimientos y pasos a seguir Procedimiento y pasos a seguir dentro de la Inspección focalizado de campo:

- El trabajador deberá presentar su denuncia o petición a través del Sistema Nacional de Control de Inspectores SINACOI, y correo electrónico www.denuncias@trabajo.gob.ec.
- El Inspector tendrá que analizar y validar la información que se ha indicado en la denuncia, determinando los incumplimientos mediante los sistemas informáticos del Ministerio rector del Trabajo, para verificar o no el incumplimiento de los derechos laborales.
- Sin perjuicio de la validación virtual, el Inspector de trabajo acudirá a la inspección de campo de la persona natural o jurídica para verificar los motivos de la petición o denuncia, dentro del término de 5 días.
- El Inspector notificará a la persona natural o jurídica el incumplimiento, y procederá a convocar a audiencia en un término de cinco a 10 días según el tipo de incumplimiento, para que demuestre o justifique los incumplimientos notificados.
- En caso de que el incumplimiento sea subsanado dentro del término concedido, se

procederá a archivar el proceso.

- El empleador podrá solicitar una prórroga de hasta máximo 5 días término, durante la audiencia a fin de justificar el incumplimiento.
- En caso de que el empleador no comparezca a la audiencia o no justifique su cumplimiento, se sienta razón y en el término de 5 días, el inspector elaborará el informe con los detalles correspondientes, a fin de poner en conocimiento del Director/a) de Trabajo.
- El Director Regional del Trabajo, tiene el término de 10 días para emitir la resolución administrativa de sanción o archivo del proceso.

2.6.3.2.2 Procesos de verificación electrónica:

En esta inspección el Inspector realizará dicha verificación de la normativa laboral mediante medios electrónicos, solamente cuando el sistema haya emitido una alerta de incumplimiento medio o bajo.

En este caso, se emitirá una providencia, en donde se le concederán al empleador 15 días término para que solucione dichos incumplimientos laborales, en caso de que así lo haga, el Inspector podrá archivar la causa, caso contrario se le impondrá una sanción.

2.6.3.2.2.1 Procedimientos y pasos a seguir dentro del proceso de verificación electrónica:

- El inspector deberá realizar la revisión electrónica de aquellas empresas con nivel de riesgo bajo o medio de incumplimiento.
- Una vez que el sistema identifica un tipo de incumplimiento, se procede a notificar a la empresa con una providencia, para que en el término de 15 días justifique, enmiende o corrija los incumplimientos.
- En caso de justificarse lo solicitado, se procede con el archivo del proceso.
- Si no se presentan los documentos, el empleador será objeto de sanción.
- En caso de que el empleador no justifique su cumplimiento, se sienta razón y en el término de 10 días más, el Inspector elaborará el informe con los detalles correspondientes, a fin de poner en conocimiento del Director(a) de Trabajo.
- El Director Regional del Trabajo, tiene el término de 15 días para emitir la resolución administrativa de sanción o archivo del proceso.

Como bien podemos ver, mediante esta vía no se podrán declarar derechos o la existencia de una relación laboral, sino que la autoridad competente, en este caso el Director Regional del Trabajo, guiado por el informe del caso concreto que hubiese elaborado el Inspector de Trabajo, fijará una sanción al empleador a causa de haber incumplido la normativa laboral.

Respecto a la Inspecciones, podemos ver que existen términos y notificaciones que los Inspectores deberán realizar al empleador a efecto de poder llevarlas a cabo, así pues, parecería que se le otorga a empleador la oportunidad y el tiempo para poder justificar u ocultar de mejor manera su indebida actuación.

Podemos concluir que, si bien existen herramientas, estas son ineficaces y traen como consecuencia que los trabajadores se vean enfrentados a la inseguridad jurídica. Estas lagunas legales y la falta de una regulación adecuada de la problemática otorgan a los empleadores las

herramientas idóneas para llevar a cabo estas malas práctica con tanta facilidad, y cada vez con mayor frecuencia. Es por esta razón que consideramos necesario analizar y adecuar aquellas normas permisivas a un plano en el cual no se pueda seguir cometiendo el encubrimiento o simulación y traspasar este tema de la esfera del derecho civil al derecho laboral para poder brindar una mayor protección al trabajador.

3 Capítulo III. El contrato de prestación de servicios profesionales y su indebida aplicación frente a la simulación laboral.

La indebida aplicación del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, regulado por el Derecho Privado y la autonomía de la voluntad, han derivado en un problema frecuente en nuestro país, estamos hablando de la simulación o, también conocido, fraude laboral, siendo el contrato ya mencionado uno de los principales mecanismos utilizados por los empleadores con el fin de eludir sus responsabilidades para con los trabajadores y encubrir relaciones laborales, simulando escenarios en los cuales no existe una relación de dependencia entre el trabajador y el empleador, constituyéndose así como un acto jurídico que vulnera los derechos de los trabajadores en la realidad material.

Este problema jurídico encuentra su punto de tensión en lo expresado por Moreira (2019) quien alega que el Código del Trabajo ecuatoriano presenta vacíos jurídicos que permiten que el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales se constituya como causal de simulación o fraude laboral hacia los trabajadores, ya que no se evidencia que exista una aplicación debida del principio de realidad en la legislación ecuatoriana.

Considerando lo establecido, el problema legal radica en que la simulación laboral es de fácil implementación en los puestos de trabajo existentes en la sociedad, pues la falta de una regulación específica que combata dicha simulación, produce en la realidad, la existencia de trabajos informales que afectan los derechos y beneficios laborales de los trabajadores que, por la urgencia de encontrar un empleo, deciden incorporarse a plazas de trabajo bajo un Contrato de Prestación de Servicios, mediante el cual se eluden las obligaciones que el empleador debe cumplir. Es por este motivo que resulta de interés investigar acerca de las potenciales causas, razones y formas en las que se presenta este fenómeno jurídico.

3.1 Tipo de Investigación:

Este proyecto de investigación busca profundizar el conocimiento existente acerca de la indebida aplicación del Contrato de Prestación de Servicios y los derechos de los trabajadores

que principalmente se ven vulnerados bajo esta práctica indebida, en virtud de lo cual surge la necesidad de analizar con mayor detalle la opinión de los principales agentes y profesionales involucrados y conocedores de la problemática, quienes son los encargados de resolver las controversias asociadas a este fenómeno, razón por la cual se considera adecuado abordar un estudio con enfoque cualitativo el cual según Hernández (2014) pretende recolectar datos que ayuden a resolver la pregunta de investigación planteada o a su vez, descubrir nuevas incógnitas que al interpretarlas sugieran nuevos temas de investigación.

Al considerar un enfoque cualitativo, es posible que se presenten algunas restricciones correspondientes a la subjetividad de las respuestas conseguidas, por lo que se establece a continuación el alcance y las limitaciones correspondientes, además de los elementos tentativos que resulten de este proyecto de investigación.

3.2 Alcance del Estudio:

El alcance de este proyecto de análisis cualitativo se delimitó de acuerdo al problema planteado, donde la estrategia para obtener respuestas e información acorde al fenómeno de simulación laboral en el Ecuador buscará cumplir con los siguientes objetivos planteados para este estudio:

- Definir el concepto de la relación laboral, sus nociones generales y dilucidar sobre los principios constitucionales correspondientes al derecho al trabajo.
- Determinar la regulación del contrato de prestación de servicios en el derecho privado.
- Analizar el contrato de servicios profesionales, su indebida aplicación frente a la simulación laboral y los derechos vulnerados de los trabajadores.

Es decir, se busca explicar con mayor profundidad las causas de esta práctica indebida y los derechos de los trabajadores que mayormente se ven vulnerados, para ello se establece el siguiente diseño de investigación donde se explica con mayor detalle los métodos y técnicas a utilizar.

3.3 Diseño de investigación:

Con la finalidad de conseguir los objetivos establecidos, se utilizan dos fuentes de recolección de datos. En primer lugar, una metodología de investigación documental, ya que a través de documentos, citas textuales, artículos, jurisprudencia, doctrina y cuerpos legales se obtuvo información valiosa, misma que ayudó a desarrollar los conceptos establecidos en los capítulos 1 y 2; En segundo lugar, se utiliza un método documental con elementos de trabajo de campo, en donde se analiza un caso real de simulación laboral, complementando las conclusiones del caso con entrevistas a profundidad realizadas con el objetivo de evaluar las opiniones y criterios de profesionales dedicados al derecho laboral en la ciudad de Cuenca. Según Danelly Salas (2022), es en el trabajo de campo en donde se puede tener contacto directo con los sujetos de estudio, que brindan la información necesaria para llevar a cabo la investigación, ya sea que esta tenga un enfoque cualitativo, cuantitativo o mixto.

El análisis de caso aportará conocimiento más certero acerca de cómo se efectúa la simulación laboral y la vulneración que representa en los derechos de los trabajadores, ya que según el autor Alex Muchielli (2013) “El estudio de casos consiste en referir una situación real tomada en su contexto y en analizarla para ver cómo se manifiestan y evolucionan los fenómenos por los que está interesado el investigador”.

Por otra parte, la formulación de entrevistas a profundidad funcionará como una herramienta de recolección de datos complementarios al análisis de caso, ya que según Diaz-Bravo et al. (2013) “Debido a su flexibilidad permite obtener información más profunda, detallada, que incluso el entrevistado y entrevistador no tenían identificada, ya que se adapta al contexto y a las características del entrevistado” (pág. 166). Al considerar la pregunta de investigación y la información jurídica disponible se considera adecuado utilizar un modelo de entrevista semiestructurada, ya que estas tienen como objetivo comprender las realidades subjetivas de los grupos analizados para explicar las conductas los mismos.

3.4 Análisis de Caso

3.5 Uso del contrato de prestación de servicios técnicos profesionales para encubrir una relación laboral, análisis de caso.

3.5.1 Caso, Sergio José Cardona Jiménez c. ANDICOAUDI S.A.: Simulación laboral por una de carácter civil por parte de la empresa ANDICOAUDI S.A.

3.5.1.1 Resumen

La compañía ANDICOAUDI S.A. y Sergio José Cardona Jiménez suscribieron un contrato de prestación de servicios ocasionales en noviembre de 2014. En mayo de 2016, ANDICOAUDI presentó una demanda arbitral contra Cardona Jiménez, alegando un incumplimiento de obligaciones. El contratado respondió argumentando que el contrato era laboral y que el tribunal arbitral era incompetente según el artículo 568 del Código del Trabajo (2005).

En noviembre de 2016, el árbitro único aceptó la excepción de incompetencia y archivó la causa, decisión contra la cual ANDICOAUDI intentó varias acciones legales, todas negadas. En marzo de 2017, ANDICOAUDI presentó una acción extraordinaria de protección contra los autos emitidos por el árbitro.

ANDICOAUDI argumentó que el árbitro había violado el debido proceso, el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la garantía de motivación. Solicitó que la Corte declare la violación de estos derechos, acepte la acción, anule los autos impugnados y designe un nuevo árbitro. El árbitro argumentó que su competencia fue correctamente evaluada y que, dado el carácter laboral del contrato, era incompetente para fallar en el caso. Además, argumentó que la acción de nulidad y el recurso de revocatoria presentados por ANDICOAUDI eran improcedentes.

En, 2018, el señor José Cardona presentó una demanda en contra de la empresa ANDICOAUDI ante el Juez del Trabajo, el caso fue llevado hasta casación, y en cada una de las instancias, se reconoció la relación laboral alegada por el ex trabajador.

Finalmente, en el año 2021, la Corte Constitucional emite sentencia dentro del caso No. 638-17-EP, en donde concluye que los autos impugnados no cumplían con los requisitos para ser objeto de acción extraordinaria de protección y, por lo tanto, rechazó la demanda por improcedente.

3.5.1.2 Análisis del proceso arbitral:

En la ciudad de Cuenca, a los 25 días del mes de mayo del año 2016 es presentada una demanda arbitral en el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, por parte de la empresa ANDICOAUDI S.A., representada legalmente por el señor Pedro Esteban Díaz Heredia -empleador- en la cual se alegó que el señor José Cardona, de un momento a otro había dejado de cumplir con sus obligaciones establecidas en el contrato y que “nunca más apareció a prestar sus servicios” no asistiendo a un vuelo previamente agendado por el empleador, por ende la compañía ANDICOAUDI S.A. solicita se declare i) el incumplimiento del contrato por parte del profesional, Sergio Cardona; ii) la terminación del contrato; y, iii) se condene al señor Cardona al pago de daños y perjuicios por múltiples conceptos, entre los que podemos encontrar: los gastos del viaje no efectuado y los pagos del curso de entrenamiento.

El piloto, Sergio José Cardona Jiménez -empleado- contesta la demanda, sobre esto indica que la empresa ANDICOAUDI S.A. “Quiere aparentar un contrato de prestación de servicios profesionales autónomo e independiente, regulado por el Código Civil, cuando en realidad se trata de una prestación de servicios por una remuneración y que se lo hace bajo dependencia del empleador”, el accionante en este juicio, hace también alusión al Principio de la Primacía de la Realidad y la irrenunciabilidad de los derechos laborales al indicar que “La realidad de un contrato no puede destruirse por un acuerdo de voluntades y no se transforma por una declaración”, una vez establece que ha existido subordinación y dependencia en la relación, deduce como excepción la incompetencia de la autoridad arbitral para conocer sobre dicha controversia, ya que a consideración del accionado sobre quien recae la competencia es sobre el Juez o Jueza del Trabajo, tal como lo establece el artículo 568 del Código del Trabajo. En virtud de esto, solicita al Árbitro declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia e inhibirse de su conocimiento.

Además, establece una serie de incumplimientos e inconsistencias por parte del empleador -ANDICOAUDI S.A.- sobre lo establecido en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales durante la relación de trabajo, en cuanto a las remuneraciones; respecto al hecho de haberle otorgado un seguro para la asistencia médica al cual en realidad jamás tuvo acceso, sobre lo cual el accionado menciona “No puedo dejar pasar inadvertido lo siguiente: Si el contrato fuere de prestación de servicios regulado por el Código Civil, ¿cómo es que se deja regulado el servicio de salud para el contratado?”; entre otras inconsistencias que el actor demanda y niega las pretensiones de fondo de la controversia. Finalmente, el señor Cardona solicita: i) Se declare incompetente el Árbitro en razón de la materia; ii) Se declare la violación del debido proceso; iii) Se declare la improcedencia de la demanda iv) Se declare la falta de derecho de la parte actora; v) el incumplimiento del contrato.

Dentro de la Audiencia de Sustanciación, el Árbitro observando el artículo 22 de la LAM se declara incompetente para conocer esta controversia, además realiza varias reflexiones respecto de aplicar el Código Orgánico General de Procesos sobre la supletoriedad y obligatoriedad.

Respecto de la excepción de incompetencia, en concordancia con lo que establece la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76, numeral 3, y en su artículo 179, el árbitro recordó que todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado por el juez competente, observando el trámite que corresponda a cada procedimiento, y que, la mera existencia de una cláusula arbitral no vuelve per sé arbitrable a una controversia; dicha controversia debe ser previamente analizada por el tribunal que la conozca, para así este puede decidir sobre si la materia puesta a consideración para la resolución es transigible o no.

El árbitro único concluyó que, del análisis de las pruebas aportadas por ambas partes, se colige sin lugar a dudas la existencia de una relación laboral, por lo que señala que a pesar de la denominación del contrato se ha probado la existencia de la relación de naturaleza laboral por lo cual, el Árbitro señala:

Las obligaciones derivadas del contrato deben ser reclamadas en la forma pertinente a la materia y conocidas por el Juez competente que en este caso no es el presente Tribunal. (...) Por

lo dicho, este Tribunal Arbitral, acepta la excepción de falta de competencia alegada por el demandado y dispone el archivo de la presente causa dejando a salvo los derechos de los que las partes se crean asistidos para hacerlos valer ante los órganos correspondientes

Insatisfechos con la decisión del árbitro, ANDICOAUDI presentó un escrito solicitando se declare la nulidad del auto dictando en la audiencia de sustanciación, en donde el árbitro se inhibe de conocer la controversia, además solicitó se aclaren ciertos puntos, indicando que: i) El árbitro debe declararse competente por la sola existencia de la cláusula arbitral observando el artículo 22 de la LAM, además establece que el tribunal está facultado a decidir sobre su competencia no en razón de las pruebas que hayan sido aportadas, sino única y exclusiva de lo que se encuentre establecido en el texto de dicho convenio arbitral, indicando que tales pruebas solamente podrán ser valoradas una vez se el árbitro se haya declarado competente, por este motivo alegan que existió una vulneración al debido proceso; ii) El COGEP no es aplicable en este caso, ya que se trata de un proceso de arbitraje, por lo que no se deben aceptar tales excepciones previas ya que no hablamos de un proceso judicial, afirman que la decisión emitida por el Árbitro único vulnera el derecho a la defensa de la compañía.

El árbitro, señor Felipe Coello, responde a dicha providencia y señala que: i) las causales de nulidad se encuentran establecidas en la ley; ii) El COGEP es plenamente aplicable al proceso arbitral en virtud de lo establecido en el artículo 37 de la LAM en donde menciona que “La aplicación del COGEP será obligatoria en todo aquello que no se encuentra previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación, así la contestación como el tratamiento de las excepciones planteadas deben sujetarse a este cuerpo normativo”. Ratificando el árbitro una vez más su decisión.

3.5.1.3 Interposición de Acción Extraordinaria de Protección:

Al no haber tenido éxito, en su solicitud, buscando que se declare la nulidad del auto de sustanciación, en donde el árbitro único se declaró incompetente para conocer dicha controversia, la empresa ANDICOAUDI S.A., el 10 de marzo de 2017, presenta una acción extraordinaria de protección, en contra del auto ya mencionado, en donde dice ya haber agotado todos los recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, estableciendo que se ha vulnerado el derecho al debido proceso en la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las

partes, el derecho a la defensa en la garantía de la motivación y la seguridad jurídica. Establece como pretensión: i) La aceptación de la garantía jurisdiccional; ii) Se declare sin efecto la decisión tomada por el árbitro único; y iii) Designe un nuevo árbitro para que conozca y resuelva la demanda planteada por la empresa en sede arbitral.

El 27 de octubre del año 2021 la Corte Nacional resuelve rechazar la acción extraordinaria de protección por improcedente.

3.5.1.4 Interposición de demanda ante la justicia ordinaria por parte del señor Sergio Cardona

3.5.1.4.1 Primera Instancia:

El día 13 de marzo del 2019, el señor Sergio José Cardona Jiménez, interpone una demanda por pago de haberes laborales ante la Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca, con número 01371-2019-00118, en contra del Gerente General de la empresa ANDICOAUDI S.A., el señor Pedro Esteban Díaz Heredia.

El actor establece que la relación laboral se inició el 10 de noviembre del 2014, en virtud de la cual se firmó un contrato de prestación de servicios profesionales, mismo que es objeto de impugnación ya que en realidad se trata de una relación laboral en los términos establecidos por el art. 8 del Código del Trabajo, por ende reclama: i) Pago de remuneraciones no canceladas por los meses de enero, febrero, marzo y abril del 2016 más el triple de recargo; ii) El pago de trabajo suplementario; iii) El pago del trabajo extraordinario; iv) Décimo tercera remuneración; v) Décimo cuarta remuneración; vi) Vacaciones; vii) Pago por despido intempestivo; viii) Pago por falta de deshaucio; ix) Fondos de reserva; x) Pago de la indemnización establecida en el art. 6 de la Ley de Ejercicio Profesional de Tripulantes Aéreos; y, xi) Costas procesales.

Dentro de las pruebas presentadas por el señor Cardona, adjunta un mail remitido por Esteban Díaz Heredia, que consideramos una prueba fundamental de la subordinación, en donde este dice:

Sobre su petición de trasladarse a laboral en el hangar del avión, me permito recordar que el lugar de trabajo es en las oficinas corporativas de la compañía (...) En donde Ud.

Y Myr. Abad viene laborando desde el inicio de operaciones del avión corporativo.

Además, el señor Cardona adjunta el expediente del proceso arbitral, con el cual pretende demostrar que: i) el árbitro único ya se pronunció al respecto, dejando claro que se trata de una controversia de naturaleza laboral; y, ii) al haber ya conocido esta controversia un tribunal arbitral no se podrá establecer que se está violentando la cláusula del contrato de prestación de servicios profesionales que hace referencia a las controversias.

La parte demanda, contesta alegando que “NUNCA EXISTIÓ VÍNCULO LABORAL ALGUNO”, negando la existencia de la relación laboral entre las partes y plantea como excepciones previas –que fueron desechadas por la jueza en la primera fase de la audiencia única–: i) La existencia de compromiso arbitral; ii) La incompetencia de la autoridad; y iii) La inadecuación del procedimiento.

El día, 28 de julio del año 2019, la jueza de primera instancia dicta sentencia, en la cual resuelve, indicando que:

1. Sobre las excepciones previas:

En la Audiencia Única y en el momento de fundamentar cada excepción es que se denota que aquello a lo que hacía referencia en esta excepción es a un “convenio arbitral” de obligatorio cumplimiento para las partes, y se alega que por ello estoy en la obligación de inhibirme de conocer esta demanda y dejar que sea el tribunal arbitral el que conozca y resuelva esta controversia surgida entre ANDICOAUDI S.A. y el señor Sergio Cardona Jiménez, más debo recordar que este proceso ya fue sometido ante el árbitro único (...) quien dictó un Auto Inhibitorio por considerar que no tenía competencia dentro del caso puesto a su conocimiento, por tanto ya se cumplió incluso con aquello que consta en el contrato que fue presentado en aquel proceso y hoy en este que nos ocupa.

(...) Muestro que ya se sometió a las instancias que dice el demandado debieron ser sometidas, si el auto inhibitorio no le parece el correcto ello no quiere decir que no se cumplió aquello que hoy alega debe ser acatado.

2. Sobre la Acción Extraordinaria de Protección propuesta sobre la decisión del árbitro:

Respecto a esto la jueza claramente indica que “La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.”

Declarando sin lugar las excepciones previas interpuestas por el demandado y declarándose competente, corresponde analizar sobre la existencia o no de la simulación laboral, así pues, después de haber hecho un análisis prolijo y detallado sobre si en el presente caso concurren los elementos señalados en el artículo 8 del Código de Trabajo -siendo estos el convenio, prestación de servicios lícitos y personales, subordinación o dependencia y remuneración-.

Asimismo, la jueza indica que el elemento fundamental para la existencia de la relación laboral es la subordinación y dependencia, ya que las disposiciones establecidas en el contrato de prestación de servicios no podrían ser consideradas como simple instrucciones por parte del empleador. Además, al analizar el mail dirigido por el Gerente General de ANDICOAUDI S.A., la jueza llega al conocimiento sobre la existencia de este elemento, ya que como ella bien establece en la sentencia:

No solo le disponen qué debe hacer, para quiénes y cuando serán sus vacaciones, sino que ahora resulta ser que le RECUERDAN que tiene LUGAR de trabajo, que no es el avión que pilotea, mas bien tiene una OFICINA asignada previamente.

Declarando así la existencia de la relación laboral, aceptando parcialmente la demanda del actor, concediendo al piloto: i) El pago de las remuneraciones no canceladas, más el triple recargo por el último trimestre; ii) Décimo tercera y décimo cuarta remuneración; iii) Vacaciones; iv) Fondos de reserva; v) La indemnización de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley de Ejercicio Profesional de Tripulantes Aéreos; y, vi) Honorarios. No da a lugar, debido a que no se probó: i) El pago de trabajo suplementario y extraordinario; ii) El pago por despido intempestivo; iii) El pago por desahucio; iv) Costas procesales. Dando un total de \$67.912,47.

3.5.1.4.2 Segundan Instancia. – Apelación:

Inconformes, ambas partes con la sentencia pronunciada en primera instancia presentaron recursos de apelación: i) El señor José Cardona solicitando que se ordene el pago aquellos

valores declarados sin lugar, y además, se conceda el triple recargo de lo efectivo adeudado, es decir, que se incluya el mes de Enero; y, ii) La compañía ANDICOAUDI solicita que se acepte su excepción previa respecto a la existencia de un compromiso arbitral, se acepte su excepción respecto la incompetencia del juzgador, se acepte prueba nueva; se declare sin lugar la demanda ya que se reprodujo prueba que no fue correctamente anunciada, que no se declare a lugar el pago de la indemnización establecida en el artículo 6 de la Ley de Ejercicio Profesional de Tripulantes Aéreos debido a que el actor no es ecuatoriano, y, que no concurren los elementos del contrato de trabajo y por ende no existe relación laboral, y que en caso de que existiera los rubros serían mucho menores.

Sobre esto, la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, en voto de mayoría emite la siguiente sentencia:

- **Sobre la apelación al auto interlocutorio dictado por la Jueza de primera instancia que no acepta las excepciones previas planteadas:**

La Sala establece que: i) La parte accionada al presentar la demanda ante el Centro de Arbitraje y Mediación sometió ya al cumplimiento de la cláusula de compromiso arbitral del contrato aludido; y, ii) El planteamiento de la Acción Extraordinaria de Protección no suspende los efectos del auto inhibitorio dictado por el árbitro.

Sobre el anuncio de prueba nueva el Tribunal resuelve no admitirlas ya que no se trata de hechos nuevos ni de prueba obtenida con posterioridad a la sentencia.

Respecto el análisis del caso en concreto, una vez se han analizado las pruebas aportadas y actuadas en primera instancia, cómo problemas jurídicos a resolver, plantean:

- **¿Existió un contrato de trabajo o un contrato de prestación de servicios profesionales entre el señor José Cardona y la empresa ANDICOAUDI?**

Al respecto se realizan algunas precisiones y, aplicando el Principio de la Primacía de la Realidad, la Sala llega a la conclusión de que se encuentran ante un trabajo subordinado, en donde la compañía contratante ha impartido órdenes y fijado horarios de trabajo, aunque se le

haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios profesionales, estamos hablando de una relación laboral, ya que la compañía contratante no está facultada para exigir subordinación o dependencia al profesional. Concluyendo que efectivamente existió una relación laboral entre los justiciables.

- **Respecto de las controversias provenientes de las relaciones de trabajo:**

La Sala, el 28 de noviembre de 2019, dicta sentencia en la cual decide dar a lugar el pago de la diferencia salarial correspondiente al mes de enero que el actor en su demanda solicita. Se declara una vez más sin lugar: i) El pago de trabajo suplementario y extraordinario; ii) El pago por despido intempestivo; iii) El pago por desahucio; iv) Costas procesales. Dando un total de \$70.203,82.

3.5.1.4.3 Interposición del recurso extraordinario de casación por ANDICOAUDI S.A.:

No satisfecha con la decisión de la Sala Provincial, la compañía ANDICOAUDI S.A. interpone el recurso extraordinario de Casación ante la Corte Nacional de Justicia, amparándose en los casos tres, cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP (2015). La audiencia se llevó a cabo el 09 de diciembre de 2022.

- **Respecto las alegaciones del casacionista por el caso tres:**

El recurrente manifiesta que el actor, en su demanda y en la audiencia, realizó el anuncio de prueba documental a foja 276, sin embargo, en audiencia única procedió a la producción de una prueba documental distinta a la anunciada en su demanda. Menciona que solicitó a los jueces de la Sala que acepten su recurso de apelación interpuesto, declarando sin lugar la demanda por este hecho, sin embargo, dictaron sentencia omitiendo resolver este punto.

Sobre esto, la Corte indica que el caso tres será procedente conforme lo que establece el artículo 268 del COGEP (2015):

(...) 4. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia

(...)

Indicando que este caso recoge los vicios de ultra petita, extra petita y cifra petita, los cuales implican incongruencia en la sentencia. Resuelven indicando que, si bien los jueces no hacen alusión de forma expresa al argumento del apelante, aquello en nada afecta, por lo que se entiende que aquellos medios de prueba son válidos para el tribunal. Menciona que sobre este punto no se observa que exista inobservancia de lo establecido en la ley, así que resulta improcedente la acusación realizada bajo el caso tres del artículo 268 del COGEP.

- **Respecto el caso cuatro:**

El recurrente establece que se han infringido los artículos 159.4, 161, 164, 170 y 196.1 del COGEP (2015) 7 de la Ley de la LAM; 69, 94, 95, 111, 113 y 196 del Código del Trabajo (2005) 6 de la Ley del Ejercicio Profesional de Tripulantes Aéreos del Ecuador y, 82 de la CRE (2008).

El casacionista menciona que: i) la Sala se enfocó en valorar defectuosamente el proceso arbitral sin que este sea conducente, pertinente y útil para probar los hechos alegados; ii) Al no existir un laudo arbitral no se ha cumplido la cláusula décima primera del contrato de prestación de servicios profesionales sobre la resolución de controversias; iii) Esto da como resultado la violación al artículo 7 de la LAM que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida impidiendo someter el caso a justicia ordinaria, incumpliendo el artículo 82 de la CRE; iv) No tiene derecho a la indemnización establecida en el artículo 6 de de la Ley del Ejercicio Profesional de Tripulantes Aéreos del Ecuador; entre otros.

Sobre este punto, la Corte indica que los jueces no yerran en la apreciación probatoria que han efectuado para negar las excepciones previas del casacionista, tampoco se verifica la violación del artículo 7 de la LAM, ya que el árbitro determinó que no era competente para conocer lo que fue motivo de la controversia, ya que lo que se pretende comprobar era si la relación era de carácter laboral por lo que no hace falta la existencia de laudo arbitral; respecto a la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, la corte menciona que el recurrente fue advertido del medio de prueba que la contraparte produciría, de esta manera no se verifican los errores denunciados, se desechan las acusaciones efectuadas bajo el caso cuatro del artículo 268

del COGEP.

- **Respecto a los fundamentos del recurso de casación por el caso cinco:**

El recurrente afirma que los jueces interpretan erróneamente el artículo 6 de la Ley del Ejercicio Profesional de Tripulantes Aéreos del Ecuador al ordenar el pago de dicha indemnización, además indica que el actor no tiene derecho a esta indemnización porque es de nacionalidad colombiana, que la aeronave era privada y no comercial, y además, esta norma se refiere a una indemnización, valor que se paga al trabajador consecuencia de un despido intempestivo, y puesto que este no se ha probado no se debe conceder.

Sobre este caso la Corte establece que: i) existió relación laboral conforme el artículo 8 del CT ii) El accionante se desempeñó como piloto de aeronave de la empresa demandada; iii) la parte actora no logró probar que la relación haya concluido por despido intempestivo; iv) tampoco se probó que haya concluido por renuncia presentada del trabajador, ni que esta haya sido aceptada para configurar la causa legal de terminación del contrato de trabajo. Por lo que no se verifica que los jueces hayan incurrido en una errónea interpretación del artículo 6 de la Ley del Ejercicio Profesional de Tripulantes Aéreos del Ecuador, por esta razón se deshecha el cargo acusado al amparo del caso cinco del artículo 268 del COGEP (2015).

En virtud de lo expuesto en líneas anteriores, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en fecha 28 de noviembre de 2019, decide no casar la sentencia de mayoría emitida por los jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

3.5.1.5 Análisis de arbitraje:

Conforme lo previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación, en un proceso arbitral, dentro de las decisiones que puede tomar un tribunal tenemos una que es trascendental para el proceso por su incidencia respecto de los derechos e intereses de las partes que se encuentran en litigio: la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia para conocer y resolver la controversia, que debe ser tomada en la audiencia de sustanciación. Sobre la decisión que tome el tribunal sobre su competencia, la LAM no prevé ningún tipo de recurso que pueda interponer la parte

que considere equivocada esta decisión. Como bien lo establece el abogado Juan David Vicuña en su artículo El Arbitraje y las Cortes: la experiencia del Azuay (pág. 49) Esto puede entenderse desde una intención del legislador de defender el principio kompetenz-kompetenz y la capacidad del tribunal para ser, única y exclusivamente, quien resuelva sobre su competencia.

Consideramos que el árbitro único, Dr. Felipe Coello, hizo un correcto análisis dentro del caso que nos corresponde revisar, ya que, sin lugar a duda, la relación sobre la cual recayó el objeto de controversia era de naturaleza laboral.

3.5.1.6 Análisis de la Acción Extraordinaria de Protección:

El análisis del fallo de la Corte Nacional de Justicia se enfoca principalmente en la valoración de la viabilidad de la acción extraordinaria de protección presentada por la compañía accionante en relación a tres decisiones específicas.

En primer lugar, la Corte considera que la acción extraordinaria de protección está destinada a proteger los derechos constitucionales y el debido proceso en sentencias y resoluciones que tengan fuerza de sentencia. En este contexto, la Corte busca determinar si las decisiones impugnadas por la compañía pueden ser objeto de esta acción.

La Corte establece tres condiciones bajo las cuales un auto puede ser objeto de la acción extraordinaria de protección: (i) que el auto pronuncie de manera definitiva sobre las pretensiones, (ii) que el auto impida que el proceso continúe y las pretensiones sean discutidas en otro proceso, o (iii) que el auto cause un gravamen irreparable, es decir, una vulneración de derechos constitucionales que no pueda ser reparada a través de otro mecanismo procesal.

Sobre las decisiones impugnadas:

1. La Corte determina que el primer auto, en el que el árbitro aceptó la excepción de incompetencia, puso fin al proceso arbitral, por lo tanto, este auto es definitivo. Sin embargo, esto no impide que las pretensiones puedan ser discutidas en otro proceso.

2. Respecto a los autos 2 y 3, la Corte sostiene que estos no son definitivos porque no pusieron fin al proceso principal ni resolvieron el fondo del litigio, y devienen de la interposición

de recursos inoficiosos.

3. En cuanto al gravamen irreparable, la Corte reconoce que la compañía accionante alega que el primer auto causa un gravamen irreparable. Sin embargo, la Corte advierte que este auto no contiene un pronunciamiento de fondo sobre la controversia y, por lo tanto, la compañía ha tenido la oportunidad de cuestionar los cargos en su contra en otro proceso.

Finalmente, a nuestro parecer la Corte resuelve correctamente, indicando que las decisiones impugnadas en esta causa no cumplen con los requisitos mínimos para ser objeto de la acción extraordinaria de protección y rechaza la demanda por improcedente. Sin embargo, resulta preocupante el criterio emitido por la sala de admisión, misma que admitió a trámite una acción extraordinaria de protección en contra de una decisión (auto) mediante la cual el tribunal resuelve sobre su propia competencia para conocer una causa puesta a su conocimiento. Resulta un precedente gravísimo que, la Sala de admisión de la Corte Nacional de Justicia, haya establecido que las decisiones que recaen sobre la competencia de los tribunales arbitrales podrían estar sujetas a un control constitucional mediante la acción extraordinaria de protección. Afectando directamente a uno de los principios esenciales del arbitraje, el kompetenz-kompetenz, sin dejar de lado la violación a la seguridad jurídica y la afectación económica que acarrearía para las partes que, laudos en firme y posiblemente ya ejecutados puedan ser anulados en razón de la decisión emitida por la Corte.

3.5.1.7 Análisis sobre el juicio:

Se considera que, en primera instancia, la jueza realiza un extenso análisis sobre las pruebas presentadas y actuadas por las partes, con el fin de emitir criterio respecto a la existencia de los cuatros elementos que conforman el Contrato Individual de Trabajo, y una vez declarada dicha relación analiza la pertinencia de cada uno de los derechos que le corresponden al trabajador. Creemos que la jueza realiza un análisis excepcional y su decisión no podría ser más precisa.

Respecto a la segunda instancia, consideramos que el juez emite un criterio errado, ya que este da paso, de manera parcial, a la pretensión del piloto, en donde el mismo solicita que el triple recargo, que la jueza de primera instancia mandó a pagar, sea aplicado a lo efectivo

adeudado, recayendo este sobre el pago de los últimos cuatro meses de la relación laboral. Sin embargo, el artículo 94 del Código del Trabajo (2005) es muy claro respecto a este pago, indicando que este recargo corresponderá únicamente respecto al último trimestre adeudado. Así pues, creemos que existe yerro sobre esta decisión, además de no ser correcta la operación matemática que realiza el juzgador sobre el triple recargo.

Finalmente, respecto la resolución emitida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, consideramos pertinente la forma en la que resuelve la Sala al no casar la sentencia, ya que estamos de acuerdo que, sobre las alegaciones establecidas por AUDICOAUDI S.A. no se comprueba que los jueces hayan incurrido en los errores o la indebida aplicación de la ley, respecto de los artículos que plantea ANDICOAUDI S.A.

3.6 Entrevistas a profundidad

Las entrevistas a profundidad funcionan como una herramienta de recolección de datos complementaria al caso analizado, donde al haber determinado la facilidad con la cual los empleadores pueden simular y eludir relaciones laborales, buscamos ahora responder a la interrogante de cuáles son los derechos de los trabajadores que mayormente se ven vulnerados y cuáles son los factores que motivan a los empleadores para realizar dicha simulación.

Esta investigación se enfoca en un tema de gran relevancia en el contexto jurídico del país. En Ecuador, al igual que en muchos otros países, existe una problemática recurrente relacionada con la utilización indebida aplicación del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como una forma de constituir una simulación laboral. Esta práctica conlleva serias consecuencias para los trabajadores, ya que estos se ven privados de los derechos y beneficios laborales que por ley les corresponden.

El análisis del criterio de los profesionales del derecho laboral se vuelve fundamental para comprender las causas y las implicaciones de esta indebida práctica. Además, las entrevistas a profundidad constituyen una herramienta idónea para obtener información detallada y enriquecedora sobre las percepciones, opiniones y experiencias de estos expertos en el campo de estudio.

A través de las entrevistas, se buscará identificar las principales razones por las cuales tiene lugar la simulación laboral mediante el uso inadecuado de los Contratos de Prestación de Servicios Profesionales en el Ecuador. Asimismo, se indagará sobre los derechos de los trabajadores que principalmente se ven violentados.

Además, las entrevistas permitirán conocer las perspectivas de profesionales del derecho laboral en cuanto a posibles soluciones o medidas legales que podrían implementarse para prevenir, disminuir y/o sancionar la simulación laboral en el país. Estas opiniones y recomendaciones serán de gran valor para proponer mejoras y reformas en la normativa laboral vigente, ya que se busca indagar en la percepción de profesionales involucrados directamente en el área que es estudio de la presente investigación, es por ello que se utiliza un método de Muestreo Crítico por Juicio, el cuál según Hernández (2014) es una técnica de muestreo no probabilístico que implica obtener información de una muestra de manera no aleatoria, debido a que el propósito directo del estudio es evaluar la indebida aplicación del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales mediante la consulta de opiniones, puntos de vista y perspectivas de profesionales del derecho laboral, tales como: Jueces, Inspectores de Trabajo y Abogados en libre ejercicio dedicados a esta área.

En virtud de lo expuesto en anteriores líneas, los criterios de selección que se establecen a continuación no buscan establecer una representatividad de la muestra con respecto a una población en específico, sino aportar conocimiento que permita aclarar la incertidumbre con respecto a la aplicación de dichos contrato y como este se utiliza para constituir simulación laboral, además de considerar las propuestas o expectativas de los profesionales seleccionados con respecto a posibles soluciones para con esta práctica que se ha visto normalizada en el país.

3.6.1 Criterio de inclusión y exclusión

Para obtener datos relevantes respecto al presente análisis y generar información valiosa que ayude a determinar las causas de la simulación laboral, sus afecciones a los derechos de los trabajadores y las potenciales soluciones o propuestas para combatir esta práctica a nivel nacional, se establecen a continuación los criterios de inclusión y exclusión de los participantes que forman parte de este proceso de entrevistas a profundidad donde se plantea entrevistar a 15

profesionales seleccionados por su trayectoria, profesionalismo y experiencia en el ámbito laboral:

- **Criterio de inclusión:** Jueces de primera y segunda instancia de la sala de lo laboral, Inspectores de trabajo y profesionales del derecho laboral en libre ejercicio.

- **Criterio de Exclusión:** Jueces de la Unidad Laboral del cantón Cuenca, Jueces de la Sala Laboral de la Provincia del Azuay, Inspectores del Ministerio de Trabajo y Abogados en el libre ejercicio de su profesión, dedicados al derecho laboral.

Al conocer los criterios de selección para las entrevistas a profundidad dirigidas a profesionales del derecho laboral en Ecuador, se observa a continuación los encuestados

Tabla 2

Selección de expertos a entrevistar

Nombre	Actividad profesional	Años de experiencia	Área de Experticia
Jeaneth Mendieta	Jueza Unidad Laboral	10 años	Derecho Laboral
Carlos Cárdenas	Juez Unidad Laboral	8 años	Derecho Laboral
Cristian Verdugo	Juez Unidad Laboral	2 años	Derecho Laboral
Freddy Mulla	Juez Sala Laboral	9 años	Derecho Laboral
Sandra Aguirre	Juez Sala Laboral	6 años	Derecho Laboral
Fernando Loyola	Juez Sala Laboral	--	Derecho Laboral

Ma. Augusta Mogollón	Inspectora de Trabajo	15 años	Derecho Laboral
Gabriela Cañizares	Inspectora de Trabajo	7 años	Derecho Laboral
Andrea Naula	Inspectora de Trabajo	12 años	Derecho Laboral
Karina López	Inspectora de Trabajo	3 años	Derecho Laboral
Belén Pesantez	Inspectora de Trabajo	7 años	Derecho Laboral
Carla Castanier	Inspectora de Trabajo	4 años	Derecho Laboral
Fernando Teodoro Gonzáles	Abogado	18 años	Derecho Laboral
Andrés Valencia	Abogado	22 años	Derecho Laboral
Pablo Vintimilla	Abogado	30 años	Derecho Laboral

Fuente: Elaboración propia.

3.6.2 Guión:

La formulación de un guion en una entrevista a profundidad es una herramienta fundamental para asegurar la estructura, coherencia y calidad de la interacción entre el entrevistador y el entrevistado. Según Hernández (2014) Un guion bien elaborado proporciona una guía clara y precisa para abordar los temas y preguntas relevantes, garantizando que se obtenga la información necesaria para el estudio o investigación en cuestión. A continuación, se describen algunos propósitos y beneficios de utilizar un guion en una entrevista a profundidad:

1. **Orientación:** El guion sirve como un mapa que orienta al entrevistador durante la entrevista.

2. **Estructura:** Establece el orden de los temas a tratar y las preguntas a formular, lo que facilita el seguimiento y comprensión tanto para el entrevistador como para el entrevistado.

3. **Consistencia:** Contar con preguntas consistentes garantiza una base de datos más homogénea y facilita la comparación y análisis de las respuestas obtenidas.

4. **Profundidad y amplitud:** Se deben considerar preguntas tanto específicas como potenciales preguntas generales con el objetivo de obtener información detallada y enriquecedora como también perspectivas más amplias sobre el tema en cuestión.

5. **Flexibilidad:** Aunque se utiliza un guion, es importante tener flexibilidad de adaptarse a respuestas y/o comentarios del entrevistado. Si surgen puntos interesantes o se requiere una mayor profundización en algún aspecto, el entrevistador puede explorar dichos temas adicionales dentro del marco del guion.

6. **Control del tiempo:** Establecer una duración aproximada para cada tema o pregunta resulta necesario a la hora de administrar adecuadamente el tiempo disponible y evitar que la entrevista se extienda demasiado.

Al considerar todos los parámetros adecuados para la estructuración y formulación del guion de entrevista a profundidad que permita obtener información valiosa mediante la opinión de los profesionales considerados dentro del estudio, es necesario además establecer a continuación los tipos de preguntas que se compartirán con dichos participantes. Cabe mencionar que el Juez Fernando Loyola se negó a participar de la entrevista, razón por la cual no consta su intervención.

3.6.3 Tipos de preguntas

3.6.3.1 Preámbulo:

- Buenos días/tardes, en primer lugar, quiero agradecer por su tiempo al responder estas

preguntas, su opinión será de gran ayuda para el presente análisis.

- “Presentación del entrevistado y años de experiencia.”
- El objetivo de esta entrevista es conocer la opinión de profesionales relacionados con el ejercicio y práctica del derecho laboral para profundizar acerca del contrato de prestación de servicios como método de simulación laboral en el Ecuador.
- Esta entrevista tendrá una duración de 5 a 10 minutos como máximo considerando el número de preguntas establecidas y las potenciales preguntas que surjan durante la entrevista.
- Debe conocer que no existen criterios negativos ni positivos, toda intervención, opinión o aporte será valiosa y útil para el presente estudio.
- Toda la información recolectada mediante esta entrevista será totalmente confidencial y será utilizada única y exclusivamente con fines académicos.
- Por motivos de análisis y comprensión, la siguiente entrevista será grabada en audio para respaldar la información obtenido y procesarla para cumplir con los objetivos de esta investigación.
- Sin más que agregar, ¿Acepta estas condiciones para continuar?
- ¿Tal vez alguna pregunta o duda adicional?
- ¿Estamos listos para la entrevista?

3.6.3.2 Introducción y calentamiento:

Como se comentó anteriormente, el tema que se analiza a continuación corresponde al Contrato de prestación de servicios y la simulación laboral que surge al aplicarlo de forma indebida, considerando que el Reglamento al Mandato Constituyente No. 8 en su artículo 16, inciso dos, establece que:

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.

3.6.3.3 Preguntas:

1. ¿Qué considera usted por simulación laboral?
2. ¿Cómo se determina la existencia de simulación o encubrimiento laboral?
3. ¿Cómo diferencia usted un contrato individual de trabajo de uno de prestación de servicios profesionales?
4. ¿Cuáles considera usted que constituyen las principales causas en virtud de las cuales se da la simulación laboral?
5. ¿Cuáles cree usted que son los derechos que mayormente se ven afectados con la simulación laboral?
6. ¿Cuáles son las reformas que usted propondría al Acuerdo Ministerial 303-2016 para evitar esta afectación de derechos?

La pregunta número seis se realizó exclusivamente a las inspectoras de trabajo.

3.6.4 Análisis de las respuestas: Pregunta uno. - ¿Qué considera usted por simulación laboral?

3.6.4.1 Respuesta de los jueces de la unidad laboral del cantón Cuenca:

Los tres jueces coinciden en que la simulación laboral es una práctica en la que se disfraza una relación laboral como una relación civil para evitar las obligaciones laborales. Sin embargo, cada uno tiene un enfoque ligeramente diferente.

El Juez Carlos Cárdenas se centra en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que sostiene que la naturaleza de una relación laboral no puede ser alterada por acuerdos contractuales que intenten disfrazarla. Además sostiene que, se trata de un intento de disfrazar la realidad a través de otras formas que el ordenamiento jurídico ha previsto, pero para otras finalidades.

El Juez Cristian Verdugo, por otro lado, se enfoca en que es aquella actitud generalmente utilizada por el empleador para disfrazar una relación de naturaleza laboral, menciona también que los empleadores utilizan la simulación laboral para evitar pagar beneficios sociales y otros derechos que en realidad les corresponden a los trabajadores, más allá de la simple remuneración.

La Jueza Jeaneth Mendieta se centra en que estamos frente a una simulación cuando aún cumpliendo con los requisitos del artículo 8 del Código del Trabajo se tilda o califica al contrato como uno de prestación de servicios profesionales.

3.6.4.2 Respuesta de los jueces provinciales del Azuay de la sala de lo laboral:

El Juez Mulla define la simulación laboral en términos de la definición de un contrato individual de trabajo. Según él, si se cumplen los cuatro requisitos de un contrato individual de trabajo: un convenio, una prestación de servicios, la subordinación o dependencia laboral y la remuneración, entonces estamos frente a una simulación laboral. En otras palabras, la simulación laboral ocurre cuando estos requisitos se cumplen, pero se presenta como si no lo fueran.

Por otro lado, la Jueza Sandra Aguirre ve la simulación laboral como una forma de aparentar o demostrar algo que no es. En el contexto laboral, esto significa que los empleadores, ya sea conscientemente o no, tratan de demostrar que una relación laboral es en realidad una prestación de servicios profesionales o algún otro tipo de contrato.

3.6.4.3 Respuesta de los abogados laboristas en el libre ejercicio de su profesión:

El abogado Pablo Vintimilla considera que la simulación laboral implica aparentar un contrato que no corresponde a la realidad, por eso es que en materia laboral existe la primacía de la realidad sobre cualquier tipo de contrato. Según él, esta práctica ha sido común durante décadas y se utiliza para disfrazar una relación laboral con otro tipo de contratos, como los de prestación de servicios. Con el objetivo de ahorrarse el pago de ciertos beneficios de orden social. Además señala que existe una escasez respecto al análisis de la simulación, debido a que, tristemente, este concepto no ha sido desarrollado en normas inferiores y vagamente por doctrinarios del país.

Por otro lado, el abogado Andrés Valencia ve la simulación laboral como la apariencia o disimulación de una relación laboral cuando no existe tal. Según él, esto ocurre cuando se cumplen los requisitos de una relación laboral, pero se presenta un contrato civil como un contrato de prestación de servicios profesionales.

El abogado Fernando Teodoro González tiene una visión detallada y matizada de la simulación laboral. Según él, la simulación laboral ocurre cuando una persona natural o jurídica intenta evitar las obligaciones laborales mediante la creación de contratos que disfrazan la verdadera naturaleza de la relación laboral. Sin embargo, también señala que hay grises en esta definición, y que no todos los casos de simulación laboral pueden ser claramente identificados. González también menciona que la simulación laboral puede ser difícil de probar en la práctica, ya que se basa en contratos bien redactados y en la realidad los trabajadores carecen de falta de pruebas claras de la relación laboral. Según su experiencia como juez, muchas personas que afirman haber sido despedidas tienen dificultades para probarlo y destaca que se trata de un problema cultural.

3.6.4.4 Respuesta de las Inspectoras del Ministerio del Trabajo:

Belén Pesantez considera que la simulación laboral ocurre cuando los empleadores contratan a trabajadores bajo la apariencia de un contrato civil o de prestación de servicios, a pesar de que los trabajadores cumplen un horario de trabajo, lo que indica que están “maquillando” una relación laboral.

Carla Castanier define la simulación laboral como la contratación de trabajadores a través de terceros, ocultando así al verdadero empleador.

Ma. Augusta Mogollón ve la simulación laboral como una forma de evadir una relación laboral, donde los empleadores piden a los trabajadores que presenten una factura, a pesar de que realizan labores habituales de la empresa o negocio y que cumplan con los requisitos del artículo 8 del Código del Trabajo. Califica como maquillar una relación laboral a través de una prestación de servicios profesionales como factura.

Karina Lopez ve la simulación laboral como una figura que los empleadores utilizan para evitar el cumplimiento de ciertas obligaciones laborales, a pesar de que existen elementos fundamentales de una relación laboral: dependencia, subordinación y la prestación de servicios a cambio de una remuneración.

Andrea Naula considera que la simulación laboral es una forma de precarizar una relación laboral, lo cual produce una gran afectación a los derechos de los trabajadores.

Gabriela Cañizares considera que la simulación laboral es un acto ilegal y fraudulento que algunos empleadores utilizan para evadir sus obligaciones patronales y los beneficios sociales a los que tienen derecho los trabajadores, ya que se encuentran subordinados a las órdenes del empleador.

3.6.4.5 Conclusión de la primera pregunta:

En conjunto, la mayoría de los entrevistados parecen tener una sólida comprensión del concepto de simulación laboral y su impacto en las relaciones laborales. Hay un reconocimiento general de que la simulación laboral es un intento de disfrazar o maquillar una relación laboral

con el objetivo de evitar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleadores, y que además estamos frente a una relación laboral cuando confluyen los requisitos del artículo 8 del Código del Trabajo (2005).

Destacamos la participación del abogado Fernando Teodoro G., misma que ofrece una visión más detallada al destacar la dificultad de probar casos de simulación laboral y la necesidad de mayor atención en este aspecto, así como de un cambio a nivel cultural.

Es evidente que existe una comprensión general respecto a la simulación, sin embargo, la confusión entre la tercerización y simulación por parte de la inspectora Castanier sugiere la necesidad de mayor claridad en la definición y comprensión de prácticas laborales específicas. A pesar de aquello, su error no desacredita el entendimiento generalmente sólido del concepto de simulación laboral entre todos los entrevistados.

En conclusión, se vuelve indudable la necesidad del desarrollo, por parte del órgano legislativo, de un concepto claro y consiso sobre esta problemática. Al mismo tiempo, es importante destacar la necesidad de proporcionar apoyo a los trabajadores en la identificación y la prueba de casos de simulación laboral, un aspecto crítico destacado por González.

3.6.5 Pregunta dos. - ¿Cómo se determina la existencia de simulación o encubrimiento laboral?

3.6.5.1 Respuesta de los jueces de la unidad laboral del cantón Cuenca:

El Juez Carlos Cárdenas enfatiza en la importancia de tres elementos definidos en el artículo 8 del Código de Trabajo: la prestación de servicios lícitos o personales, la subordinación o dependencia, y la contribución económica o remuneración. Según él, la subordinación o dependencia es el elemento más importante que debe probarse, ya que implica que el trabajador está sujeto a órdenes, a un horario y, en general, a la capacidad del empleador de dirigir el trabajo.

El Juez Cristian Verdugo, por su parte, hace hincapié en el principio de la primacía de las realidades sobre las formas, establecido en la Constitución de 2008. Según él, no se debe prestar atención a la forma en que se ha estructurado el contrato, sino a la realidad de los hechos, y en

caso de que confluyan los elementos del art. 8 del código del trabajo podríamos determinar que estamos frente a una relación laboral.

La Jueza Jeaneth Mendieta coincide en que la determinación de la existencia de simulación o encubrimiento laboral dependerá de cada caso, pero lo fundamental es que se hayan justificado los elementos de la relación laboral definidos en el artículo 8 del Código del Trabajo.

3.6.5.2 Respuesta de los jueces provinciales del Azuay de la sala de lo laboral:

El Juez Mulla enfatiza la importancia de probar los elementos del artículo 8, que incluyen la prestación de servicios, la subordinación y la remuneración. Según él, la clave está en demostrar la subordinación, ya que muchos empleadores pueden reconocer la prestación de servicios, pero negar que existía una relación de dependencia.

Bajo el mismo criterio, la Jueza Aguirre considera que la existencia de simulación o encubrimiento laboral se determina verificando si existen los elementos de un contrato de trabajo, especialmente la dependencia. Si hay un horario de trabajo y se dan órdenes al empleado, esto indica una relación laboral, independientemente de cómo se presente el contrato.

3.6.5.3 Respuesta de los abogados laboristas en el libre ejercicio de su profesión:

El abogado Pablo Vintimilla enfatiza en la importancia de los elementos definidos en el artículo 8 del Código de Trabajo, y señala que el elemento diferenciador es la subordinación o dependencia, ya que los otros tres elementos existen también el contrato de prestación de servicios profesionales. Finalmente, indica que la administración de justicia debe tener cuidado y hacer un análisis exhaustivo para poder dirimir, debido a que nos encontramos frente a una zona gris del derecho ya que no toda prestación de servicios conlleva a una relación laboral.

El abogado Andrés Valencia coincide con Vintimilla en que cuando confluyen los elementos del artículo 8 del Código de Trabajo estamos frente a una relación laboral. Por lo tanto, si se ha firmado un contrato de servicios profesionales con una persona que no tiene un título, que presta un servicio lícito, personal, que recibe órdenes y está subordinada a la autoridad del gerente o del jefe, estaríamos frente a una simulación laboral.

Por su parte, el abogado Fernando Teodoro González señala que la existencia de simulación o encubrimiento laboral tendría que ser determinada por la autoridad jurisdiccional y este deberá observar los requisitos establecidos en el artículo 8 del Código del Trabajo.

3.6.5.4 Respuesta de las Inspectoras del Ministerio del Trabajo:

La Inspectora Belén Pesantez, menciona que a través de las inspecciones y fichas de los trabajadores se puede corroborar si un trabajador está laborando en un lugar y cumpliendo un horario de trabajo, lo cual sería un indicativo de una relación laboral y no de un contrato de prestación de servicios.

La Inspectora Carla Castanier, coincide en que a través de las inspecciones se puede determinar si los trabajadores están prestando servicios y cumpliendo una jornada de trabajo, lo cual sería un indicativo de una relación laboral.

La Inspectora Ma. Augusta Mogollón, por otro lado, señala que la determinación del encubrimiento no le corresponde a la autoridad administrativa, sino a la autoridad judicial, es decir, a un juez de trabajo. Sin embargo, en situaciones de posible simulación, los inspectores generan un diálogo en donde asesoran a los trabajadores en el tema jurídico, dejando a salvo los derechos que les corresponden en la vía judicial.

La Inspectora Karina López, menciona que a través de las inspecciones y una serie de preguntas al trabajador, se puede determinar si existe una simulación laboral.

la Inspectora Andrea Naula, menciona que el Ministerio del Trabajo tiene la facultad de realizar inspecciones en cada uno de los centros de trabajo para verificar el cumplimiento de los requisitos que constituyen la existencia de la relación laboral.

Por último, Inspectora Gabriela Cañizares también menciona que a través de las inspecciones laborales se puede determinar la existencia de simulación o encubrimiento laboral, especialmente cuando se encuentran personas desempeñando funciones propias de la actividad de la empresa, con un horario establecido y bajo la subordinación del empleador.

3.6.5.5 Conclusión sobre la pregunta dos:

Dentro de esta pregunta, los entrevistados han destacado que existen dos maneras para determinar si estamos ante una simulación laboral, por un lado tenemos el punto de vista de los jueces y abogados, que establecen que se deberán observar los requisitos establecidos en el artículo 8 del Código del Trabajo; y, por otro lado, tenemos el punto de vista administrativo de las inspectoras del trabajo, quienes mencionan que la forma de determinar esta simulación es a través de las inspecciones.

Ambas formas obedecen a las funciones subjetivas de los diferentes grupos de profesionales, sin embargo, en las respuestas de la mayoría de los entrevistados existe un consenso al señalar que dentro de los elementos que señala el artículo 8 del Código del Trabajo existe un requisito clave siendo este el de la subordinación o dependencia. Señalan que para demostrar la existencia de una relación laboral será clave probar este requisito, considerándolo un elemento diferenciador entre un contrato de naturaleza civil y uno de naturaleza laboral.

3.6.6 Pregunta tres. – ¿Cómo diferencia usted un contrato individual de trabajo de uno de prestación de servicios profesionales?

3.6.6.1 Respuesta de los jueces de la unidad laboral del cantón Cuenca:

El Juez Carlos Cárdenas menciona la importancia de demostrar la dependencia y subordinación para diferenciar un contrato de trabajo de uno de prestación de servicios. Según él, la capacidad del empleador de dar órdenes y dirigir el trabajo es un indicativo de una relación laboral. Siendo el elemento de la ajeneidad lo que caracteriza esta relación. Además, señala que nos encontramos en una zona gris y menciona que debido a la dificultad probatoria en estos casos, representa un problema que se les obligue a resolver las excepciones previas en la primera fase de la audiencia. Considera esto como un verdadero limitante, obligando a que se concentre todo el debate probatorio en la primera fase de la audiencia única, para que los jueces podamos concluir si somos competentes o no.

El Juez Cristian Verdugo, enfatiza en la importancia de la prueba para establecer la existencia de los elementos que definen una relación laboral. Según él, la dependencia y

subordinación son claves para diferenciar un contrato de trabajo de uno de prestación de servicios, ya que en las relaciones de trabajo, el trabajador no es autónomo y está sujeto a las órdenes del empleador. Mientras que los otros elementos como la prestación de servicios lícitos y personales y la remuneración o contraprestación sí los encontramos en otras relaciones, ya sean, civiles, mercantiles o comerciales.

La Jueza Jeaneth Mendieta coincide con los otros jueces, menciona que la existencia de una relación de dependencia, remuneración y cumplimiento de horarios son indicativos de una relación laboral. Según ella, si se demuestra que existen los elementos del art. 8 del Código del Trabajo, se puede concluir que existe una relación laboral y no un contrato de prestación de servicios.

3.6.6.2 Respuesta de los jueces provinciales del Azuay de la sala de lo laboral:

El Juez Mulla enfatiza la importancia de la prueba para establecer la existencia de una relación laboral. Según él, el hecho de que exista una orden general por parte del empleador o un horario flexible no necesariamente quiere decir que exista una relación laboral, haciendo referencia a que se debe observar cuidadosamente cada caso en concreto.

La Jueza Sandra Aguirre también menciona la importancia del artículo 8 del Código de Trabajo para establecer la diferencia entre un contrato de trabajo y uno de prestación de servicios. Según ella, este artículo ayuda a establecer la diferencia, ya que define los elementos que deben estar presentes en un contrato de trabajo, siendo el elemento de la subordinación y dependencia un elemento fundamental. Además indica que cuando existen facturas de por medio en una simulación esto ayuda a probar la existencia de esta, ya que un contrato de prestación de servicios profesionales debe observar lo establecido en el código civil, y que, además, este no debe existir el sometimiento por parte del empleador hacia el trabajador.

3.6.6.3 Respuesta de los abogados laboristas en el libre ejercicio de su profesión:

El abogado Pablo Vintimilla menciona que la existencia de un horario de trabajo puede ser un indicativo de una relación laboral, ya que está es una característica esencial de este tipo de contrato. Sin embargo, menciona que existen contratos laborales que pueden asemejarse a

contratos de prestación de servicios, lo que puede complicar la diferenciación entre ambos, como es el caso de los comisionistas. Finalmente, indica que es aquí en donde se demostrará realmente la destreza de un abogado, al reivindicar un derecho a quien lo tiene.

Andrés Valencia coincide con su colega, señala que la subordinación y la dependencia es un elemento básico del contrato de trabajo que no puede estar inmerso en el servicio profesional.

Fernando Teodoro González, por su parte, destaca que la dependencia y subordinación es el elemento que ayudará a diferenciar un contrato de trabajo de uno de prestación de servicios. Sin embargo, también señala que estos elementos no son definitivos, y por eso esta es una norma abierta a la cual el juez deberá darle contenido en razón del estudio que realice de cada caso en concreto, ya que pueden existir casos en los que una persona no tenga un horario fijo y provea las herramientas para realizar su trabajo y aún así se discuta si se encuentra o no en una relación laboral.

3.6.6.4 Respuesta de las Inspectoras del Ministerio del Trabajo:

La Inspectora Belén Pesantez menciona que realiza esta diferenciación en las inspecciones, señala que la existencia de un contrato civil firmado entre las partes y notariado puede ser un indicativo de una relación laboral simulada. Esto pueden llegar a comprobarlo, si, tras varias visitas de inspección, corroboran la existencia de una relación laboral.

La Inspectora Carla Castanier señala que la existencia de facturas puede ser un indicativo de un contrato de prestación de servicios profesionales. Sin embargo, no proporciona más detalles sobre cómo diferenciar estos contratos de los contratos individuales de trabajo.

La inspectora Ma. Augusta indica que ella realiza esta diferenciación al observar si el contrato obedece el art. 21 del Código del Trabajo, ya que allí se establecen los requisitos de un contrato escrito, mientras que el contrato de prestación de servicios profesionales versa sobre una actividad que no corresponde a la actividad habitual de la empresa y es un contrato netamente civil, que no establece ningún tipo de derecho a favor del trabajador ni tampoco ningún tipo de obligaciones.

La Inspectora Karina López menciona que los contratos individuales de trabajo generalmente están registrados en el Sistema Único de Trabajo y cuentan con una afiliación en el IESS. Por otro lado, los contratos de prestación de servicios profesionales son contratos civiles y suelen implicar la presentación de facturas.

La inspectora Andrea Naula menciona que para realizar esta diferenciación ella se basa en la existencia o no de los elementos establecidos en el art. 8 del Código del Trabajo. Siendo esta la forma más sencilla de verificar si estamos frente a un contrato laboral o uno de prestación de servicios profesionales.

La Inspectora Gabriela Cañizares destaca que en un contrato individual de trabajo se establece quién es el trabajador y el empleador, el horario de trabajo, la remuneración, y el lugar en el que se prestarán los servicios. En cambio, en un contrato de prestación de servicios no hay dependencia laboral, no se establece una remuneración sino honorarios profesionales, y no se determina un lugar específico de trabajo ni un horario.

3.6.6.5 Conclusión respecto de la pregunta tres:

El criterio más popular entre los entrevistados es que para diferenciar un contrato de prestación de servicios profesionales de un contrato individual de trabajo se deberá demostrar la existencia de la subordinación o dependencia, siendo este un elemento que caracteriza únicamente a la relación laboral. Se hace énfasis también en la dificultad que existe al momento de probar los requisitos que encontramos en el artículo 8 del Código del Trabajo, además de señalarse algunas otras maneras de realizar la diferenciación como: la existencia de facturas y la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Mientras que algunas entrevistados ofrecen respuestas más detalladas y completas, resulta evidente que existe cierta variabilidad en los criterios y en la claridad con la que se aborda esta diferenciación. Consideramos crucial que haya coherencia y unificación en los criterios para garantizar una interpretación y aplicación justa y coherente de la ley.

3.6.7 Pregunta cuatro. – ¿Cuáles considera usted qué constituyen las principales causas en virtud de las cuales se da la simulación laboral?

3.6.7.1 Respuesta de los jueces de la unidad laboral del cantón Cuenca:

El Juez Carlos Cárdenas menciona que la simulación laboral se da para evadir los controles sociales, concretamente de la legislación laboral. Según él, siempre habrá una tensión entre la libertad individual y los controles sociales, y la simulación laboral es una forma en que los empresarios intentan ejercer su actividad económica evadiendo controles laborales. Además, no descarta que pueden existir otras razones que posiblemente versen sobre temas ilícitos, como defraudar al fisco, enriquecimiento ilícito y entre otros temas económicos en general.

El Juez Cristian Verdugo también coincide en que la principal causa de la simulación laboral es ocultar la realidad para que el empleador no cumpla con todas sus obligaciones patronales.

Por otro lado, la Jueza Jeaneth Mendieta no proporciona una respuesta concreta a la pregunta, pero sugiere que las causas de la simulación laboral están intrínsecas en las personas que contratan de esta manera y que no observan la modalidad de contratación.

3.6.7.2 Respuesta de los jueces provinciales del Azuay de la sala de lo laboral:

El Juez Mulla menciona que una de las principales causas es la intención de no cumplir con las obligaciones correspondientes hacia un trabajador desde el primer día de su trabajo.

Por su parte, la Jueza Sandra Aguirre señala que la simulación laboral se da principalmente por motivos patrimoniales. Según ella, los empleadores que conocen que deberían hacer un contrato laboral y lo simulan con un contrato de prestación de servicios profesionales, buscan evadir el cumplimiento de obligaciones laborales.

3.6.7.3 Respuesta de los abogados laboralistas en el libre ejercicio de su profesión:

El abogado Pablo Vintimilla menciona que la principal causa que tiene que ver con aspectos de orden económico, y que, en segundo plano, bastante lejos del primero, está el desconocimiento.

Por su parte, el abogado Andrés Valencia señala que la simulación laboral se da principalmente para precarizar la relación laboral y no pagar a los trabajadores lo que la ley establece. Según él, los empleadores buscan reducir costos a expensas de sacrificar los valores de los trabajadores, las remuneraciones y los beneficios sociales. Además, menciona que entre los empleadores se ha prostituido la utilización de estos contratos civiles, que es en realidad una práctica ilegal y deshonestas.

El abogado Fernando Teodoro González coincide en que la principal causa de la simulación laboral es la evasión de las obligaciones laborales. Sin embargo, él se enfoca también en el tema cultural, menciona que esto se debe a la cultura de evasión que tenemos los latinoamericanos, y a la lógica de acumulación del modelo occidental del cual somos partícipes.

3.6.7.4 Respuesta de las Inspectoras del Ministerio del Trabajo:

La inspectora Belén Pesantez señala que las principales causas consisten en temas de índole económico como: no pagar la aportación al IESS, décimos, utilidades, entre otros. Menciona además que este factor no tiene solo que ver con el empleador, sino que en ocasiones son los mismos trabajadores los que deciden no afiliarse para no perder algunos beneficios que tienen, como por ejemplo los bonos campesinos.

La inspectora Castanier indica que ella ha podido ver esta práctica en personal extranjero, menciona que al no tener visa, sus empleadores simulan la relación ya que su estatus migratorio no permite que ellos laboren bajo un contrato de trabajo, recibiendo todos los beneficios que realmente les corresponden.

La inspectora Ma. Augusta menciona que se trata netamente de un factor económico, en el cual los empleadores buscan ganar más dinero evitando cumplir con las obligaciones patronales que les corresponden.

La inspectora Karina Lopez concuerda con sus otras dos compañeras y establece que se trata de un tema de carácter económico, en el cual el empleador busca ahorrarse los pagos de los beneficios sociales que le corresponden al trabajador simulando la relación.

La inspectora Andrea Naula explica que la principal causa es el temor que tiene el empleador a enfrentar indemnizaciones por asumir una relación laboral. Considera que una mejor redacción en las normas laborales y una correcta socialización podría ayudar a evitar este fenómeno.

La inspectora Gabriela Canizares considera que la principal causa es evadir obligaciones laborales, además establece que la situación económica actual es un factor determinante, sin dejar de lado la intención de enriquecerse ilícitamente.

3.6.7.5 Conclusión respecto a la pregunta cuatro:

Existe un acuerdo entre la mayoría de los entrevistados respecto a que las principales causas por las cuales los empleadores realizan la simulación laboral obedecen factores de orden económico, otro criterio habitual es que los patronos buscan evadir las obligaciones laborales para de esta forma no verse obligados a cumplir con el pago de las mismas, refiriéndose así mismo al factor patrimonial, se menciona incluso que los contratos civiles se han visto substituídos con el objetivo de precarizar las relaciones laborales.

Dentro de las respuestas encontramos criterios destacables como el del Juez Cárdenas, quien aborda el tema desde una perspectiva más amplia, teniendo un enfoque sociológico y menciona posibles motivaciones ilícitas detrás de la simulación laboral. Así mismo, el abogado Fernando Teodoro G. señala que se trata de un problema cultural para el cual solo la educación podrá proporcionar una solución.

3.6.8 Pregunta cinco. - ¿Cuáles cree usted que son los derechos que mayormente se ven afectados con la simulación laboral?

3.6.8.1 Respuesta de los jueces de la unidad laboral del cantón Cuenca:

El Juez Carlos Cárdenas menciona que los derechos económicos de los trabajadores son los principales afectados en los casos de simulación laboral. Según él, esto debido a que a través de este derecho se puede satisfacer muchos otros, por ejemplo: derecho a la salud, alimentación, entre otros. Sin dejar de lado la afectación a la dignidad del trabajador. También hace referencia a la existencia de barreras sociales, al referirse a que el acceso a un defensor experto en la materia puede ser un limitante para el trabajador, siendo evidente la asimetría entre el empleador y el trabajador.

El Juez, Cristian Verdugo, establece que todos los derechos tienen igual jerarquía y al afectar uno de ellos, pueden afectarse en conjunto una serie de derechos, en este caso los establecidos por el Código del Trabajo.

Por su parte, la Jueza Jeaneth Mendieta señala que en caso de probarse una simulación laboral, los derechos que se ven afectados son todos los que prevé el Código de Trabajo, incluyendo pagos de décimos, jornadas, en caso de cumplirse jornadas extraordinarias, suplementarias, entre otros.

3.6.8.2 Respuesta de los jueces provinciales de la sala de lo laboral:

El Juez Mulla menciona que los derechos de los trabajadores y sus beneficios sociales son los que se ven más afectados con la simulación laboral. Según él, el beneficio del aporte al IESS es uno de los más importantes y su afectación puede tener consecuencias graves para los trabajadores.

Por otra parte, la Jueza Sandra Aguirre señala que la simulación laboral afecta principalmente la estabilidad del trabajador. Según ella, la estabilidad que proporciona a un trabajador un contrato de trabajo le permite programar de mejor manera su vida y la de su familia. Además, señala que podría afectarse inclusive una parte psicológica de este, haciendo

referencia a que no solamente se ve afectada la parte económica, sino también aquella parte humana y social del trabajador.

3.6.8.3 Respuesta de los abogados laboristas en el libre ejercicio de su profesión:

El abogado Pablo Vintimilla menciona que los aspectos de orden económico son los que se ven más afectados con la simulación laboral. Entre estos, menciona a la décimo tercera y décimo cuarta remuneración, la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguro Social, las vacaciones, pero sobre todo, hace énfasis en la estabilidad laboral, indicando finalmente que el derecho al trabajo es reconocido por la doctrina como el derecho a la estabilidad laboral, estando profundamente interrelacionados entre ellos.

Por su parte, el abogado Andrés Valencia establece que el derecho al trabajo en totalidad es el que se ve afectado, siendo este el que señala las remuneraciones justas que se le deben cancelar al trabajador, mismas que regula el Código del Trabajo, dando como resultado una vulneración al derecho al buen vivir de los trabajadores.

El abogado Fernando Teodoro González coincide en que son los derechos económicos de los trabajadores los que se ven más afectados con la simulación laboral. Según él, esto incluye el derecho a percibir su salario, el derecho a la seguridad social, desarrollándose a partir de ellos una amalgama de derechos colaterales, como el derecho a una vivienda, el derecho a la salud, e inclusive el derecho a una vejez digna. Finalmente, señala que este es un tema complejo que solo puede ser realmente resuelto a través de la educación.

3.6.8.4 Respuesta de las Inspectoras del Ministerio del Trabajo:

La Inspectora de trabajo Belén Pesantez también destaca la importancia de la afiliación al IESS, ya que esta es fundamental para la jubilación de los trabajadores.

La inspectora Carla Castanier indica que es el personal extranjero el cual se ve mayormente afectado.

La Inspectora de trabajo Ma. Augusta Mogollón destaca la importancia de la afiliación al Seguro Social, ya que esta permite el acceso a la salud, la atención de los hijos menores de edad, la posibilidad de tener aportes para la jubilación, entre otros beneficios.

La Inspectora de trabajo Karina López menciona que todos los derechos de los trabajadores son importantes, pero la afiliación al IESS y los beneficios que de ella se derivan, como los décimos y las utilidades, son los que se ven más afectados.

Por su parte, la Inspectora de trabajo Andrea Naula señala que la estabilidad laboral y todos los derechos que se derivan de ella, como el pago de fondos de reserva, décimos, entre otros, son los que se ven más afectados.

Finalmente, la Inspectora de trabajo Gabriela Cañizares menciona que la prestación al seguro social, los beneficios sociales, la remuneración justa y la estabilidad laboral son los derechos que se ven más afectados.

3.6.8.5 Conclusión respecto a la pregunta cinco:

A consideración de los entrevistados, los derechos que mayormente se ven vulnerados con la simulación están relacionados con el factor económico, haciendo énfasis en el derecho a la afiliación a la seguridad social, dando como resultado que muchos otros derechos no puedan ser satisfechos, reconociendo que estos derechos están intrínsecamente vinculados a otros derechos fundamentales, como la salud, la vivienda y una vejez digna.

El enfoque integral refleja la interdependencia de los derechos laborales y cómo la simulación laboral puede desencadenar un efecto dominó que afecta varios aspectos de la vida de un trabajador. Es especialmente notable como se hace hincapié a derechos relacionados con una vida digna, subrayando que la simulación laboral es mucho más que un mero incumplimiento contractual, sino una vulneración profunda de los derechos humanos. Además, la mención de la educación por parte del abogado Fernando Teodoro González destaca la importancia de abordar este problema no solo desde una perspectiva legal, sino también desde una óptica de concientización y formación.

Es importante, además, rescatar el análisis de la Jueza Aguirre, en donde establece que si bien los derechos de índole económico se ven fuertemente afectados, hay muchos otros que se violentan, afectando también la parte psicológica del trabajador, por otro lado, tenemos la perspectiva ofrecida por la inspectora Castanier, quien señaló la vulnerabilidad especial del personal extranjero, sugiriendo que ciertos grupos pueden ser más susceptibles a prácticas laborales simuladas que otros, sin embargo se evidencia nuevamente la falta de claridad por parte de algunos funcionarios públicos respecto al impacto de esta problemática y en relación al entendimiento de la pregunta planteada.

3.6.9 Pregunta seis. - ¿Cuáles son las reformas que usted propondría al Acuerdo Ministerial 2017-0110 para evitar esta afectación de derechos?

3.6.9.1 Respuesta de las Inspectoras del Ministerio del Trabajo:

La Inspectora Belén Pesantez menciona que no establecería reformas al acuerdo ministerial, sino que se enfocaría en incrementar las sanciones por incumplimientos en la relación laboral y por precarizar estas, especialmente para personas naturales. Considera que las sanciones actuales son bajas y podrían ser más altas para disuadir la simulación laboral.

Por otro lado, la Inspectora Carla Castanier opina que el acuerdo ministerial 0110 se está aplicando de manera adecuada y no propondría reformas. Considera que el acuerdo es una base importante para imponer sanciones y multas por incumplimientos laborales.

La Inspectora Ma. Augusta Mogollón sugiere que se realice una reforma profunda al Código del Trabajo, ya que considera que es una norma antigua y se requiere actualizarla para abordar la problemática de la simulación laboral. Además también señala que se deberían ampliar las atribuciones de los inspectores de trabajo, ya que acudir y probar la relación frente a la justicia ordinaria es muy complicado para los trabajadores.

La Inspectora Karina Lopez sugiere que se realicen más inspecciones laborales y se implemente un control más riguroso para evitar la simulación laboral. Además, propone que las sanciones sean más altas, pero justas, para aquellos que sean encontrados culpables de simular una relación laboral.

La Inspectora Andrea Naula plantea que se realice un análisis profundo de las causas que generan la simulación laboral y se tomen medidas a nivel nacional para combatirla. Considera que se requiere un estudio por parte de los legisladores para implementar reformas que aborden de manera efectiva este problema.

La inspectora Gabriela indica que ella propondría que las multas sean mas elevadas sobretodo para personas naturales, además menciona también que se deberían ampliar los tiempos de cumplimiento en cuanto a las inspecciones, ya que suelen ser muy cortos y representa para los inspectores un reto determinar todas las infracciones en ese periodo de tiempo.

3.6.9.2 Conclusión respecto a la pregunta seis:

La mayoría de las inspectoras enfatiza en la necesidad de incrementar las sanciones y realizar más inspecciones laborales. Algunas proponen reformas al Código del Trabajo o al Acuerdo Ministerial 2017-0110, mientras que otras se centran en mejorar la aplicación de las normas existentes. Estas sugerencias pueden ofrecer un marco útil para considerar posibles cambios en las políticas laborales y legales para abordar la simulación laboral y proteger mejor los derechos de los trabajadores.

Mientras algunas inspectoras ven relevante realizar reformas profundas al Código del Trabajo o al Acuerdo Ministerial 2017-0110, otras abogan por una mejor implementación de las normas actuales, resaltando la importancia de comprender las causas subyacentes de la simulación laboral y diseñar estrategias efectivas para abordarla.

Tabla 3

Resumen de las respuestas por grupos:

RESÚMENES DE LAS RESPUESTAS DE LAS ENTREVISTAS A PROFUNDIDAD						
Preguntas:	¿Qué considera usted por simulación laboral?	¿Cómo se determina la existencia de simulación laboral?	¿Cómo diferencia usted un contrato individual de trabajo de uno de prestación de servicios profesionales?	¿Cuáles considera usted que constituyen las principales causas en virtud de las cuales se da la simulación laboral?	¿Cuáles cree usted que son los derechos que mayormente se ven afectados con la simulación laboral?	¿Cuáles son las reformas que usted propondría al Acuerdo Ministerial 303-2016 para evitar esta afectación de derechos?
Jueces Primera Instancia de la Sala de lo Laboral Cantón Cuenca	Perciben a la simulación laboral como un "disfraz", el cual usan para eludir las obligaciones que tienen para con los trabajadores. .	Enfatizan en los elementos definidos en el Código del Trabajo, art. 8 y en el principio de la realidad sobre las formas.	Destacan el elemento de dependencia y subordinación como diferenciador principal, se basan en el art. 8 del Código del Trabajo. Sin embargo, identifican una problemática asociada a la fase probatoria en el proceso judicial.	Establecen que parece ser una táctica empleada para evadir responsabilidades y controles laborales y sociales, tratándose de un tema económico.	Por un lado señalan a los derechos económicos; por otro lado, se menciona que todos los derechos tienen igual jerarquía; y finalmente, proporcionan un enfoque más técnico basando su respuesta en lo establecido por el CDT.	
Jueces de Segunda Instancia de la Sala de lo Laboral Provincia del Azuay	Entienden la simulación laboral como una representación errónea de la relación laboral. Mulla se centra en los requisitos del contrato; Aguirre en la intención de aparentar.	Resaltan la relevancia de los elementos del art. 8 del Código del Trabajo para determinar la simulación laboral, haciendo énfasis en el elemento de subordinación y dependencia.	Enfatizan en la importancia del art. 8 para realizar esta diferenciación.	Ambos coinciden en que las principales causas se centran en la evasión de responsabilidades laborales, ya sea desde el inicio de la relación laboral o para "proteger" los activos patrimoniales.	Señalan que la simulación vulnera todos los beneficios sociales, principalmente el aporte al IEES, además de amenazar la estabilidad laboral y el bienestar psicológico de los trabajadores.	
Abogados especialistas en Derecho Laboral en el libre ejercicio de su profesión	Indican que la simulación laboral tiene como objetivo principal aparentar algo que no es. Mientras Vintimilla y Valencia hacen énfasis en cómo se disfraza esta relación, González destaca la ambigüedad y los desafíos prácticos en la identificación y comprobación de la simulación, así como su enraizamiento cultural.	Destacan la importancia de observar los elementos del art. 8 del CDT, reconocen las áreas grises que pueden surgir en la práctica jurídica, resaltando la necesidad de un enfoque metódico y detenido por parte de las autoridades judiciales en tales casos.	Muestran una convergencia de opiniones respecto a la subordinación y dependencia como elemento fundamental a la hora de determinar la existencia de un contrato laboral. Además, reconocen que la ambigüedad que existe al puede complicar la distinción.	Identifican con claridad las motivaciones económicas como una causa principal detrás de la simulación laboral, reiterando la importancia de los aspectos financieros en la toma de decisiones de los empleadores. Sin dejar de lado la mención a factores culturales, como la cultura de evasión y la lógica de acumulación que poseemos.	Indican que los derechos que mayormente se ven vulnerados son de orden económico, reconociendo que estos derechos están intrínsecamente vinculados a otros derechos fundamentales, como la salud, la vivienda y una vejez digna, y al afectar este se afectan todos en cadena.	
Inspectoras del Trabajo	Coinciden en que la simulación laboral es una estrategia empleada para evadir responsabilidades patronales, precarizando y maquillando verdaderas relaciones laborales.	Destacan que la manera en la que ellas determinan la existencia de una simulación laboral es a través de inspecciones, al constatar que en la relación existe dependencia o subordinación. Sin embargo, dejan en claro que quien tiene la facultad de declarar la existencia de esta simulación es la autoridad judicial, lo que en realidad representa un problema práctico.	Proponen diferentes enfoques y criterios, desde basar su evaluación en artículos específicos del Código del Trabajo, hasta la documentación que puedan encontrar, como los contratos notariados o las facturas, que también son indicadores considerados en sus análisis.	Coinciden en que el factor económico es la principal motivación para los empleadores que llevan a cabo la simulación laboral. Señalan un entramado más complejo que incluye situaciones migratorias y dinámicas de manipulación contable. Mencionan que algunos empleados también parecen ser partícipes en esta situación, solicitando no ser afiliados para poder acceder a beneficios gubernamentales.	Existe un consenso, señalan que entre los derechos que mayormente se vulneran están la prestación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la estabilidad laboral.	Se enfocan en fortalecer la normativa laboral vigente, y sus mecanismos de aplicación para combatir la simulación laboral. El énfasis principal radica en la necesidad de incrementar sanciones, llevar a cabo más inspecciones laborales y reconsiderar las normas vigentes.

Fuente: Elaboración propia.

3.6.10 Análisis de frecuencia:

Al analizar las entrevistas a profundidad, se identificaron respuestas en común entre los participantes, mismas que se han categorizado de acuerdo a la pregunta y al tipo de respuesta que se obtuvo por parte de los entrevistados. A continuación se presenta el conteo de respuestas por pregunta de acuerdo al número de veces que fueron empleados por los diferentes participantes de las entrevistas a profundidad. Al realizar un análisis de frecuencia, podemos evidenciar las respuestas que tuvieron mayor protagonismo dentro de cada pregunta con el objetivo de identificar el criterio común de los participantes.

Tabla 4

Análisis de frecuencia de las respuestas según cada pregunta

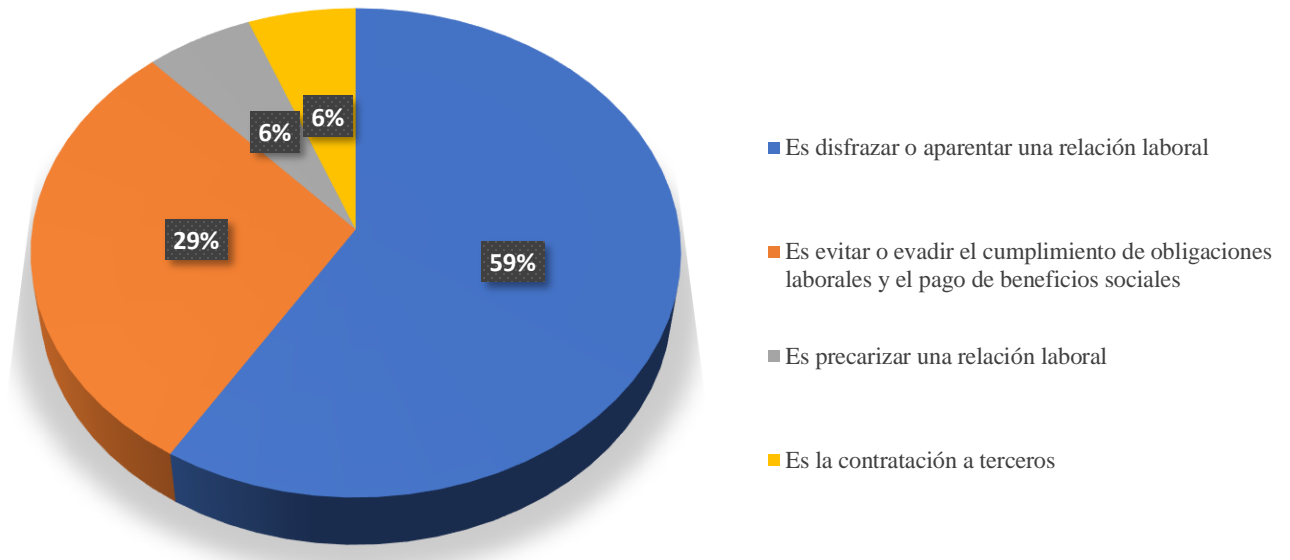
RESPUESTAS	P1	P2	P3	P4	P5	P6
Es disfrazar o aparentar una relación laboral	10					
Es evitar o evadir el cumplimiento de obligaciones laborales y el pago de beneficios sociales	5					
Es precarizar una relación laboral	1					
Es la contratación a terceros	1					
Mediante los elementos del art. 8		8				
A través del principio de la primacía de la realidad		1				
Por medio de inspecciones		5				
La clave consiste en demostrar el elemento de subordinación o dependencia		6				
Es determinada por la autoridad judicial		2				
A través de comprobar la existencia del elemento de subordinación y dependencia			6			
Mediante la existencia de los elementos del art. 8			4			
Por medio de la prueba			2			
A través de las inspecciones			1			
Con la existencia de facturas			2			
Observando si el contrato obedece lo establecido en el art. 21 del CDT			1			
Evadir o no cumplir con las obligaciones patronales, laborales o los controles sociales				8		
Dependerá del caso concreto				1		
Tiene que ver con aspectos de orden económico				6		
El estatus migratorio del trabajador				1		
Derechos de orden económicos					4	
Todos los derechos previstos en el Código del Trabajo					2	
El pago de los beneficios sociales, en especial la afiliación al IESS					5	
La estabilidad laboral					3	
El personal extranjero					1	
El incremento en el valor de las sanciones ya existentes						3
Están de acuerdo con el Acuerdo Ministerial, no propondría reformas						1
Análisis profundo y reforma al código del trabajo						2
Un control mas riguroso						1
Ampliar las atribuciones de los inspectores del trabajo						1

Fuente: Elaboración propia.

Ilustración 1

Análisis de frecuencias de la pregunta uno

¿Qué considera usted por simulación laboral?



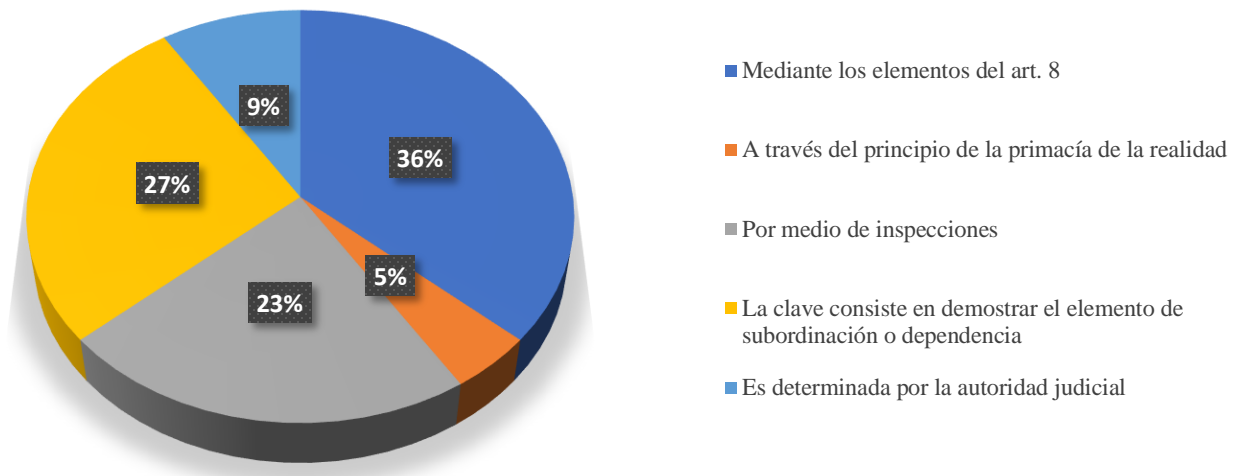
Fuente: Elaboración propia.

Como podemos observar en la figura 1, la mayoría de los participantes acuerdan que simulación laboral se entiende como el hecho de “Disfrazar o aparentar una relación laboral”, la segunda respuesta con mayor frecuencia hace referencia a “Evitar o evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales y el pago de los beneficios sociales”, mientras que la minoría considera que la simulación laboral es “Precarizar una relación laboral” o la “Contratación a terceros”.

Ilustración 2

Análisis de frecuencias de la pregunta dos

Análisis de frecuencia pregunta dos: ¿Cómo se determina la existencia de simulación o encubrimiento laboral?



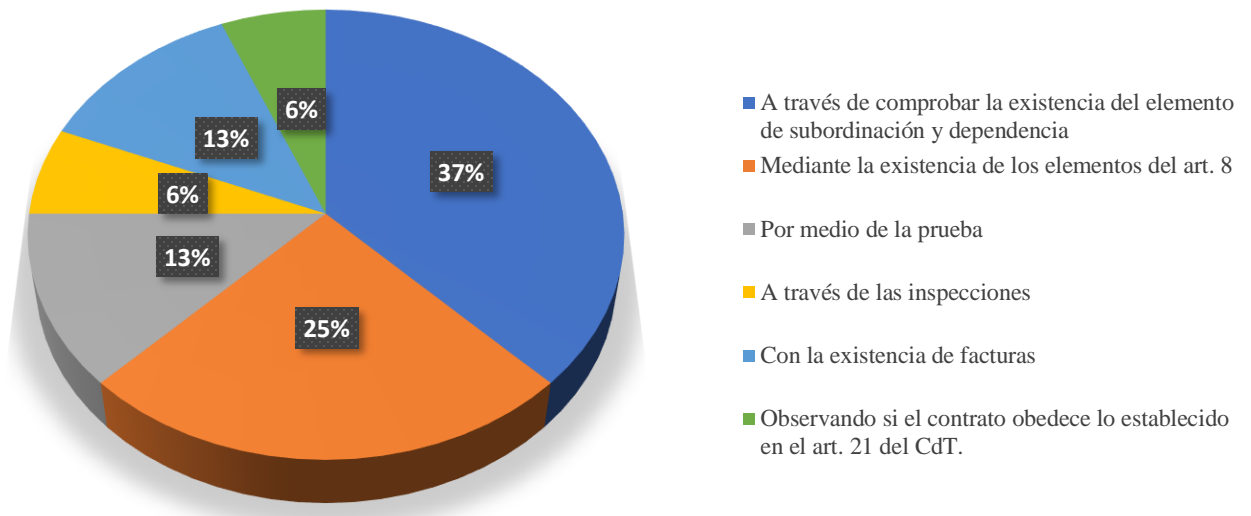
Fuente: Elaboración propia.

En la figura 2 visualizamos que el 36% de los entrevistados consideran que la simulación se determina a través de “Los elementos del art. 8”; el 27% respondieron “Al demostrar la subordinación o dependencia”; el 23% confluyen en que la determinación se lleva a cabo “Por medio de inspecciones”; el 9% mencionan que “Es determinada por la autoridad judicial; y, solo el 5% establecen que “A través del principio de la Primacía de la Realidad”.

Ilustración 3

Análisis de frecuencias de la pregunta tres

¿Cómo diferencia usted un contrato individual de trabajo de uno de prestación de servicios profesionales?



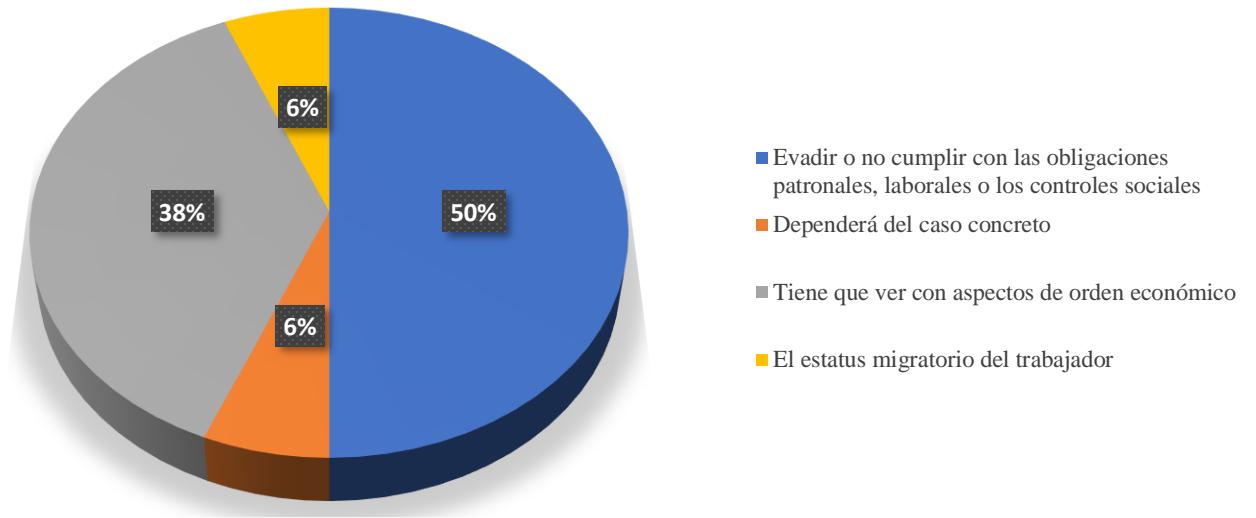
Fuente: Elaboración propia.

En la figura 3 observamos que el 37% de los profesionales confluyen en que estos contratos se diferencian “A través de la existencia del elementos de subordinación y dependencia”; el 25% indican que “Mediante la existencia de los elementos del art. 8”; el 13% respondió que la diferenciación se realiza “Por medio de la prueba” y “Con la existencia de facturas”; mientras que solo el 6% mencionaron que “A través de las inspecciones” y “Observando lo establecido en el art. 21”

Ilustración 4

Análisis de frecuencias de la pregunta cuatro

¿Cuáles considera usted qué constituyen las principales causas en virtud de las cuales se da la simulación laboral?



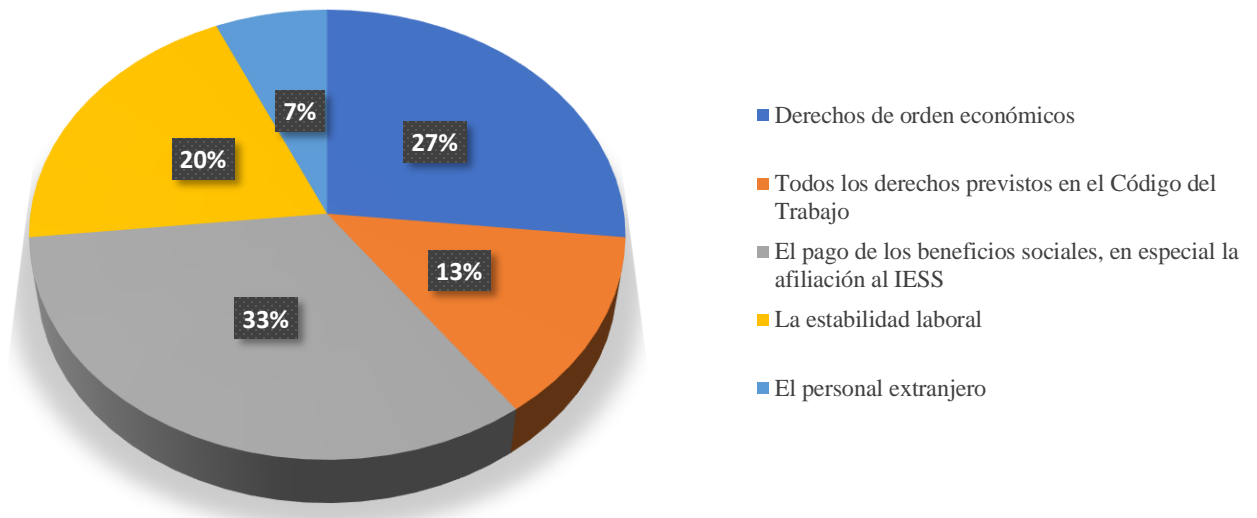
Fuente: Elaboración propia.

En la figura 4 podemos visualizar que la mitad de los participantes consideran que entre las principales causas por las cuales se efectúan las simulaciones está “Evadir o no cumplir con las obligaciones patronales, laborales o controles sociales”; el 38% indica que “Tiene que ver con aspectos de orden económico”; y solamente el 6% mencionan que “Dependerá del caso concreto” y que está relacionado con “El estatus migratorio del trabajador.

Ilustración 5

Análisis de frecuencias de la pregunta cinco

¿Cuáles cree usted que son los derechos que mayormente se ven afectados con la simulación laboral?



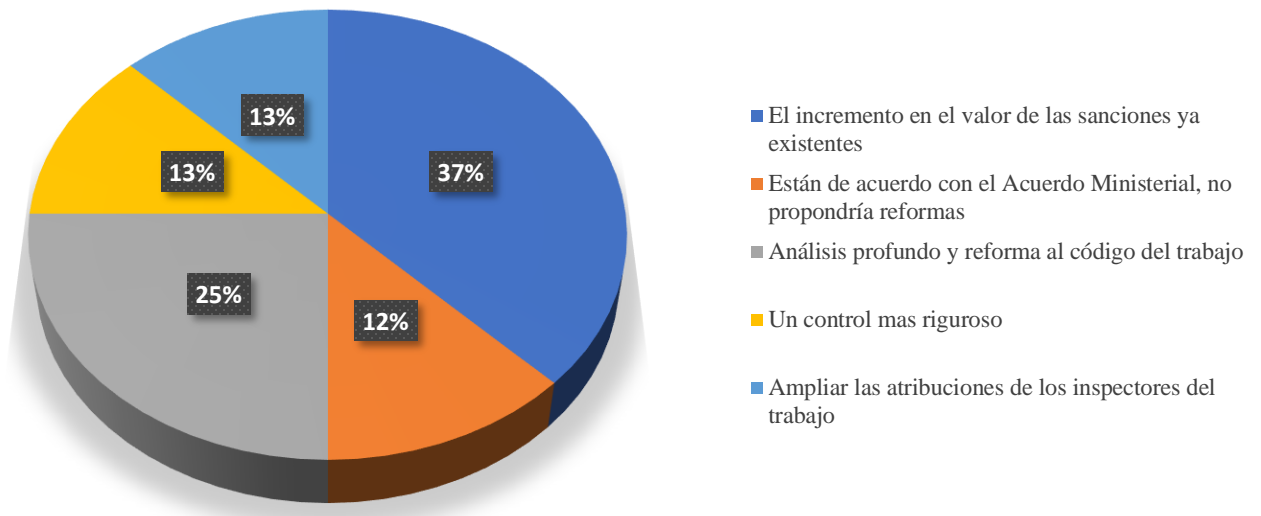
Fuente: Elaboración propia.

Como podemos concebir en la figura 5, las respuestas son bastantes dispersas, el 33% de los entrevistados respondieron que los derechos que mayormente se ven afectados con la simulación son “El pago de beneficios sociales, especialmente la afiliación al IESS”; el 27% acordó que son los “Derechos de orden económicos”; el 20% estableció que es “La estabilidad laboral” aquella que se ve altamente vulnerada; y menos del 14% indica que son “Todos aquellos derechos previstos en el código del trabajo” y “El personal extranjero”.

Ilustración 6

Análisis de frecuencias de la pregunta seis

¿Cuáles son las reformas que usted propondría al Acuerdo Ministerial 2017-0110 para evitar esta afectación de derechos?



Fuente: Elaboración propia.

Como podemos visualizar en la figura 6, ninguna de las respuestas representa una mayoría; el 37% señalan que propondrían “El incremento en el valor de las sanciones ya existentes”; el 25% aconsejan realizar un “Análisis profundo y reforma al código del trabajo”; el 13% mencionan que la alternativa adecuada sería enfocarse en “Un enfoque mas riguroso” y por otro lado “Ampliar las atribuciones de los inspectores del trabajo”; solo el 12% indican que “No propondrían reformas”.

3.7 Conclusión de las entrevistas

Si bien, de manera general, se percibe un entendimiento básico respecto a esta problemática por parte de los entrevistados, podemos evidenciar también que algunos grupos tienen mayor claridad respecto al tema objeto de estudio. Al analizar las respuestas de los entrevistados, creemos que resulta fundamental establecer distinciones más claras y precisas sobre cómo realizar correctamente la diferenciación entre el contrato individual de trabajo y un contrato de prestación de servicios profesionales, para que de esta manera los funcionarios públicos, que son quienes asesorarán a los trabajadores puedan otorgar asesorías correctas y a su vez herramientas a quienes las necesiten.

Sin embargo, este problema no se resolverá únicamente con una mejor y mayor regulación por parte de las autoridades legislativas, es importante ser conscientes de que existe desconocimiento al respecto y que la falta de educación es trascendental, para así poder proporcionar soluciones efectivas. La introducción de factores culturales y éticos por parte del abogado Fernando Teodoro González revela una perspectiva que muchas veces se pasa por alto. Destaca la percepción de que la simulación laboral no es simplemente una decisión que obedece a factores económicos, sino que es también un reflejo de valores culturales y éticos arraigados que desafían las normas y estructuras legales establecidas.

3.8 Conclusiones generales

A través del presente trabajo se ha podido evidenciar que la simulación laboral es una práctica que se realiza cada vez con mayor frecuencia en el Ecuador. Los vacíos legales y la falta de regulación sobre el tema dan como resultado que los empleadores puedan usar este tipo de mecanismos con amplia facilidad.

Mediante la presente investigación, el análisis del caso José Cardona c. ANDICOAUDI S.A. y las entrevistas realizadas a diferentes profesionales del derecho laboral, queda clara no solo la necesidad de que exista una mayor y mejor regulación de la problemática en los Códigos vigentes, esto con el objetivo de poder diferenciar de manera más precisa un contrato de prestación de servicios profesionales de un contrato individual de trabajo, sino también la necesidad de un análisis más profundo y la falta de educación que existe al respecto, no

solamente por parte de personas que en teoría son profesionales del derecho laboral, sino por parte de la población en general. Una de las inspectoras del trabajo, a través de las entrevistas, puso en conocimiento la existencia de casos en donde trabajadores deciden obviar, por conveniencia, su relación laboral con el objetivo de no dejar de percibir bonos gubernamentales para los cuales califican al no encontrarse afiliados.

Según datos proporcionados sobre el mes de agosto por la INEC (2023) en Ecuador, solo 35% de la población tiene un empleo adecuado, es decir, reciben el sueldo básico y trabajan como máximo 40 horas semanales, de los cuales solamente el 24,8% se encuentran afiliados al IESS, siendo el sector informal quien emplea al 54,6% de la población. Son estas y muchas otras realidades las que resultan tan preocupantes, si bien podemos imponer multas más fuertes, sanciones mayores y crear nuevas leyes, este no es un problema únicamente legal, sino que va más allá, afectando el desarrollo socioeconómico del país y la oportunidad de una vida digna para los trabajadores y sus familias, debilitando no solamente la economía sino también la institucionalidad de la seguridad social, la falta de afiliación al IESS no solo priva a los trabajadores de beneficios esenciales de salud y jubilación, sino que también amenaza la sostenibilidad financiera del propio Instituto. Esta evasión contributiva compromete la liquidez y, por ende, la capacidad del mismo para ofrecer servicios y beneficios a la población en general.

Pero más allá de los impactos económicos directos, la simulación laboral evidencia fallas en nuestro tejido sociocultural. Como uno de los entrevistados sugirió, existe en nuestras sociedades una "cultura de evasión" que, combinada con otros factores, perpetúa prácticas que, si bien benefician económicamente a unos pocos, erosionan el tejido social y comprometen el bienestar colectivo de todos. La aceptación de estas prácticas refleja una desvalorización del trabajo, una tolerancia a la ilegalidad y, en última instancia, una renuncia a aspirar a una sociedad más justa y equitativa.

Este es un fenómeno que trasciende la simple precarización del trabajo y la evasión de responsabilidades por parte de los empleadores. Es un síntoma de una problemática mucho más profunda en la estructura cultural y educativa de nuestras sociedades, jugando la educación un papel crucial en este contexto. Las leyes y sanciones, aunque necesarias, son insuficientes por sí solas para erradicar estas prácticas. Es esencial un cambio de mentalidad y perspectiva que

solo puede ser impulsado por una educación robusta y holística que promueva valores de justicia, equidad y respeto hacia los derechos laborales. Esta educación no debe limitarse a las aulas y hogares, sino que debe integrarse en discursos y políticas públicas, en campañas de sensibilización y en prácticas corporativas éticas.

En conclusión, abordar la simulación laboral requiere no solo una respuesta legal y política, sino también un profundo cambio cultural y educativo. Solo al enfrentar y transformar las raíces educativas y culturales de esta problemática podremos aspirar a construir una sociedad en la que el trabajo sea valorado adecuadamente, una sociedad en la que dejen de primar los intereses particulares de unos pocos por encima de todos, una sociedad en la cual los derechos laborales sean respetados y las instituciones públicas crezcan sólidas.

Referencias:

- Barona Betancourt, R. (2010, 6 de mayo). Principios del Derecho Laboral en el sistema jurídico colombiano. Recuperado el 21 de abril de 2015, de http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista/2/16ricardobarona.pdf
- Bejarano, J. (2011). LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS BAJO LA LEGISLACIÓN LABORAL VIGENTE EN BOLIVIA: Cuidado con las posibles demandas laborales y sanciones por la utilización de contratos de prestación de servicios. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (11), 240-258. Recuperado el 17 de abril de 2023, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572011000100011&lng=es&tlng=es
- Bosqu ez, J. (2017). EL FRAUDE Y LA SIMULACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA (Programa de Maestría en Derecho Laboral). Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- Brantt, M. (2016). El derecho supletorio del contrato de servicios en el código civil chileno. Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento. *Revista de Derecho*, Valparaíso.
- Cabenellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.
- Cabenellas, G. (1997). *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Heliasta.
- CEPAL. (2000). *Panorama social de América Latina 1999-2000*. CEPAL, Chile.
- Código de Trabajo del Ecuador. (2005). Asamblea Nacional.
- Código Civil del Ecuador. (2005). Congreso Nacional.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). Asamblea Nacional.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Asamblea Constituyente.
- Carhuatocto, H. (2010). EL FRAUDE Y LA SIMULACION EN LA CONTRATACION LABORAL.

Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley.

Corte Constitucional de Colombia. (2004, 29 de septiembre). Sentencia C-934 de 2004, Referencia: expediente D-5132. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-934-04.htm>

Corte Constitucional. (2014, 04 de junio). Sentencia No. 093-14-SEP-CC, caso No. 1752-11-EP.

Corte Constitucional. (2016). Caso No. 0021-13-IN; sentencia No. 006-16-SIN-CC.

Corte Nacional de Justicia (2013). Sala de lo Laboral, Caso No. 0874-2013-SL.

Corte Nacional de Justicia. (2012). Sala de lo Laboral, Juicio No. 1613-2012.

De Buen, N. (1988). Derecho Procesal del Trabajo. México: Editorial Porrúa.

De Buen Lozano, N. (2011, 4 de agosto). Derecho del Trabajo. Recuperado el 9 de septiembre de 2019, de <https://es.scribd.com/doc/61583234/Derecho-Del-Trabajo-nessor-de-Buen-Lozano>

De Díaz-Bravo, L., Torruco-García, U., Martínez-Hernández, M., & Varela-Ruiz, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en Educación Médica*, 2(7), 162-167.

Edig Ltda. (2020). El contrato de honorarios. Editorial Libromar, Santiago, Chile.

Hirata y Zariffia, P. (2006). El Concepto de Trabajo.

Labatut, G. (2006). Derecho Penal, Parte especial. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

La Cueva, M. (2012). El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.

Marx, K. (1965). *Le Capital*, livre I. NRF, Bibliothèque de la Pléiade.

Mora Salas, M. (2005). Ajuste y empleo: notas sobre la precarización del empleo asalariado. *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, II (108), 27-39.

Mansilla y Mejía, M. (2011). Fraude a la ley: *Fraus legis facta*. Recuperado de [https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ\(Art_7\).pdf](https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ(Art_7).pdf)

- Neves Mujica, J. (2004). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pacheco Zerga, L. (2012). Los elementos esenciales del contrato de trabajo. *Revista de Derecho*.
- Pasco Cosmopolis, M. (2005). Ajuste y empleo: notas sobre la precarización del empleo asalariado. *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, II (108), 27-39.
- Pasco Cosmópolis, Mario. En torno al principio de irrenunciabilidad. En: *IUS EST VERITAS: Revista de la Asociación IUS EST VERITAS*, No. 31, 2005, p. 217-228.
- Vallecilla-Baena, L.F. (2018). La relación laboral y el contrato de trabajo. En L. A. Diazgranados-Quimbaya, L. F. Vallecilla-Baena, C. M. Diazgranados-Quimbaya, S. Gómez-Escobar, J. D. Montenegro-Timón & J. E. Almanza-Junco (pp. 27-69). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Vicuña, J. (2019). El Arbitraje y las Cortes: la experiencia del Azuay. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*.