



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**El principio de primacía de la realidad frente a casos de
simulación laboral como aparente contrato civil de
prestación de servicios y sus implicaciones en el derecho
procesal**

AUTOR:

Charles Moreira Alcívar

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de:
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**

TUTOR:

Álava Loor, Juan Pablo

Guayaquil, Ecuador

28 de agosto del 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Moreira Alcívar, Charles Guillermo**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Álava Loor, Juan Pablo

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Lynch, María Isabel

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA
SOCIALES Y POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, Moreira Alcívar, Charles Guillermo

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **El principio de primacía de la realidad frente a casos de simulación laboral como aparente contrato civil de prestación de servicios y sus implicaciones en el derecho procesal**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2019

AUTOR:

f. _____
Moreira Alcívar, Charles Guillermo



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA
SOCIALES Y POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO
AUTORIZACIÓN**

Yo, **Moreira Alcívar, Charles Guillermo**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **El principio de primacía de la realidad frente a casos de simulación laboral como aparente contrato civil de prestación de servicios y sus implicaciones en el derecho procesal**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2019

AUTOR:

f. _____
Moreira Alcívar, Charles Guillermo



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA
SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

INFORME DE URKUND

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

INFORME DE URKUND

Para Jenny y Guillermo, en recuerdo de sus
A mi familia, en su paz y amor y eterna esperanza.

Documentos: TESIS MOREIRA ALCIVAS CHARLES.docx (D59249354)

Presentado por: 2019-09-03 16:01 (-05:00)

Presentado por: maritzareynoso@evrigm@gmail.com

Recibido por: maritza-reynoso.uecg@analysis.orkund.com

Mensaje: Tesis Charles Moreira [Mostrar el mensaje completo](#)

1% de estas 11 páginas, se componen de texto presente en 1 fuentes.

Lista de fuentes	Bloques
<input type="checkbox"/> Categoría	Enlace/nombre de archivo
<input type="checkbox"/> Fuentes alternativas	TESIS corregida y terminada.docx
<input type="checkbox"/> Fuentes no usadas	

INTRODUCCIÓN

En América Latina, ha sido una constante, durante varios años, la adaptación de cuerpos legales o normativos como propios, sometiendo el ordenamiento jurídico a nociones que muy seguramente se desarrollaron en realidades o necesidades completamente ajenas a las que requieren nuestros pueblos. Específicamente, en el Ecuador, la normativa española y la italiana han ido marcando el rumbo de la historia del derecho.

TUTOR

f.

Alava Loor, Juan Pablo

ESTUDIANTE

f.

Moreira Alcivar, Charles Guillermo

Para Jenny y Guillermo, mi razón de ser.

A mi familia, por su paciencia y entera confianza.

A mis fieles amigos, que los llevo en el alma.

A todos quienes, siendo luz u oscuridad, contribuyeron en mi vida.

Y a Dios, por ser el creador y responsable de todo lo anterior.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA
SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. José Miguel García Baquerizo

DECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS

f. _____

Ab. Luis Eduardo Franco Mendoza

COORDINADOR DEL ÁREA

f. _____

Dr. José Miguel Vélez Coello

OPONENTE

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
1. CAPITULO I.....	3
1.1. El contrato de prestación de servicios	3
1.1.1. Antecedentes históricos.	3
1.1.2. Principales diferencias entre el contrato de prestación de servicios y otros tipos de contratos civiles	4
1.1.3. Definición legal	5
1.2. El contrato de trabajo.....	6
1.2.1. Antecedentes históricos	6
1.2.2. Elementos del contrato de trabajo.....	7
1.2.3. Definición legal	9
1.3. Distinciones entre el contrato civil de prestación de servicios y el contrato de trabajo 10	
1.4. El principio de la primacía de la realidad	11
1.4.1. La doctrina.....	11
1.4.2. La jurisprudencia	12
2. CAPITULO II.....	13
2.1. Nociones preliminares del problema	13
2.2. Simulación o fraude laboral	14
2.3. Repercusiones procesales.....	15
2.3.1. La verdad procesal.....	15
2.3.2. Limitación al formalismo	17
2.3.3. Los fallos <i>ultra petita</i> y <i>extra petita</i>	18
2.3.4. Las cargas probatorias dinámicas.....	19
CONCLUSIONES.....	20
RECOMENDACIONES.....	21
BIBLIOGRAFÍA.....	22

RESUMEN

La presente investigación, realiza un análisis de las repercusiones jurídicas que se derivan de la simulación o fraude laboral, y la necesidad de implementar en nuestro ordenamiento jurídico principios como el de la primacía de la realidad. Este trabajo realiza un análisis entre dos modelos contractuales que difieren en su naturaleza jurídica, pero que suelen emplearse, según la intención, para eludir responsabilidades. En el desarrollo del presente trabajo, que incorpora una revisión conceptual de herramientas probatorias en el derecho procesal laboral, donde se propone al órgano legislativo competente que se reforme nuestra ley procesal y laboral.

Palabras Claves

Primacía de la realidad, derecho procesal, simulación laboral, teoría dinámica de la prueba.

ABSTRACT

The present investigation carries out an analysis of the legal repercussions that are derived from the simulation or labor fraud, and the need to implement in our legal system principles such as that of the primacy of reality. This work carries out an analysis between two contractual models that differ in their legal nature, but are usually used, according to the intention, to avoid responsibilities. In the development of this work, which incorporates a conceptual review of probative tools in labor procedural law, where it is proposed to the competent legislative body to reform our procedural and labor law.

Keywords

Primacy of reality, procedural law, labor simulation, dynamic theory of the test.

INTRODUCCIÓN

En América Latina, ha sido una constante, durante varios años, la adaptación de cuerpos legales o normativos como propios, sometiendo el ordenamiento jurídico a nociones que muy seguramente se desarrollaron en realidades o necesidades completamente ajenas a las que requerían nuestros pueblos. Específicamente, en el Ecuador, la normativa española y la italiana han ido marcando el rumbo de la historia del derecho.

Es por ello que, dentro del ámbito laboral de nuestro país, a lo largo de su desarrollo jurídico, es evidente que ha sido inmiscuido en un esquema relativamente ajeno a su naturaleza, propiamente al civil.

Las regulaciones que se analizarán en detalle, responden a condicionamientos del hombre desde lo más rudimentario hasta el apogeo de figuras jurídicas modernas relativas a las interacciones de los hombres, sin perjuicio del apego por lo moral y humanitario.

Las reglas procesales del derecho privado han demostrado su incapacidad para resolver con justicia los conflictos de trabajo, en los que la desigualdad de las partes es la regla general y en los cuales los principios liberales e igualitarios del derecho civil no hacen sino acentuar las diferencias preexistentes, por ello, es importante precisar los elementos y características que permiten identificar una relación puramente de trabajo a diferencia, de una actividad de prestación de servicios de índole civil o mercantil, puesto que de aquí se desprende la problemática doctrinaria y su ampliación procesal de aterrizar en la denominada “teoría de la realidad”.

Frente a estos desfases normativos, sumados a una imperfecta valoración probatoria y un incorrecto desarrollo jurisprudencial, surgen cuestionamientos acerca de la prosecución de justicia, deslindando el férreo romance de la denominada -debilidad- de un trabajador y en justa medida, los hechos que simulan una realidad distinta.

1. CAPITULO I

1.1. El contrato de prestación de servicios

1.1.1. Antecedentes históricos. -

La primera concepción de servicio en la antigua civilización romana se enmarca en una situación de esclavitud, donde, el trabajo de los esclavos al no ser éstos reconocidos como sujetos de derechos, encontraba en el arrendamiento *-locatio-* una figura apta para albergar la prestación de servicios.

Posteriormente, las personas libres empezaron a realizar actividades a favor de otros con condición remunerativa, y al ser estos consideradas ya no cosas, se encuadró la figura en el denominado mandato romano (Lorenzetti, 2004), sin perjuicio de aquello, la gratuidad del mandato destinada a actividades intelectuales delimitaba el marco regulatorio de la época, por lo que el autor Alonso señala,

“El no acomodo de esta realidad jurídica a la práctica social provocó la elaboración, por los jurisconsultos, de la distinción entre honorarios y *merces*. Esta construcción permitió que lo recibido por realizar un mandato no fuera considerado nunca como valor de cambio por el servicio prestado *-merces-* sino que se entendía como un agradecimiento, un reconocimiento, un honor, nunca una ganancia *-honorarios-*.” (Perez, 1997)

El modelo planteado, relativo a la época, respondía a las necesidades y condiciones de vida de aquel momento y lugar de la civilización, donde la esclavitud fue recurso indispensable como actividad económica relativa a la mayoría de los contratos celebrados.

En la edad media, el surgimiento monárquico y escolástico dio inicio a una evolución contractual, estipulándose figuras como el *contrato de servicio fiel*, posiblemente la más longeva configuración del contrato de servicio, surgiendo actividades de sujeción permanente como la del servicio doméstico o el contrato de aprendizaje entre alumno – maestro.

Aterrizando mucho tiempo después, en precedentes legales de nuestro país, se estipula en el primer código civil vigente desde 1861 por disposición del Gobierno provisorio del Ecuador, en el artículo 1900, un concepto sobre el contrato de arrendamiento que establecía lo siguiente:

“El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, ó a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra ó servicio un precio determinado.” (Senado y camara de Representantes, 1860)

Es importante precisar que, según lo establecido en esta norma, aquella antigua legislación consideraba lo mismo arrendar una edificación o un mueble, que arrendar los servicios personales de algún individuo para que ejecutare una obra *-locatio operis faciendi-* o para que preste un servicio *-locatio conductio operarum-*, y en virtud de ello tendría un pago. Aquello conlleva una relativa denotación civilista de considerar al trabajo como una mercancía.

1.1.2. Principales diferencias entre el contrato de prestación de servicios y otros tipos de contratos civiles

I. El contrato de prestación de servicios y el contrato de arrendamiento de obra

Pese a que comparten similares características de la teoría general de las obligaciones, como la bilateralidad, consensualidad, onerosidad, y conmutatividad, según Ennecerus estos contratos se diferencian en que por el contrato de servicios una de las partes promete servicios, esto es la actividad o el trabajo mismo, no su resultado, y la otra parte promete una remuneración de cualquier clase. En cambio, en el contrato de obra el empresario soporta el riesgo (esto es, pierde la pretensión dirigida a la contraprestación) cuando por una causa no imputable a ninguna de las partes no se logra el resultado debido del trabajo. (Enneccerus, 2005)

II. El contrato de prestación de servicios y el mandato

La brecha que separa la distinción entre estos contratos es muy corta, por cuanto tienen en común la actividad de un hombre considerada como trabajo personal, por cuanto afirma el profesor Juanes, que no es extraño comprobar cierta confluencia, y hasta alguna superposición, más que la posibilidad de una oposición entre ambas figuras. (Juanes, 2005)

La diferencia estaría situada en el objeto, por cuanto el mandato, la “gestión de uno o más negocios” así establecido en nuestro código civil (Senado y cámara de Representantes, 1860), nos da la noción de administrar un negocio ajeno, para lo cual podría ser necesario la ejecución de uno o varios actos jurídicos. Es decir que existe un grado representación mayor al de prestar un servicio a favor de un ajeno.

1.1.3. Definición legal

Nuestra legislación manifiesta una definición inclusiva de todos los tipos de arrendamientos, estableciendo textualmente lo siguiente:

“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.”

La ley así también establece una reglamentación propia a cada uno de los tipos de contratos de arrendamientos, pudiendo ser, según nuestro código civil, el arrendamiento de cosas, de obra y de servicios, correspondiendo para el presente trabajo investigativo, el manifestado en el artículo 1941 ibídem, que textualmente dice:

“Art. 1941.- 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.”

Por lo tanto, los servicios son el objeto de una relación jurídica obligatoria que atiende específicamente a la configuración del tipo contractual nominado como “contrato de servicios”, que en nuestra legislación responde al *denominado* “contrato de arrendamiento de servicios” (art. 1941). En este caso, en palabras de Pérez, el servicio implica una obligación de hacer; supone la efectiva realización de un trabajo concreto, que, en sí mismo considerado, representa un valor económico. (Perez, 1997)

1.2. El contrato de trabajo

1.2.1. Antecedentes históricos

Los elementos que constituyen un contrato de trabajo, han evolucionado con el paso de los siglos. Como se ha referido en los antecedentes del contrato de servicios, el hombre a lo largo de la historia ha desempeñado actividades en favor de un tercero, sean estas retribuidas o no.

Hasta la aparición de la industria, el contrato de trabajo mantenía su afianzamiento en el derecho civil. Antes del nacimiento formal del derecho del trabajo, la tarea de establecer las normas, por la vía de las exigencias, correspondió a los múltiples congresos obreros que se celebraron a partir de la mitad del siglo XIX.

Como cita De Buen, el primer gesto obrero se invoca en el primer Congreso, celebrado en Londres en el mes de junio de 1847, el de la “Liga de los Comunistas”, que precede a la publicación, un año después, del Manifiesto (De Buen, 2006).

Sin dejar de lado los antecedentes sangrientos que se dieron en todo el mundo, incluyendo nuestro país, como en el caso de la masacre de los trabajadores del 15 de noviembre de 1922, deja en evidencia que el surgimiento de esta rama es ineludiblemente social. Por ello que la doctrina, como precisaremos luego, ha desarrollado principios que buscan soportar o equilibrar la carga dentro de una relación laboral.

En el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico, aparece en el año de 1929 “la primera ley sobre el contrato individual de trabajo” dictada por el presidente isidro Ayora, que en su segundo artículo define lo siguiente:

“Art. 2.- La ley considera como contrato toda relación de trabajo que se establezca entre el patrono que lo proporciona, y un obrero, dependiente o empleado que se compromete a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto.” (Ayora, 1928)

Posteriormente, se dicta el primer código de trabajo, que define al trabajador en los siguientes términos:

“Art. 9.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.” (Ministerio de prevision, 1938)

Estas disposiciones legales ratifican la diferencia que existe entre ejecutar una obra o prestar un servicio que ya se había considerado en el código civil del Ecuador.

1.2.2. Elementos del contrato de trabajo

El contrato de trabajo es aquel acto jurídico mediante el cual una persona –denominada servidor, dependiente, trabajador, asalariado, obrero u empleado- pone se pone a disposición o acata las directrices de otro sujeto - patrono, empleador, empresario o jefe-, su fuerza o ejecución de trabajo continua, a cambio de una compensación económica.

En términos sencillos, el profesor Tomaya define al contrabajo 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. (Tomaya, 2005)

Las dificultades propias que se plantea en la aplicación del modelo civilista ocasionaron que varios estudiosos acoplaran y desarrollaran otras explicaciones distintas a las comunes de los contratos y dirigirlas a la noción propia del contrato de trabajo. El aporte doctrinario emerge con la distinción

de elementos que enmarcan la situación de *laborabilidad*, determinando así, esencialmente cuatro elementos que deben cumplirse para la ejecución de este tipo contractual, siendo los que brevemente detalla el profesor Córdova de la siguiente manera:

“(...) Superados los problemas relativos a la conceptualización del contrato de trabajo, la atención de los laboristas se concentró en la determinación de sus elementos propios. Tanto la doctrina como la legislación pronto establecieron lo que pudieran calificarse como los cuatro elementos fundamentales inherentes al contrato-relación de trabajo. Hace falta, en primer lugar, que exista una prestación de servicios personal y voluntaria. En segundo lugar, esa prestación debe hacerse por cuenta ajena, o lo que es igual, para otro u otros. En tercer lugar, se requiere que las obras o servicios de que se trate se efectúen en una relación de dependencia o subordinación con respecto al empleador. Y, es preciso, por último, que medie una remuneración o salario.” (Cordova, 2006)

Atendiendo al análisis de cada elemento, se precisa considerar de manera breve sus características:

a) 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.

b) Ajenidad. – es propiamente la actividad realizada por cuenta ajena, que supone para una parte el goce de los frutos de dicha actividad, y para la parte, el riesgo de encomendar a un tercero de igual manera una determinada actividad.

c) Subordinación o relación de dependencia. - es el derecho que tiene el empleador a dirigir la prestación del trabajador, a fin de obtener la prestación contratada. En este elemento la doctrina distingue una trilogía de facultades, refiriendo:

“I.- poder de dirección: facultad que define el destino de labor del trabajador en un tiempo, lugar y manera de hacer, y que se traduce en instrucciones y ordenes concretas.

II.- Poder de control: facultad que se traduce en la posibilidad de verificar el cumplimiento de la labor encomendada en la forma como se instruyó u ordenó.

III.- Poder disciplinario: facultad del empleador mediante la cual puede sancionar al empleado por el incumplimiento de sus instrucciones u órdenes o por una falta laboral.” (Sanguinetti, 1988)

d) Remuneración. - es el principal derecho del trabajador que se deriva de la relación laboral, y se define como la contraprestación que recibe el trabajador por el trabajo brindado.

1.2.3. Definición legal

Nuestra legislación establece la definición de contrato individual de trabajo en los siguientes términos:

“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.” (Trabajo)

Del sencillo análisis de la definición que nos concede la ley vigente, se observa que se establecen los mismos elementos que la doctrina ha aportado en el desarrollo de la materia, fijando aquí un punto muy importante en nuestra investigación, puesto que dependerá en gran medida del aporte de las pruebas y la valoración de las mismas, lo que permita esclarecer frente a que escenario realmente se encuentra un individuo, en miras de querer establecer un derecho o resarcir un eventual daño.

1.3. Distinciones entre el contrato civil de prestación de servicios y el contrato de trabajo

Es quizá la principal diferenciación entre un contrato de trabajo y un contrato civil de prestación de servicios (así aceptado por la doctrina y la jurisprudencia) el vínculo de subordinación y dependencia que se desprende como elemento de *laborabilidad* expresado así en la definición normativa.

Pero no es únicamente la existencia de la dependencia lo que perfecciona el supuesto, debido que, la dependencia es la contraprestación de un derecho, en este caso una relación de orden-obediencia, que, si se evalúa de manera aislada, es común que se presente en materia civil al igual que en materia laboral.

Existe, por tanto, una función de apreciación común entre el contrato civil y el laboral. Sin embargo, a palabras de Lorenzetti, en los negocios de colaboración autónomos, hay una intromisión del titular del interés sobre la actividad de quien realiza la colaboración y está destinada a precisar el encargo; en cambio, en el contrato de trabajo, no es el colaborador quien está en relación con el tercero, sino que es el titular del interés (empleador) quien se vincula con otros, y de ahí que el obrero colabora de un modo "instrumental". Por eso la dependencia es más fuerte que la injerencia. (Lorenzetti, p. 584).

El principio conocido de derecho civil, *-lex contractus, pacta sunt servanda-* (*el contrato es ley para las partes*), no tiene validez en el derecho laboral. Para este, el contrato no necesariamente es ley para las partes, lo que significa que aunque en forma libre y voluntaria dos sujetos hubieren celebrado un contrato de trabajo ante la autoridad correspondiente, carece de valor, si sus cláusulas contradicen las disposiciones legales contenidas en el código del trabajo o si la labor que efectivamente realizó el trabajador fuere diferente a la que señala el contrato, es un contrato que regula la esencia de las relaciones laborales y no la apariencia o su forma exterior; no es un contrato formal, sino un contrato esencial.

1.4. El principio de la primacía de la realidad

1.4.1. La doctrina

Para el maestro mexicano (De la Cueva, 1982), acerca de este principio manifiesta: *“(...) La relación de trabajo reposa esencialmente en la realidad de los hechos que la preceden, y no de lo pactado entre el empleador y el trabajador, por ende, al desarrollarse una relación laboral contractual, donde se topa a una persona natural que presta servicios personales a otra, ya sea natural o jurídica, bajo continua dependencia y subordinación, se estará en presencia de un contrato realidad. Este no nace del “acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación.”*

Por su parte, El profesor uruguayo (Plá, 1998), señala que “en caso de discordancia entre 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 sucede en el terreno de los hechos”. Agrega el autor que: “en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control”, es decir, que prevalecerá la realidad antes que lo establecido en documentos o formales acuerdos.

Por otra parte y como bien lo señala García, la importancia de este principio radica en que se constituye como uno de los que le otorga su autonomía al derecho del trabajo, de la rama del derecho civil, con todas sus implicaciones legales y procesales.

“El derecho del trabajo tiene sus propios principios generales, como rama jurídica autónoma que es. Ello no significa renegar de la unidad del derecho ni reconocer la existencia de comportamientos estancos. Pero así como existen principios que abarcan la totalidad del derecho, también existen otros que son especiales de cada materia autónoma. Tal ocurre con el derecho de trabajo, que ha elaborado los propios, como el principio protectorio, o el de irrenunciabilidad, o el de la primacía de la realidad, o, como hemos dicho en otros trabajos, el

principio de humanización y dignificación del trabajo". (García Martínez, 1987)

1.4.2. La jurisprudencia

En torno al principio de primacía de la realidad, nuestros jueces se han pronunciado con criterio esencialmente similar al de varios doctrinarios mencionados anteriormente, manifestando lo siguiente:

Primer caso

"(...) cabe insistir que el juzgador debe privilegiar la realidad por sobre los documentos que únicamente sirven cuando son el reflejo de aquélla, lo contrario significaría respaldar las diferentes formas de encubrimiento que se dan para soslayar las responsabilidades laborales, el tratadista José Luis Ugarte Cataldo en su obra "El Nuevo Derecho del Trabajo" a fs. 62, dice: "Entre los principios imperantes en materia de derecho del trabajo y que sirven de inspiración al derecho positivo en esta rama, se encuentra el de la primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos". (Contrato realidad, 2007)

Segundo caso

"(...) pese a existir la denominación de "Servicios Profesionales" con cláusulas que dicen que la contratación es de carácter civil, pues debe considerarse que por sobre el contrato formal de apariencia civil, está el contrato realidad, que es el que debe prevalecer para efectos de examinar si la empleadora cumplió o no con las normas legales que amparan al trabajador.- Juicio No. 614-05.- César Arboleda Ibarra c/ Autoridad Portuaria de Esmeraldas.- El accionante trabajó bajo la subordinación administrativa, disciplinaria, económica y aún técnica de

la empleadora, y en consecuencia, por más que se haya tratado de ocultar la índole real del contrato denominándole de "prestación de servicios profesionales por honorarios", queda claramente establecido que la relación contractual que ligó al actor de la presente causa con Autoridad Portuaria de Esmeraldas, fue de carácter laboral, pues por encima del contrato formal de apariencia civil, está el contrato realidad que es el que debe prevalecer para examinar si la empleadora cumplió o no con las normas legales que amparan al trabajador." (Contrato de obra, 2012)

Es evidente que los jueces han asumido criterios doctrinarios para resolver o dilucidar hechos que simulaban una realidad aparente, sustentada en meros documentos. Y a pesar de conocer que la doctrina es fuente de derecho, resulta preocupante que la aplicación de este principio, coherente con el desarrollo social, no se debe a una deducción lógica de aplicación de ley (en virtud de una previa valoración probatoria), puesto que, muy desacertadamente no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

2. CAPITULO II

2.1. Nociones preliminares del problema

El derecho social a diferencia del individual yace sus principios no en individuos aislados, sino en conglomeración de ellos. Esto generalmente en razón de criterios de humanidad y equidad, porque no es desconocido que como afirma Hobbes, *-el hombre es el lobo del hombre-*, y en una relación de individuos habrá un desbalance si entre ellos existe una diferencia económica o de poder, un criterio antagónico del supuesto jurídico de que todos los individuos somos iguales ante la ley.

2.2. Simulación o fraude laboral

Señala el profesor Alegre, que la simulación es un engaño, un fraude que puede ser en perjuicio de terceros, del estado y de la ley con la finalidad genérica de evadir una consecuencia jurídica, cualquiera sea su manifestación como evasión de tributos, evasión de la ley aplicable, evasión de restricciones legales y demás. (Alegre, 2013)

Esta idea se materializa en el derecho laboral como pre acuerdos que usualmente se realizan entre el trabajador y el empleador, ello por motivos generalmente económicos o por conservar estabilidad en el lugar de trabajo, que en algunos casos de condiciona al despojo de derechos esenciales contemplados en la norma laboral.

Al respecto menciona el autor Ferrara que: *“La simulación laboral no es realidad, sino ficción de realidad, haciendo aparecer hacia el exterior lo que no es, o mostrando una cosa que realmente no existe. Por tanto, la simulación termina generando una contradicción entre apariencia y realidad, debido a que las partes deciden mantener en secreto el verdadero acto que se está celebrando.”* (Ferrara, 1960)

2.2.1. Efectos de la simulación laboral

De la mano del doctrinario capitalino (Alegre, 2013), se establecen principalmente tres efectos que se derivan de la simulación laboral:

- I. Efecto jurídico.- La destrucción jurídica del contrato de trabajo en desmedro de una figura civil, es decir, de manera general el quebrantamiento del ordenamiento jurídico que ordena el sometimiento de un trabajo a las normas laborales, en particular constituye una violación a normas y principios como la buena fe contractual, estabilidad laboral, protección estatal entre otros.
- II. Efecto económico.- El despojo del trabajador de todas sus garantías económicas como: a) vacaciones; b) condiciones de salario mínimo;

c) horas extraordinarias de trabajo; d) Remuneraciones adicionales entre otras; y e) Utilidades.

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

2.3. Repercusiones procesales

2.3.1. La verdad procesal

Cabe indicar que la verdad procesal es la que se origina del juicio, la que se encuentra en los medios probatorios que han utilizado las partes y a la que ha llegado el juzgador. Por ello, el profesor (Echandia, 2006), expone que: *“En derecho procesal no es la existencia del derecho, sino su evidencia o demostración en el juicio, lo que importa”*. Por lo tanto, la prueba al ser una de las más importantes instituciones jurídicas dentro del sistema probatorio, permite que los jueces alcancen el conocimiento de la verdad de los hechos que se enumeran en el juicio.

Frank Jerome citado por Parra Jairo, expresa: *“ninguna decisión es justa si está fundada sobre un acertamiento errado de los hechos”*. De ello se colinde que la prueba es el elemento que utilizan las partes procesales para obtener las razones que encaminen al juez al momento de resolver.

La Sentencia de la corte nacional de justicia, se refiere a la valoración probatoria en los siguientes términos:

“(…) Esta Sala, como introducción al tema, considera apropiado transcribir dos citas que se hacen en el libro "TEMAS LABORALES Y JUDICIALES" Ed. 2005-Autor: Rubén Bravo Moreno, de: "José María Obando Garrido, tratadista colombiano que en su obra Derecho Procesal Laboral, Terc. Edic. 2003, en el Capítulo IV, La Prueba Laboral,

Concepto, dice: "La prueba es el acto de observación, percepción, representación, reconstrucción, demostración, examen y convicción procesal de los hechos y actos jurídicos ocurridos con anterioridad al proceso, para descubrir la verdad.

La prueba busca la concordancia de los hechos con el objeto de su fundamento, que son las pretensiones y afirmaciones que se dan en el proceso, para conducir al Juez Laboral, mediante su valoración, a la justicia de la sentencia. Es decir, consiste en la operación procesal de hacer eficaz la verdad y la exactitud o falsedad de los elementos fácticos y voluntarios, controvertidos de un proceso."

Enrique Paillas, en "Estudios de Derecho Probatorio", en la página 14 cita a Serra Domínguez quien afirma "el fin de la prueba consiste en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos. Ciertamente lo que interesa del proceso es que las afirmaciones de las partes, concordes o no con la realidad, sean declaradas probadas positiva o negativamente. Pero ello no quiere decir que el proceso deba entenderse totalmente aislado de la realidad. Precisamente una de las funciones de la prueba es la de lograr la traslación de los hechos de la realidad al proceso."

En otro acápite del libro se anota: "En alguna sentencia decíamos: "Nuestro sistema procesal impone que la valoración de la prueba se sujete a las reglas de la sana crítica "sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos" pero sin incluir el alcance de la sana crítica ni determinar de manera taxativa cuáles son las reglas que se deben cumplir en el juzgamiento. La doctrina determina que la sana crítica es la posición ecléctica entre la prueba tasada y la libre valoración, que es el proceso lógico jurídico en que el juzgador aprecia las pruebas aportadas y las valora, determinando aquéllas que acepta en la conformación de su criterio;..." "Igualmente en otra, con similar criterio, sosteníamos: "El sistema jurídico procesal del Ecuador establece que la valoración de las pruebas debe sujetarse a las reglas de la sana

crítica a través de la tasación integral de todas las anexadas al juicio, en cuya presentación deben cumplirse las solemnidades previstas para cada caso.

El Código de Procedimiento Civil no ha incluido de manera taxativa una disposición en la que se enumeren las reglas de la sana crítica; doctrinariamente se establece que la sana crítica es la posición intermedia entre la prueba tasada (rígida o legal) y el sistema de la libré valoración. Este permite que el juzgador forme su criterio mediante un proceso lógico-jurídico en el que cada una de las pruebas ha cumplido su rol de constituirse en un eslabón de la cadena que conduce a la decisión final, es así que la prueba es apreciada al mismo tiempo de forma individual y en el conjunto de todas las que se han presentado, debiendo el juez explicar las razones que le condujeron a la formación del criterio, la aportación de cada prueba y su conclusión final." (Corte Nacional, 2006)

La corte coincide y textualmente cita los criterios que la doctrina determina para correcta valoración probatoria. A pesar de que tenemos una ley adjetiva relativamente nueva, los cimientos sobre los cuales el juzgador dirime un litigio siguen presentes.

2.3.2. Limitación al formalismo

Naturalmente el derecho busca impartir orden, es por ello que de la mano de norma sustantiva que establece los derechos y obligaciones que un individuo tiene en determinado ordenamiento jurídico, va correlacionada la norma adjetiva, que por su parte son las normas que garantizan el ejercicio de los referidos derechos y obligaciones.

A nivel constitucional se establece en el artículo 192 que: *“no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”* y el sentido o justificación que tiene lo antedicho es precisamente la búsqueda de la verdad.

El criterio común del derecho laboral, es el apego a la parte -débil- de la relación, entiéndase el trabajador. Es por ello que líneas de pensamiento

como las del profesor Mario Pasco, refieren que en materia laboral el proceso debe ser sencillo, prevalentemente oral y exento de solemnidades.

2.3.3. Los fallos *ultra petita* y *extra petita*

En la rama civil los fallos extra y ultra petita, son considerados como excesos o defectos, pero en materia laboral tienen otra estimación.

Cabanellas en su diccionario jurídico elemental establece que el fallo ultra petita es aquel en que un juez o tribunal concede a la parte más de lo por ella pedido; como la propiedad en lugar de posesión, o los intereses sobre el capital tan solo. (1997, pág. 393)

Los fallos ultra petita tienen lugar cuando al resolver el juez concede más de lo que se le pide, en tanto que en los extra petita, se resuelve sobre asuntos que no pertenecen a la materia del litigio, según este quedó constituida al quedar trabada la litis.

Establece el autor Mario Pasco que por economía procesal, por suplencia indirecta de la demanda, por protección a los derechos irrenunciables del trabajador, por prevalencia del fondo y de la verdad real sobre la verdad formal o aparente, el derecho procesal del trabajo debería también admitir la posibilidad de un fallo que, despojándose de ataduras formales excesivas, desborde lo demandado. (1997, pág. 55) La facultad de fallo ultra ultra petita autoriza al juez para ordenar el pago de valores mayores que los indicados en la demanda. No se trata solo de valores numéricos o de cálculo sino aun provenientes del desconocimiento o de la errada aplicación de una norma legal, y el principio extra petita permite incorporar al fallo materias originalmente no incluidas en la demanda. (Pasco, 1997)

La doctrina establece taxativos e inexcusables requisitos para la incorporación en la sentencia de cantidades superiores o materias distintas a lo originalmente reclamado, siendo los siguientes:

- I. Que, aunque las reclamaciones no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda, hayan surgido en el curso del proceso.
- II. Que haya quedado acreditada su procedencia.
- III. Que el derecho que se está reclamando se encuentre debidamente amparado por una norma y que esta facultad de ejerza pro *operario*.
- IV. Que versen sobre derechos irrenunciables.

En nuestro país, los fallos extra petita no son aceptados por la jurisprudencia y en los fallos ultra petita no hay uniformidad de criterios. Si se acepta por ejemplo que el juez en su sentencia pueda conceder más cantidad de la reclamada si el actor equivocó el modo de calcular los beneficios legales como la decimotercera remuneración, vacaciones, utilidades, etc. Esto como fallos ultra petita, pero por su parte, los extra petita, son considerados violatorios del principio procesal de la *litis contestatio*, debido que se quebrantaría la seguridad jurídica.

2.3.4. Las cargas probatorias dinámicas

Al referirnos a la carga de la prueba es cuestionarnos a quién le corresponde probar un determinado hecho y que repercusiones tendría no hacerlo; y en ese sentido determinar qué deben probar las partes en razón de sus intereses. Por ello señala Echandía (2012, p.63) una carga es “Un poder o una facultad, de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho de exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.

La regla general es que prueba sea de naturaleza *estática*, y es posible que esta carga en un determinado momento deriven en un supuesto de indefensión, en virtud de aquello, la doctrina ha desarrollado un teoría a la que ha denominado *-carga dinámica de la prueba-*, que de la mano del profesor Peyrano (2008, p. 15) establece que: “*Se considera regla de distribución de la*

carga de la prueba, el colocar a carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla”

En este mismo sentido se expresa la jurisprudencia local, considerando que en determinados casos se requiere un especial trato, como lo es particularmente la inversión de la carga de la prueba, que textualmente dice:

“(…) En materia procesal laboral, dado el espíritu del que está imbuido el derecho social, nuestra normativa vigente establece disposiciones sui generis en su afán de proteger los derechos del trabajador, como aquella de la inversión de la carga de la prueba, la del juramento deferido para a falta de otra prueba justificar el tiempo de trabajo y la remuneración percibida, etc. Y entre ellas también se halla la atribución que le confiere al Juez para ordenar de oficio pruebas, así como la de apreciarlas conforme a las reglas de la sana crítica (Art. 593 C.T.). En esta materia no siempre es aplicable la fórmula resumida en la frase "actor incumbit onus probandi", pues el empleador demandado está obligado a probar sus afirmaciones probando incumbit qui dicit, non qai negat, Ej. El abandono del trabajo, el pago de remuneraciones, etc.” (Juicio por trabajo, 2009)

Por tanto, la carga dinámica de la prueba, sirve para garantizar el derecho que tienen las partes probar, considerando que la realidad siempre supera la previsión legal.

CONCLUSIONES

La actividad que desempeña el hombre a favor de un tercero tiene un estrecho margen susceptible de confusión. Por ello, poder diferenciar si las partes, como desde el origen de la civilización, quieren beneficiarse mutuamente por un lado con el requerimiento de encargos o actividades, y por el otro con el servir ejecutando dichos encargos o actividades con una contraprestación generalmente económica, con afán de libertad de ejecución de actividad o de manera subordinada, acatando órdenes y lineamientos referentes al cumplimiento de su actividad u obligación. Es lo que finalmente

nos permitirá aterrizar en el campo de acción frente a eventuales incumplimientos o vulneraciones de derechos.

Así también, se concluye que, dentro del código de trabajo, pese a contener disposiciones de gran trascendencia, existen vacíos legales, que pudieren facilitar el trabajo de los impartidores de justicia.

El principio de primacía de realidad tiene su aparición hace ya cuatro décadas, y a pesar de que como se evidencia su empleo en muchos criterios jurisprudenciales, es justamente la doctrina quien a lo largo de este tiempo da sustento a su uso y no nuestro ordenamiento jurídico.

RECOMENDACIONES

Se propone a la Asamblea Nacional, que, a través de la comisión laboral, los asambleístas promuevan reformar el código de trabajo vigente; a efectos de implementar el principio de la primacía de la realidad, en miras de evitar la simulación o fraude laboral.

Se recomienda a los organismos de control como la inspectoría de trabajo, que promuevan campañas de socialización de derechos inherentes a los trabajadores, puesto que, en la práctica el temor o el desconocimiento es la principal razón de la problemática derivada de la simulación o fraude laboral.

Es necesario que los jueces de nuestro país, a pesar de no contar con la pura legalidad para dilucidar los casos de la presente investigación, procuren esclarecer los hechos no únicamente de la manera tradicional, sino con el imperioso afán de verdad y justicia, usando herramientas menos ortodoxas y más amigables con nuestra realidad social.

BIBLIOGRAFÍA

- Alegre, A. (2013). Plan de simulación laboral. Quito: Universidad de las Américas.
- Ayora, I. (1928). Ley sobre contrato individual de trabajo. Quito: Registro oficial.
- Cabanellas de Torres, G. (1997). Diccionario jurídico elemental. Montevideo. Heliasta.
- Contrato de obra, 1082-06 (Corte Nacional de justicia 08 de Noviembre de 2012).
- Contrato realidad, XVIII. (Corte nacional de justicia 19 de Julio de 2007).
- Córdova, E. (2006). Instituciones de derecho de trabajo. México: Proyecciones jurídicas.
- Corte Nacional, 695 (Sala de lo Laboral 6 de Septiembre de 2006).
- De Buen, N. (2006). Instituciones de derecho de trabajo y de seguridad nacional. México: UNAM.
- De la Cueva, M. (1982). El nuevo derecho mexicano de trabajo. Porrúa: Ediciones jurídica.
- Echandia, D. (2006). Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Temis.
- Enneccerus, L. (2005). Tratado de derecho civil. Barcelona: Revista de derecho privado y comunitario.
- Ferrara, F. (1960). Simulación de los negocios jurídicos. Madrid: Revista de derecho privada castellana.
- García Martínez, R. (1987). Los principios generales del derecho del trabajo y sus funciones. México: Editorial.
- Juanes, N. (2005). Proximidades y diferencias entre la locación de servicio y el mandato. México: Antares.

- Lorenzetti, R. (2004). Los servicios de la economía global: precisiones en la dogmática jurídica. Madrid: Revista de derecho privado y comunitario.
- Ministerio de previsión, s. (1938). Código del Trabajo. Quito: Registro oficial.
- Pérez, A. (1997). Los contratos de servicios de abogados, médicos, arquitectos. Barcelona: Bosch J. M.
- Peyrano, Jorge. 2008. Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. Buenos Aires.
- Plá, A. (1998). Principios del derecho laboral. Montevideo: Depalma.
- Sanguinetti, W. (1988). El contrato de locación de servicios. Lima: Lima.
- Senado del Ecuador. (1860). Código Civil. Quito: Imprenta los huérfanos de Valencia.
- Tomaya, j. (2005). Instituciones del derecho laboral. Lima: Gaceta jurídica.
- Trabajo, C. d. (s.f.). Código de Trabajo. Quito: Registro oficial.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Moreira Alcivar, Charles Guillermo**, con C.C: # **0952383172** autor/a del trabajo de titulación: **El principio de primacía de la realidad frente a casos de simulación laboral como aparente contrato civil de prestación de servicios y sus implicaciones en el derecho procesal**. Previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **28 de Agosto de 2019**

f. _____

Nombre: **Moreira Alcivar, Charles Guillermo**

C.C: **095238317-2**



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	El principio de primacía de la realidad frente a casos de simulación laboral como aparente contrato civil de prestación de servicios y sus implicaciones en el derecho procesal		
AUTOR(ES)	Moreira Alcivar, Charles Guillermo		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Álava Loor, Juan Pablo		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad De Jurisprudencia Y Ciencia Sociales Y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de Agosto de 2019	No. DE PÁGINAS:	36 páginas
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal, Derecho Laboral		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Afianzamiento tributario, caución, tutela judicial efectiva, acceso gratuito a la justicia, tutela judicial efectiva, constitucionalidad condicionada, ley reformatoria para la equidad tributaria, Corte Constitucional.		

RESUMEN

La presente investigación, realiza un análisis de las repercusiones jurídicas que se derivan de la simulación o fraude laboral, y la necesidad de implementar en nuestro ordenamiento jurídico principios como el de la primacía de la realidad. Este trabajo realiza un análisis entre dos modelos contractuales que difieren en su naturaleza jurídica, pero que suelen emplearse, según la intención, para eludir responsabilidades. En el desarrollo del presente trabajo, que incorpora una revisión conceptual de herramientas probatorias en el derecho procesal laboral, donde se propone al órgano legislativo competente que se reforme nuestra ley procesal y laboral.

The present investigation carries out an analysis of the legal repercussions that are derived from the simulation or labor fraud, and the need to implement in our legal system principles such as that of the primacy of reality. This work carries out an analysis between two contractual models that differ in their legal nature, but are usually used, according to the intention, to avoid responsibilities. In the development of this work, which incorporates a conceptual review of probative tools in labor procedural law, where it is proposed to the competent legislative body to reform our procedural and labor law.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-(0988938709)	E-mail: (juanpabloalava@yahoo.com)
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Franco Mendoza, Luis Eduardo	
	Teléfono: +593-4-(994748073)	
	E-mail: luis.franco04@cu.ucsg.edu.ec	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	