



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**

**DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TEMA:**

**LA SIMULACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO**

**AUTOR:**

**DR. BYRON EDUARDO GARCÍA SUÁREZ**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE: MAGÍSTER EN DERECHO  
MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**TUTOR:**

**DR. EFRAÍN DUQUE RUIZ, MSC.**

**GUAYAQUIL, ECUADOR**

**2021**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**  
**SISTEMA DE POSGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Dr. Byron Eduardo García Suárez**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

**DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

---

**Dr. Efraín Duque Ruiz, Msc.**

**REVISOR**

---

**Dr. Johnny De la Pared**  
**DIRECTOR DEL PROGRAMA**

---

**Dr. Miguel Hernández Terán**

**Guayaquil, a los 10 días del mes de febrero del año 2021**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL  
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, Dr. Byron Eduardo García Suárez**

**Declaro que:**

El Proyecto de Investigación: **La Simulación Laboral En El Sector Público**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho, mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado con base en una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros, conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los 10 días del mes de febrero del año 2021**

**EL AUTOR**

---

**Dr. Byron Eduardo García Suárez**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Dr. Byron Eduardo García Suárez**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, **la publicación** en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada: **“La Simulación Laboral En El Sector Público”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 10 días del mes de febrero del año 2021**

**EL AUTOR**

---

**Dr. Byron Eduardo García Suárez**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**INFORME DE URKUND**

**URKUND**

Documento: [TESIS ENERO 2021.docx](#) (D92730990)

Presentado: 2021-01-18 15:21 (-05:00)

Presentado por: Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)

Recibido: santiago.velazquez.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje: RIV: INFORME DE URKUND [Mostrar el mensaje completo](#)

4% de estas 66 páginas, se componen de texto presente en 18 fuentes.

| Lista de fuentes |   | Bloques |
|------------------|---|---------|
| Categoría        | Enlace/nombre de archivo  |         |
|                  | <a href="https://core.ac.uk/download/pdf/52475582.pdf">https://core.ac.uk/download/pdf/52475582.pdf</a>   |         |
|                  | PROYECTO DE INVESTIGACIÓN ESPÍN PASTOR NICOLÁS MARCELO.docx   |         |
|                  | <a href="http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/20051/1/LA%20NECESIDAD%20DE%20UNA%20LEY%20PROPIA...">http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/20051/1/LA%20NECESIDAD%20DE%20UNA%20LEY%20PROPIA...</a>         |         |
|                  | <a href="http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/21751/1/EL_CONTRATO_LABORAL_DE_DURACION%30%93M_DETER...">http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/21751/1/EL_CONTRATO_LABORAL_DE_DURACION%30%93M_DETER...</a> |         |
|                  | CUERPO DE LA TESIS 03-03-2019.docx  |         |

## AGRADECIMIENTO

A Dios y la vida.... por permitirme develar en esta ardua tarea de administrar justicia entre las sombras de la falsedad y la mentira una respuesta ante los acuciosos problemas de los oprimidos del sistema, históricamente burlados e invisibilizados sus derechos!

A ellos, pues luego de largas noches de cavilar y escudriñar la salida, finalmente se encendió la luz y se ilumino la conciencia.

Y surgió la respuesta frente el acomodo del poder legislativo que elabora leyes a conveniencia del estado y sus financistas mundiales

A todos... quienes colaboraron en la realización de este trabajo investigativo  
y me han extendido su mano generosa

A mi amada familia, esposa, hijos, madre, hermanos, maestros y amigos de toda la vida,

A ustedes. a quienes amo profundamente, para quienes las palabras no alcanzan cuando la bondad de su alma es una cascada abundante que derrama agua cristalina..

A todos ustedes mi amor y mi gratitud sempiterna...

**Dr. Byron Eduardo García Suárez.**

## DEDICATORIA

A mi padre...el Lic. Byron García Barriga, quien me enseñó a bordar mi nombre con los hilos más finos del pundonor, el esfuerzo y la constancia

¡De seguro con este nuevo peldaño que alcanzarlo también era su sueño, nuevamente sentiré su abrazo!

¡De seguro lo veré otra vez un día para cantar juntos una canción a la esperanza!

A mi roble, a mi sabio guerrero,

A mi padre amado dedico este trabajo, como cada paso del camino

que él desde el cielo y yo desde la tierra

...Juntos recorreremos.

**Dr. Byron Eduardo García Suárez**

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

|   |      |
|---|------|
| CERTIFICACIÓN .....   | ii   |
| DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD .....  | iii  |
| AUTORIZACIÓN.....   | iv   |
| INFORME DE URKUND .....   | v    |
| AGRADECIMIENTO.....   | vi   |
| DEDICATORIA.....  | vii  |
| ÍNDICE DE CONTENIDOS .....  | viii |
| RESUMEN.....  | xi   |
| ABSTRACT .....  | xii  |
| INTRODUCCIÓN .....  | 1    |
| CAPÍTULO I.....   | 9    |
| DEL TRABAJO .....   | 9    |
| 1.1. Definiciones .....   | 9    |
| 1.2. El trabajo en la historia de la humanidad .....                        | 9    |
| 1.3. Diferentes modalidades de trabajo por cuenta ajena.....                | 10   |
| 1.4. El contrato de trabajo .....   | 11   |
| 1.5. De los diversos contratos previstos en la legislación ecuatoriana..... | 12   |
| 1.6. Diferencias entre “contrato administrativo” y “contrato civil” .....   | 14   |
| 1.7. Diferencias entre “contrato laboral” y “contrato de prestación.....    | 15   |
| 1.8. De los Principios del derecho común .....                              | 15   |
| 1.9. Principios del derecho del trabajo .....                               | 16   |
| CAPÍTULO II .....   | 26   |
| DE LA SIMULACIÓN LABORAL .....  | 26   |
| 2.1. Introducción .....   | 26   |
| 2.2. Definiciones .....   | 27   |
| 2.3. Clases .....   | 28   |

|  |    |
|--|----|
| 2.4. La simulación en el derecho común y la utilización de figuras contractuales ..... | 29 |
| 2.5. El Fraude Laboral.....  | 30 |
| CAPITULO III .....   | 32 |
| MARCO METODOLÓGICO Y RESULTADOS .....  | 32 |
| 3.1. Metodología .....   | 32 |
| 3.2. Alcance de la Investigación.....  | 35 |
| 3.3. Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis .....                | 36 |
| 3.4. Gestión de datos. ....  | 38 |
| 3.5. Criterios éticos de la investigación.....   | 40 |
| 3.6. Resultados .....  | 40 |
| CAPITULO IV .....  | 42 |
| ANÁLISIS DE CASOS .....  | 42 |
| CAPITULO V .....   | 57 |
| ANÁLISIS DE RESULTADOS .....   | 57 |
| 5.1. Análisis comparativo: Ecuador, Perú, Chile, Colombia.....                         | 58 |
| 5.2. Argumentación jurídica de resultados.....   | 77 |
| 5.3. Contrastación empírica.....   | 78 |
| 5.4. Influencia de los resultados .....  | 78 |
| 5.5. Comprobación de la premisa.....   | 79 |
| Conclusiones .....   | 80 |
| Recomendaciones.....   | 81 |
| CAPITULO VI.....   | 82 |
| PROPUESTA .....  | 82 |
| 6.1. Título de la propuesta.....   | 82 |
| 6.2. Antecedentes .....  | 82 |
| 6.3. Objetivo General .....  | 83 |
| 6.4. Propuesta .....   | 84 |

BIBLIOGRAFÍA..... 86

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN ..... 87

## RESUMEN

El tema planteado sobre la simulación laboral en el sector público, ha sido desarrollado mediante un proceso sistemático, partiendo de los antecedentes en donde se determina que la simulación en esencia constituye toda forma de encubrimiento de una relación jurídico laboral, situación que se da con conocimiento de causa, tanto en el sector público como en el privado, para reemplazarla con otra relación ya sea de carácter administrativo, civil, mercantil u otra índole, no obstante prohibición expresa contemplada en el artículo 327 de la Constitución de la República. La metodología que se utilizó en este trabajo fue con un enfoque paradigmático crítico- propositivo, para que no quede solamente en la recolección de datos, sino que utilizaron las herramientas propias de una investigación cualitativa, que permitió interpretar los resultados del análisis de este fenómeno dentro de la realidad ecuatoriana; con la investigación descriptiva, se caracterizaron los elementos que intervienen en la relación laboral, para llegar a la conclusión de que, se están utilizando mecanismos para generar fraude laboral, con formas de contratación ajenas al ámbito laboral, cuando el contratado es efectivamente un trabajador. En virtud de los resultados obtenidos en los análisis de casos específicos, en los cuales se establece que existen claramente configurados los elementos de una relación típicamente laboral, pues se configura la existencia de una prestación de servicios lícitos y personales, bajo la dependencia administrativa y económica del empleador, con una remuneración, que bajo cualquier denominación perciben los servidores regularmente, con lo cual se afecta un bien jurídico protegido, surge la necesidad de proponer un proyecto de Ley Reformatoria al Código del Trabajo y al Código Integral Penal (COIP), para el establecimiento de sanciones a los representantes legales de las instituciones públicas, que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales, para aparentar una relación de naturaleza distinta a la laboral, de esta manera se dará la tutela efectiva a los ciudadanos, generando confianza y seguridad jurídica.

**Palabras clave:** Sector público, simulación laboral, formas contractuales, elementos de la relación laboral.

## ABSTRACT

The issue raised about labor simulation in the public sector has been developed through a systematic process, based on the background where it is determined that simulation in essence constitutes all forms of cover-up of a labor legal relationship, a situation that occurs with knowledge of cause, both in the public and private sectors, to replace it with another relationship, whether administrative, civil, commercial or other, notwithstanding the express prohibition contemplated in article 327 of the Constitution of the Republic.

The methodology used in this work was with a critical-propositional paradigmatic approach, so that it not only remained in data collection, but they used the tools of a qualitative investigation, which allowed us to interpret the results of the analysis of this phenomenon within of the Ecuadorian reality; With the descriptive research, the elements that intervene in the employment relationship were characterized, to reach the conclusion that mechanisms are being used to generate labor fraud, with forms of contracting outside the workplace, when the hired is actually a worker.

By virtue of the results obtained in the analyzes of specific cases, in which it is established that the elements of a typically labor relationship exist clearly configured, since the existence of a legal and personal provision of services is configured, under the administrative and economic dependence of the employer, with a remuneration, that under any denomination the servants receive regularly, with which a protected legal asset is affected, the need arises to propose a draft Reform Law to the Labor Code and the Comprehensive Criminal Code (COIP), to the establishment of sanctions to the legal representatives of public institutions, who deliberately incur in the use of contractual figures and other legal mechanisms and devices, to appear as a relationship of a different nature to the labor, in this way effective guardianship will be given to citizens, generating trust and legal security

**Keywords:** Public sector, labor simulation, contractual forms, elements of the labor relationship.

## INTRODUCCIÓN

El trabajo se fundamenta en el derecho a tener una vida digna, un salario justo que le permita suplir al trabajador sus necesidades y las de su familia, ante lo cual la simulación en el trabajo viola lo que la legislación laboral ampara y protege; considerando que esto sucede por los vacíos jurídicos de que adolece la legislación laboral vigente, lo cual afecta al trabajador directamente en el accionar y su proyecto de vida, al no contar con normas legales claras, previas y aplicables para la exigencia de sus derechos.

El derecho al trabajo es un derecho que tienen todos los seres humanos; el trabajo existe desde los inicios de la humanidad como un medio de supervivencia; en la antigüedad no existía una norma jurídica que lo regule, sino una manera disciplinar; en la época esclavista los esclavos no tenían derechos y su venta generaba beneficios a sus propietarios; en el régimen feudal los siervos debían trabajar para sus amos, pero no existía una sociedad de consumo como la que existe actualmente en el capitalismo, donde el obrero establece formas de agrupación para la defensa de los intereses de su clase. En el proceso de desarrollo social, las primeras organizaciones obreras buscaron mejoras en sus relaciones laborales; con el tiempo, como producto de las huelgas de los obreros por mejores condiciones de trabajo, se fueron dictando leyes para la protección de los trabajadores que en esos tiempos eran explotados por sus empleadores, pues no recibían un trato acorde al trabajo realizado.

Con la creación del Código de Trabajo (1938), se establecen regulaciones para la contratación de la mano de obra; conforme se ha ido desarrollando la sociedad, se han producido reformas y surgido nuevas normas laborales; junto a esas leyes, las Constituciones han consagrado principios que deben considerarse en el trabajo, hasta llegar a la Constitución vigente, que establece garantías fundamentales en materia laboral, así como también sanciones en caso de incumplimientos, fraudes y enriquecimiento injusto los penaliza y sanciona de acuerdo a lo establecido en la ley.

La simulación laboral en esencia constituye toda forma de encubrimiento de una relación jurídico laboral en la esfera de lo público o privado, para reemplazarla con otra de carácter administrativo, civil, mercantil u otra índole (Bernuy, 2013).

La **simulación laboral** no es un fenómeno de reciente data, nace desde la revolución industrial en Inglaterra y Francia, en la cual los dueños del capital y de las industrias, procurando obtener mayores ganancias por la venta de sus bienes y servicios y prevalidos de una incipiente desarrollo del derecho social, propio de los albores del siglo XVIII, contratan a sus obreros, operadores y maquinistas durante largos periodos de tiempo, cual si se tratase de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, pagándoles un honorario a criterio de sus contratantes en cantidades irrisorias; sin reconocerles el pago justo por la fuerza de trabajo empleada en la ejecución de obras o la prestación de los servicios en su beneficio, obteniendo por ello grandes ganancias y riqueza, esto en contraste con una mano de obra explotada y sin seguridad social, sin pago de las jornadas de trabajo extenuantes, ni beneficios sociales (Bilbao & Lanza, 2010).

Los autores Mario de la Cueva, Néstor de Buen, Américo Pla Rodríguez, son algunos de los tratadistas latinoamericanos que defienden los postulados y principios del derecho laboral, quienes en sus obras desnudan y denuncian las relaciones jurídico contractuales “encubiertas y fingidas” bajo diferentes máscaras y ropajes, escondiendo el verdadero rostro de una relación de trabajo, logro alcanzado gracias al desarrollo del conocido principio de la “primacía de la realidad” (Ballesteros, 2015).

Dicho principio ataca frontalmente el fraude, encubrimiento y simulación laboral, que se recalca no únicamente se presenta en la esfera de lo privado sino también en lo público, el cual ha sido acogido favorablemente en la mayor parte de Estados democráticos, entre estos en el Ecuador.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 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...” (Corte Nacional de Justicia, 2015)

En el Ecuador, pese a las conquistas laborales alcanzadas y consagradas en su legislación, se mantienen vacíos que no se han llenado por completo y que han permitido la flexibilización laboral. Esto indudablemente repercute en cuanto a las modificaciones en las modalidades contractuales entre los trabajadores y los empleadores, originando la aparición de nuevas figuras en el derecho laboral como la simulación y el fraude. Ciertamente, en la actualidad, existen diversas manifestaciones de la simulación y el fraude, muchas veces utilizadas por quienes desean abaratar costos económicos, como el trabajo no registrado y la tercerización de servicios, tendientes a desligar la responsabilidad de los empleadores principales y directores.

A la lista también podrían agregarse los contratos de pasantías, que han causado polémica y han dado tela que cortar en el seno de la academia y en el Derecho Laboral, para la no realización de aportes y contribuciones previsionales.

En el ámbito público este fenómeno no es la excepción, pues el Estado a través de sus autoridades y funcionarios públicos utilizan mecanismos civiles, administrativos y mercantiles existentes en la legislación ecuatoriana para encubrir la relación laboral de los obreros (auxiliares, conserjes, choferes, archivadores y otros), mediante la utilización de contratos administrativos “contratos ocasionales” previstos en la LOSSEP; “contratos de prestación de servicios profesionales”, contratos de prestación de actividades complementarias o servicios técnicos especializados”, “contratos de maestros bonificados” en el cumplimiento de actividades manuales y permanentes en las instituciones públicas; o a su vez mediante la utilización de mecanismos y figuras legales esto es: utilización de partidas presupuestarias de contratistas para el pago de obreros del Estado; expedición de acciones de personal y nombramientos provisionales a los obreros, calificándolos de esta forma sin informe previo del Ministerio del Trabajo y dentro de un régimen administrativo e inmersos al amparo de la “ley orgánica de servicio público”, “ley orgánica de educación intercultural bilingüe”, “ley de empresas públicas”, “ley de contratación pública”, “ley de compañías”, etc. (H. Asamblea Constituyente, 2016).

Esta prohibición se inserta en la norma constitucional, en la práctica no se cumple, pues la legislación secundaria adicionada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no establece sanciones

administrativas, civiles, ni penales ante el cometimiento de determinada conducta y cuando se incurre en actos u omisiones dolosos o fraudulentos en materia laboral, o se utiliza diversos mecanismos y contratos para encubrirlos, inclusive el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP) aprobado en febrero del 2014, en vigencia desde agosto del mismo año, no tipifica ni penaliza nada al respecto, pese a que la disposición constitucional así lo obliga, lo cual se contrapone al artículo 424 de la Carta Fundamental, donde se establece que las normas y los actos del poder público carecerá de eficacia jurídica, si no mantener conformidad con las disposiciones constitucionales

En consecuencia, al ser que las disposiciones legales contenidas en el Código del Trabajo son también aplicables a los obreros del sector público, en la forma prevista en el artículo 10 del Código del Trabajo y siendo que, al convertirse el Estado en el empleador de quienes son contratados para la prestación de servicios lícitos y personales y por cuenta ajena, para la construcción de obras públicas y servicios de otra índole en la forma establecida en dicha norma legal y por cuanto con mucha frecuencia se “pacta en contrario”, reemplazando contratos laborales mediante la utilización de distintas formas contractuales civiles o administrativas ajenas a la verdadera naturaleza jurídica laboral y utilizando figuras y otros mecanismos legales para este propósito, se deben introducir reformas en el Código Obrero que permitan identificar el fraude, la simulación, el enriquecimiento injusto en materia laboral en la esfera de lo público y proceder a sancionar dichas conductas en la forma que dispone el párrafo segundo del artículo 327 de la Constitución de la República del Ecuador.

## CAPÍTULO I

### Marco Teórico

La investigación plantea la siguiente interrogante a resolver: **¿Es imperativo incorporar artículos en el Código del Trabajo y al COIP referentes a la simulación laboral en sus diversas formas, que determinen sanciones para los representantes de las instituciones públicas que vulneren un bien jurídico protegido?**

Para contestar esta pregunta se plantea la siguiente **premisa**: “La necesidad de la incorporación de artículos en el Código del Trabajo y el COIP referentes a la simulación laboral en sus diversas formas y la determinación de sanciones para los representantes de las instituciones públicas”, con los fundamentos jurídico-legales, constitucionales y del marco teórico y principios doctrinarios del derecho laboral, su estudio permitirá realizar un análisis de casos para la identificación de vacíos legales dentro de la simulación laboral, con la finalidad de incorporar articulados al Código de Trabajo y al Código Orgánico Integral Penal (COIP), que establezcan las sanciones al incumplimiento y a la vulneración del bien jurídico protegido.

Para la construcción del marco teórico se establece un estudio de los principios del derecho del trabajo desde el punto de vista teórico y práctico, sobre los cuales mencionaremos algunas particularidades que tienen relación con las categorías científicas del derecho; en tal virtud, el campo de estudio de la presente investigación es la “simulación laboral” como fenómeno que se presenta en el sector público, mediante el cual sus autoridades y otros funcionarios públicos se valen de figuras contractuales existentes en la legislación ecuatoriana y de diversos mecanismos y figuras legales existentes en el derecho positivo ecuatoriano, para encubrir la verdadera naturaleza jurídica de los contratos de trabajo de los servidores del sector público, siendo entre los más frecuente, la utilización de contratos de naturaleza civil, administrativos, mercantiles, para evitar la celebración de contratos de trabajo u otorgar nombramientos, así como figuras de supresión de partidas, compras de renuncias u otras calificaciones contempladas en el Código de Trabajo a LOSEP para dar por terminado su relación laboral, o no permitirles percibir ciertos beneficios propios de la contratación colectiva, así: indemnizaciones por estabilidad laboral,

estímulos por años de servicios o bonificaciones por renunciaciones voluntarias cuyos montos indemnizatorios están regulados en convenios colectivos o actas transaccionales celebrados entre las autoridades nominadoras del sector público con los representantes de organizaciones sindicales y dentro de los montos máximos previstos en los Mandato Constituyentes, lo cual conlleva un perjuicio a los derechos de los trabajadores y vulnera los principios de la legislación laboral, atenta contra su buen vivir, estabilidad y constituye un retroceso a las conquistas propias de la contratación colectiva.

### **Objetivo General:**

Bajo estas consideraciones se establece como **Objetivo General:** Proponer un proyecto de Ley reformativa al Código del Trabajo y al Código Orgánico Integral Penal (COIP), para el establecimiento de sanciones a los representantes legales que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales para simular la relación laboral por una de otra índole, en amparo del bien jurídico protegido.

### **Objetivos Específicos:**

Como **Objetivos específicos** de la investigación se plantea:

- i) Analizar la normativa jurídica existente relacionada con la simulación de la relación laboral, sus alcances y vulneraciones al bien jurídico protegido;
- ii) Examinar la aplicación de la normativa existente para identificación de los vacíos legales en relación con el establecimiento de sanciones hacia los representantes legales que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales;
- iii) Diseñar las sanciones administrativas y penales que se implementarán en el Código de Trabajo y el COIP conforme la gravedad del daño causado a los representantes legales que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales para simular la relación laboral por una de otra índole.

**Metodología:**

Se utilizan los **Métodos Teóricos**, propios de las ciencias jurídicas, como el *Método empírico*, por cuanto dada la experiencia y observación del investigador, la investigación se sustenta en el estudio y el análisis de casos prácticos. El *Método histórico - jurídico*, pues se analizan aspectos del pasado relevantes, para con base a ello elaborar la doctrina jurídica que permite construir los presupuestos teóricos que fundamenten el derecho al trabajo como objeto y campo de estudio. El *Método exegético jurídico*, en el sentido de que hay dos corrientes interpretativas de la realidad. una visión desde el punto de vista de las autoridades estatales y otra de los empleadores y trabajadores, lo cual nos permitirá analizar los hechos y fenómenos desde diversas corrientes del pensamiento humano. El *Método deductivo inductivo*, que se incentiva a través del análisis de los hechos y lo que establece la doctrina, para entrar al análisis del fenómeno de la simulación laboral, teniendo como herramientas de apoyo fuentes documentales del ámbito jurídico.

**Línea de Investigación:**

El trabajo guarda relación intrínseca con la **línea de investigación de la maestría de Derecho Procesal**, que responde a la tutela judicial efectiva y el proceso, pues justamente se estudia gran parte de esta institución. Por lo tanto, en la presente investigación se realiza un análisis del problema: “En el sector público se utilizan formas contractuales, mecanismos y figuras legales que generan simulación laboral, lo cual atenta contra los derechos de los trabajadores”, para lo cual se ejemplificará varios casos que se han presentado en instituciones públicas del Ecuador.

**Justificación:**

Este trabajo tiene impacto, en virtud de que presenta un análisis teórico – práctico de los aspectos que aportan con fundamentos necesarios para el problema de estudio, dentro de los beneficiarios son todos aquellos trabajadores o servidores que están expuestos a la simulación laboral y se ven vulnerados sus derechos.

La **Novedad Científica** es evidente, pues con el estudio se llega a establecer como se produce la vulneración de los principios del derecho del trabajo y de los derechos de los trabajadores garantizados en la Constitución de la República del Ecuador (2008), mediante la simulación laboral, aprovechándose que el trabajador por su necesidad y su débil situación económica, familiar y social se ve obligado a aceptar las condiciones impuestas por su patrono. Otro factor importante de análisis, es el desconocimiento que los trabajadores tienen acerca de sus derechos, razón por la que no reclaman lo que legítimamente les asiste.

Por lo tanto, frente a esta problemática, es necesario encaminar este estudio para salvaguardar y proteger los derechos del trabajadores del sector público, mediante la generación de una propuesta de Reformas legales al Código del Trabajo, identificando la simulación laboral en sus diversas formas, con la implementación de las respectivas prohibiciones y sanciones a las autoridades públicas que incurran en este proceder.

Todo esto lleva al planteamiento de una propuesta jurídica reformativa al Código del Trabajo, que prohíba y sancione a las autoridades públicas que utilicen contratos simulados e identifique las formas y mecanismos más comunes para este propósito, lo cual se alcanza mediante la aplicación de entrevistas a juristas y jueces del trabajo, quienes sugieren la incorporación de normas legales, donde se identifique este tipo de accionar y con ello se pueda juzgar a las autoridades públicas que utilicen figuras contractuales y mecanismos legales, para no reconocerles sus derechos a los trabajadores, incurriendo directamente en la violación de principios inherentes al derecho laboral.

## CAPÍTULO I

### DEL TRABAJO

#### 1.1. Definiciones

El laboralista Néstor de Buen, describe al trabajo como “actividad provechosa de esfuerzo dirigido a la consecución de un bien” (p, 121), 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” (De Buen Lozano, 2011).

#### 1.2. El trabajo en la historia de la humanidad

Como afirma el tratadista Néstor de Buen “no se puede concebir que el hombre en algún momento de la historia haya vivido sin trabajar, sin embargo puntualiza que el trabajo se le ha dado un valor diferente en los diferentes modos de producción de la humanidad” (De Buen Lozano, 2011). En el antiguo testamento (génesis III, 17 y 19) Dios condena Adán a sacar de la tierra el alimento con “grandes fatigas” y comer el pan “con el sudor de su frente”, es decir la biblia concibe al trabajo como castigo (Molina, 2018). El filósofo griego Aristóteles en su obra (Política, L, I cap. II), “el trabajo es una actividad propia de los esclavos”, siendo que las actividades propias de los señores debe ocuparse solo de la política y la filosofía (Cuenca, 2011).

En el régimen corporativo, en Francia el hombre quedaba vinculado al trabajo de por vida (esclavitud) y aún transmitía a sus hijos la relación con la corporación haciéndose acreedor de enérgicas sanciones cuando pretendía romper dicho vínculo. Con la revolución Francesa se predica la doctrina de “la libertad del trabajo como un derecho natural del hombre”; sin embargo, en la revolución industrial inglesa y revolución política de Francia, se constituye en la base de la explotación del hombre por el hombre. En el capitalismo liberal, la economía y la política se sostenía en la idea del “*dejar hacer, dejar pasar*”( libertad de producción- libertad de tráfico), es decir que la única función del Estado era

mantener el orden social y sin ninguna inherencia en la regulación de las relaciones laborales entre patrono y asalariados (Sierra, 2014).

En el siglo XIX, la idea liberal del contrato del trabajo y que durante mucho tiempo fue objeto de una regulación puramente civil (Arts. 1779, 1780, 1781 del Código Napoleónico 1884), empieza a ser superado por la idea social y proteccionista del derecho del trabajo. Carlos Marx compara al trabajo con una mercancía, aduciendo que el trabajo se parece al azúcar, indicando que “*esta se mide con el reloj y lo otro con la balanza*” (Palanca, 2014). La primera guerra mundial tuvo su fin con la firma del Tratado de Versalles y posteriormente se da lugar a la suscripción de la “Declaración de los derechos sociales” afirmándose que el principio rector del derecho internacional del trabajo consiste en que, este no debe ser considerado como una mercancía o artículo de comercio” (Martínez, 2012).

### **1.3. Diferentes modalidades de trabajo por cuenta ajena**

En cuanto a las modalidades del trabajo por cuenta ajena, el Código del Trabajo establece diversas maneras de trabajo o modalidades, en su Título III, denominado “De las modalidades del Trabajo”. Así, el “servicio doméstico”, que entre otras cosas no es más que el labor que prestan las personas salariables sin fines de lucro y sólo se propone aprovechar en la morada de los servicios continuos del trabajador, para sí solo o su familia, sea que el doméstico se albergue en casa del empleador o fuera de ella (Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la ciudad de Quito, 2015)

Otra de las modalidades de trabajo es “El trabajo a domicilio”, para lo cual, el artículo 271 del Código del Trabajo, nos dice: “Trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitual o profesionalmente, por cuenta de establecimientos o empresas comerciales, en el lugar de residencia del trabajador”(p. 47), es decir que el trabajo a domicilio se ejecuta de manera preferencial en la residencia del trabajador, por parte de las empresas o establecimientos que determinen el lugar de trabajo en dicho lugar (Lacavex, 2019)

Otra de las modalidades de trabajo es el artesanal, el cual se encuentra regulado en el artículo 285 del mismo cuerpo legal, que comprenden los maestros de taller, operarios, aprendices, y artesanos

autónomos (p. 48). Según lo estipula el Código, se considera artesano al trabajador manual, que debidamente registrado en el Ministerio del Trabajo, hubiere invertido en su taller en implementos de trabajo, maquinarias o materias primas, una cantidad no mayor a lo que señala la Ley, y que tuviere bajo su dependencia no más de quince operarios y cinco aprendices.

En el Capítulo IV del Código del Trabajo, se destacan los “Empleados Privados”, para lo cual establece una definición en su artículo 305, enmarcada a que el Empleado privado o particular es aquel que presta servicios a un empleador, de carácter intelectual o material por un sueldo preestablecido, y con la participación de beneficios o cualquier forma semejante de retribución; a tal definición lo que caracteriza principalmente es el trabajo o esfuerzo intelectual y físico a cambio de una retribución o remuneración.

#### **1.4. El contrato de trabajo**

Dentro del ámbito del Derecho laboral, el trabajo comprende la prestación de un servicio manual o intelectual y/o ejecución de una obra, realizada a las órdenes de otro mediante contrato o acuerdo tácito de voluntades, a cambio de una remuneración y en estado de subordinación y dependencia (Organización Internacional de Trabajo, 2019). Al hablar de trabajo dentro de Marco jurídico se comprende cómo una situación de obligatoriedad libremente consentida entre el empleado y el empleador, aunque hay muchas veces persistan una desigualdad.

De igual forma, existe trabajo, aunque no se despliegue realmente esfuerzo físico o intelectual, como en los casos de modelos de exhibición o pasarela, vigilantes, comparsas suplentes a la espera de actuar y otros casos, en los que el individuo se reduce a hacer acto de presencia o se colocó en posición de prestar el servicio no efectivo por motivos ajenos a su voluntad.

El contrato de trabajo, es la forma actual en que el trabajador aparece como asalariado, esto es, como la persona que se debe a otro sea este su patrono o empresario a cambio de un precio en dinero o especie que lo represente, el producto de un rendimiento útil durante el tiempo determinado.

## **1.5. De los diversos contratos previstos en la legislación ecuatoriana**

**Contratos mercantiles.-** Son aquellos que utilizan las empresas privadas y públicas para contratar los servicios de profesionales para el cumplimiento de actos de comercio, en cuyas cláusulas se detallan las condiciones de los servicios que se van a prestar.

**Contrato de prestación de servicios profesionales.-** El contrato de prestación de servicios profesionales o también llamado de “arrendamiento de servicios inmateriales”, es un acuerdo bilateral mediante el cual los profesionales contraen la obligación de prestar un servicio intelectual o la realización de una obra según ciertas condiciones previamente pactadas, por su parte el cliente o contratante se compromete al pago de un honorario por el servicio prestado en cierta cantidad económica establecida y en el plazo acordado (Brintt, 2016).

En el contrato de “arrendamiento de servicios profesionales” no existe relación de dependencia entre el prestador y el cliente o contratante, se rige por la legislación civil y no por la legislación laboral.

En el párrafo Séptimo del Código Civil Ecuatoriano. Título XXV del contrato de arrendamiento, en el artículo 1856 determina que, el contrato de arrendamiento (en sus diversas formas) es un contrato en que Las 2 partes se comprometen al cumplimiento de sus obligaciones en función de un pago predeterminado y a cambio de un trabajo prestado todo esto enmarcado dentro de las leyes de trabajo o leyes especiales (H. Asamblea Nacional, 2011).

Por lo tanto, el arrendamiento reviste de varias formas, bien sea de cosas “corporales” que puedan usarse sin consumirse (predios urbanos, rústicos, edificios) siendo que el precio puede estipularse del mismo modo que el contrato de venta (acuerdo de las partes); pero además nuestra legislación civil contempla el arrendamiento de servicios “incorporales”, para la prestación de un servicio intelectual o la realización o construcción de una obra material, si la materia es suministrada por quien encargó la obra, siendo esta la diferencia con el “contrato de venta”, que se perfecciona cuando el artífice suministra la materia para la construcción de una obra material, en la forma prevista en los artículos 1930- 1939 del Código Civil (Garifo, 2017).

Existe una sutil distinción entre el contrato para la realización o construcción de una obra material de los previstos en el Código Civil con los contratos de obra previstos en el Código del Trabajo, y fundamentalmente la mayor parte de los doctrinarios coinciden en que, en el contrato de construcción de obras civiles materiales está ausente el elemento subordinación laboral, lo que no ocurre en los contratos por obra cierta, por tarea y a destajo insertos en la legislación laboral, que se caracterizan por el establecimiento de ciertas condiciones previamente pactadas (tiempo y pago), como ocurre por ejemplo: en el contrato de “obra cierta”, que está sujeto al cumplimiento del pago de una remuneración por la totalidad de la obra realizada sin consideración del tiempo invertido; el de tarea, en el cual el empleador se compromete al pago de remuneración previo el cumplimiento de cierta cantidad de obra en un tiempo previamente establecido; a destajo, el pago de la remuneración en función de la realización de partes, trozos o medidas de superficie, sin tomar en cuenta el tiempo invertido (Garifo, 2017).

El “arrendamiento de servicios inmateriales” inserto en la legislación civil, en el cual predomina la inteligencia sobre la mano de obra (composiciones literarias), se sujeta en caso de no fijarse un honorario entre las partes a lo que por lo general se paga por la naturaleza de dicho servicio, y que puede inclusive estimarse de forma equitativa a juicio de peritos. Dicho contrato de prestación de servicios profesionales puede darse por terminado de forma unilateral por cualquiera de las partes o mediante desahucio, en el caso de haberse estipulado.

Sobre dichos contratos, de igual forma existe una sutil diferencia con los contratos de servicios inmateriales prestados por empleadores privados, entre ellos: escritores, asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, perceptores, actores y cantores, quienes por el contrario se encuentran en relación de dependencia laboral, siempre y cuando hayan realizado una larga serie de actos y dichos servicios no sean ocasionales, en las formas previstas en los artículos 305 y 306 del Código del Trabajo y mediante el pago de una remuneración (Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la ciudad de Quito, 2015).

**Contrato administrativo.-** El contrato administrativo o contrato público conforme lo señala la doctrina administrativa, “es un acuerdo entre las partes que originan reacciones jurídicas, es decir,

derechos y obligaciones pero sin igualdad de condiciones entre los contratantes”; otro concepto lo define como una declaración de mutuo acuerdo de las partes como resultado de este se generan efectos jurídicos entre las partes.

Cassagne (2012), expresa que el contrato administrativo constituye: Un acuerdo de voluntades generadoras de obligaciones, celebradas por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado susceptible de producir efectos con relación a terceros (p.121).

Marienhoff (1983), dice que: El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas (p. 77).

**Contrato de bonificación para educadores comunitarios.-** El contrato que regula bonificación para educadores comunitarios, se halla previsto en la ley 122 publicado en el Suplemento del Registro oficial 963 de fecha 10 de junio de 1996 y cuya última reforma se lo hace mediante ley 2006-56, publicada en el Registro Oficial 369- de fecha 3 de octubre del 2006. Debido a este tipo de contratos, el personal que presta sus servicios en calidad de educadores comunitarios conforme a lo previsto en la referida ley, percibía una “bonificación” mensual no inferior a seis salarios mínimos vitales de los trabajadores en general; por lo cual el Estado les cancela luego de la consabida reforma legal la bonificación de aproximadamente 150 dólares mensuales a este personal que labora en el ámbito educativo.

## **1.6.Diferencias entre “contrato administrativo” y “contrato civil”**

Sin duda se trata de un problema de orden dogmático, pues hay varias teorías que defienden al contrato administrativo como un instrumento legal con régimen jurídico propio, que faculta a la administración pública a hacer uso de amplias prerrogativas orientadas a precautelar el interés general. El contrato administrativo pese a que tiene la esencia jurídica del contrato civil, no deja de ser un contrato

común generador de derechos y obligaciones; además, en el contrato administrativo una de las partes obligatoriamente debe ser el Estado a través de sus instituciones, entidades u organismos dotados de potestad para contratar de acuerdo a sus competencias para el cumplimiento de un fin común o público. De igual forma, los conflictos que se derivan de los contratos administrativos se someten a la jurisdicción contencioso administrativa, y los contratos civiles a la legislación civil.

### **1.7.Diferencias entre “contrato laboral” y “contrato de prestación de servicios profesionales”**

El contrato de prestación de servicios profesionales se estipula para la ejecución de una labor específica en calidad de profesionales independientes y sin encontrarse bajo órdenes o dirección del contratante, pudiendo el profesional desarrollar de forma independiente y libre, sin horario alguno ni imposición de ninguna condición su actividad; esto a diferencia del contrato laboral, en el cual la persona o empresa empleadora impone las normas para el desarrollo de la tarea del asalariado bajo su subordinación, mediante el establecimiento de horarios, determinación del objeto de trabajo, normas y pautas para cumplimiento de las tareas a realizarse y mediante la emisión de órdenes según las necesidades y conveniencias del empleador.

La afiliación a la Seguridad Social en el contrato de prestación de servicios corresponde al profesional independiente, mientras que en un contrato laboral dicha afiliación correrá a cargo de la parte empleadora. Tras la terminación del contrato de trabajo le otorga al trabajador el derecho a recibir prestaciones sociales, no así con un contrato de prestación de servicios profesionales.

### **1.8. De los Principios del derecho común**

**El “principio de la autonomía” de la voluntad como fuente de las obligaciones civiles.-** La existencia y validez de los contratos en esencia tiene sustento en la voluntad de los contratantes, la cual se sustenta en esencia en un postulado del derecho civil muy conocido que refiere a que “en el derecho privado se puede hacer lo que la ley no prohíbe expresamente” (Gutiérrez, 2019). El principio de la

autonomía de la voluntad, nace como consecuencia de la influencia del derecho Francés recogido en el Código Napoleónico y en los postulados que en ellos se inspiran (Palanca, 2014).

A criterios de varios estudiosos del derecho, este principio que nace como consecuencia del carácter individualista del derecho, se ha tornado en social y ha ido perdiendo su carácter subjetivo y adaptando una noción más objetiva, por lo tanto la voluntad de las partes ha ido perdiendo de a poco su antiguo poder en cuanto a la voluntad como base omnímoda y eje fundamental de los contratos (Alessandri & Somarriva, 1942).

Existen doctrinas como la del “abuso del derecho”, la cual ha sido aplicada por varios tribunales de justicia, que han resuelto que la negativa a contratar faculta al afectado a solicitar indemnización de perjuicios, en especial de aquellos obreros que forman parte de asociaciones gremiales o sindicatos, por lo tanto el principio de la libertad de contratación que caracteriza de igual forma al derecho subjetivo, ha ido perdiendo espacio en la mayor parte de legislaciones de Latinoamérica y el mundo.

### **1.9.Principios del derecho del trabajo**

El Derecho del trabajo es autónomo y tiene principios propios que lo inspiran y que se diferencian de otras ramas y de los principios generales del derecho. El derecho del trabajo se diferencia de otras ramas del derecho por cuanto cumple los tres requisitos esenciales para que una disciplina tenga autonomía, como lo menciona Alfredo Rocco: a) Que posea un dominio y contenido suficientemente vasto. b) Que posea doctrinas homogéneas sustentadas en conceptos generales comunes distintos a los de otras ramas del derecho. c) Que posea método propio (Rocco & Garigues, 1931).

En la década de 1970 en Querétaro México se celebró el Quinto Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, en el cual se aprueba y suscribe la “Declaración de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, los cuales son un estándar a aplicarse en varios países de Latinoamérica y el Caribe, sobre los beneficios más esenciales y generales que el derecho del trabajo debe caracterizarle en la legislación de cada país (Boza, 2014).

En la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra en el año 1998, denominada la declaración de la OIT, se mencionan cuatro principios relativos: a) La libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva. b) Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. c) Abolición efectiva del trabajo infantil. d) Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Organización Internacional del Trabajo, 1998).

El derecho del trabajo como lo afirma el tratadista Uruguayo Américo Plá Rodríguez, tiene un carácter fragmentario y su tendencia a lo concreto conduce a la proliferación de normas en continua modificación y perfeccionamiento, por lo cual se defiende que el derecho al trabajo es un derecho en constante formación.

Sobre este tema el profesor Américo Plá Rodríguez complementa indicando que, los “principios del derecho del trabajo” engloban una serie de situaciones, así: a) Se trata de enunciados básicos que abarcan una serie indefinida de situaciones, pues un principio es más general que una norma, pues el principio sirve para inspirarla, entenderla y suplirla y complementa lo dicho señalando “ El proceso lógico para obtener un principio consiste en inducir una solución más general de la comparación de disposiciones particulares concordantes, a fin de aplicarlo a cualquier hipótesis no alcanzada por ninguna previsión legal. b) Por ser propios del derecho del trabajo son distintos de los que existen en otras ramas del derecho, lo cual sirve para justificar su autonomía y peculiaridad, por lo cual son especiales, diferentes de los que rigen en otras ramas del derecho (Plá Rodríguez, 1995). Así tenemos:

**Principio protector.-** Dentro del campo del derecho existe un interés enfocado hacia la necesidad del cumplimiento del derecho de las personas en relación con el aseguramiento de la paridad jurídica, en el derecho laboral la preocupación central ante la desigualdad económica del obrero frente al patrono, es equilibrar dicha desigualdad sustantiva y real entre las partes. El tratadista Américo Plá Rodríguez menciona que históricamente el derecho de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica, conducía a distintas formas de explotación incluso las más abusivas e inicuas, por lo cual el legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y compenso, esto genera desigualdad económica en donde es perjudicado el

trabajados y por ende se viola el principio de protección jurídica favorable (Plá Rodríguez, Américo, 1995).

El tratadista Couture (1950), menciona que: “el procedimiento lógico de corregir desigualdades es el de crear otras desigualdades” (p.67). Bayón Chacón y Pérez Botija (1958), señalan que los principios interpretativos del derecho del trabajo son postulados que sociológicamente primero y jurídicamente después, por disposiciones legales o resoluciones judiciales, se han convertido en criterio de orientación del legislador o del juez en defensa de la parte que se estimó más débil en la relación laboral, para establecer con un privilegio jurídico una desigualdad social. Y los define de la siguiente forma: Son mandatos morales que se han impuesto por las vías indicadas al servicio de un pensamiento de justicia social para templar la inferioridad contractual del trabajador y que hoy aparecen incluso reflejados a veces en normas legales y hasta aludidas en preceptos constitucionales (pp.34-54).

El principio protector conforme el tratadista Américo Pla Rodríguez, se sustenta en tres formas diferentes: la primera en donde el juez debe utilizar un criterio sustentado en la norma y que sea favorable al trabajador; el segundo, en donde, se determina aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos de jerarquía de normas se debe buscar la opción más favorable y, finalmente al hablar de la condición beneficiosa, en donde, la aplicación de la norma dentro del campo laboral no debe ser utilizar para disminuir las condiciones que los trabajadores deben tener a su favor (Plá Rodríguez, 1995).

**Principio de irrenunciabilidad.-** El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2002) define a dicho principio como aquel que, limita la autonomía de la voluntad para ciertos casos específicos relacionados con los contratos de trabajo, el trabajador está imposibilitado de privarse voluntariamente de las garantías que le otorga la legislación laboral aunque sea por beneficio propio, pues toda renuncia de derechos implica nulidad absoluta. Esto evidencia que el principio de la autonomía de la voluntad de derecho privado se ve severamente limitado en el Derecho laboral. Así, un trabajador no puede renunciar a su salario, o aceptar uno que sea menor al mínimo establecido por el ordenamiento;

si la jornada de trabajo diaria máxima es de 12 horas, un trabajador no puede pedirle a su empleador que le deje trabajar durante 18 horas (pp. 133-135).

Para el tratadista Mexicano Néstor de Buen (1988), considera que 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).

El profesor Mario de la Cueva (1964), esclarece la cuestión cuando asevera en relación a la imperatividad e irrenunciabilidad del derecho del trabajo, que: La existencia de las relaciones entre capital y trabajo no depende de la voluntad de trabajadores y patrones, sino que tiene un carácter de necesidad. El liberalismo estimó que su regulación se debía estimar a la voluntad del trabajador y patrono y esto lo concibió en el Código Napoleónico a través del principio de la autonomía de la voluntad. La injusticia y la desigualdad social que produjo esta pretendida autonomía de la voluntad, hicieron que el Estado interviniera para garantizar a los trabajadores un mínimo de vida (pp. 88-101).

Para entender mejor esta diferenciación es necesario recurrir al derecho romano, en el cual el “jus cogens” está integrado por las normas que se deben cumplir cualquiera sea la voluntad de las partes; todo lo contrario, al “jus dispositivum” que se compone de aquellas normas que se han de cumplir solo cuando las partes no hayan establecido otra cosa.

**Principio de continuidad.** Los autores Pierre Verge y Guylaine Velle afirman que la preservación de la “continuidad de la relación de trabajo”, es un principio sostenedor de varias nociones jurídicas particulares del derecho del trabajo. Varias disposiciones aseguran la continuidad de la relación laboral a pesar de las dificultades que puedan afectarla. Pero las reglas del derecho de trabajo no solo preservan la relación laboral, sino que, en otras circunstancias; esa continuidad constituye una fuente de ventajas específicas para el trabajador, vistas así las cosas, la antigüedad en el empleo genera una serie de ventajas salariales y beneficios adicionales, que estimulan y recompensan la continuidad del trabajador

y le garantizan un buen vivir (Jiménez, 2009). Este principio por lo tanto, defiende la naturaleza jurídica del contrato de trabajo como de “tracto sucesivo”, sin que se agote mediante la realización instantánea de cierto acto sino que perdure en el tiempo.

El tratadista Horacio Schick refiriéndose al “principio de continuidad”, aduce lo siguiente: “Recordemos que su vigencia fue una de las principales conquistas que el Derecho del Trabajo consagró en favor del trabajador, al otorgarle al contrato extrema duración y resistencia, superando la liberalidad de la locación y disolución cuando el vínculo civil era regulado conforme la locación de servicios. La inestabilidad marcó el primer momento de la relación de trabajo en la era industrial, donde la falsa ilusión de la autonomía de la voluntad disfrazaba la imposición de las normas laborales (Schick, 2015).

La estabilidad laboral del trabajador en el puesto de trabajo, si bien es un principio establecido en favor del trabajador no por ello deja de beneficiar al empleador, pues la permanencia de este en la empresa redundaría también en beneficio del empleador, no solo por la posición anímica del trabajador sino por la experiencia y los conocimientos que se adquieren con el transcurso de los años lo cual beneficia a los patronos; además de las ventajas de no estar expuesto a trabajadores neófitos en los conocimientos y actividades propias de la empresa, prescindir de capacitación permanente y de los eventuales errores, fracasos, perjuicios y pérdidas de tiempo que ello generaría.

**Principio de la primacía de la realidad.-** El tratadista Mario de la Cueva lo explica del modo siguiente, sobre el principio de la primacía de la realidad en materia laboral, así: “La doctrina de una relación de trabajo se ha convertido en una de las expresiones más vigorosas de la nueva idea del derecho del trabajo. Sus beneficios se descubrirán en la lectura de los artículos de la Ley y aparecerán otros en la vida real que enriquecerán la doctrina. Dentro del mar de posibilidades que están abiertas, se destacan algunas: 1) La relación de trabajo una vez iniciado el servicio y adquiere una vida independiente... 2) Una característica complementaria a lo manifestado es que el convenio que se celebra entre empleado y empleador no representa un óbice para que el trabajador en donde se sostenga una prestación de trabajos bajo una figura de trabajo subordinado por lo que se hace acto de mutuo acuerdo según el Código Civil no es solo imponerse el derecho al trabajo sino proteger los acuerdos de voluntades establecidas.

En el año 1938, con el fin de permanecer en la terminología de la Ley de 1931, mencionamos la idea de un contrato que se convertía en un hecho real, y usamos la expresión “contrato realidad”. Hoy podemos decir que la relación de trabajo es una realidad viva, que consiste en el hecho real de la prestación de un trabajo personal subordinado, prestación diaria que reafirma todos los días la independencia de la relación respecto del acto o causa que le dio origen; o expresado en una fórmula más simple: “una relación jurídica, expresión de una realidad”. Esta condición, a su vez, confirma la característica primera, porque la realidad de la prestación de un trabajo no puede ni destruirse por un acuerdo de voluntades, pues la realidad no se niega por una declaración” (De la Cueva, Mario, 1993, pp.194-195).

Los tratadistas Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Bahamonde señalan que: “frente a estos supuestos (simulación) está la presunción “*iuris tantum*” de existencia de un contrato de trabajo entre quien presta un servicio y quien lo paga o debe pagar (art. 8.1. ET; infra, VII.A), y las terminantes declaraciones de la jurisprudencia de que la naturaleza del contrato depende de las obligaciones de las partes (aplicación del principio de primacía de la realidad: Plá), siendo irrelevante la voluntad de éstas, aún concordante y explícita –a fortiori si impuesta abusivamente por una a la otra-, de despojar un contrato de trabajo a sus normas reguladoras (en este caso, el contrato simulado sería fraudulento), imponiéndose por tanto, la “causa verdadera”...” (Montoya, 2011, p. 256).

En los países del orbe, por parte de los poderes económicos se perciben quejas cuando la administración de justicia especializada reivindica el “principio de la realidad”, para sentenciar una determinada relación de subordinación que deliberadamente se ha pretendido ocultar o disimular, siendo que, dicho principio es lo que en esencia determina la relación laboral y no las formas que esta pueda asumir, pues en caso de presentarse una diferencia de criterios en la documentación se debe dar prioridad a los documentos que respaldan el proceso y no a los hechos que sucede en el terreno (Plá Rodríguez, Américo, 1995).

La adecuada identificación de la naturaleza del trabajo prestado por cuenta ajena llega a desentrañar la verdadera esencia de las actividades cumplidas, han permitido eludir diversos

mecanismos y formas contractuales empleadas por la clase empresarial para “simular la relación laboral”, lo cual se debe a que, en otras épocas, apoyaban la idea patronal de limitarse a asumir responsabilidades que en la prestación de servicios personales derivan de las normas de trabajo y las obligaciones previstas para los empleadores en la ley, llegando a adoptar interpretaciones equivocadas al señalar que, cuando un trabajador preste sus servicios a dos o más empleadores, no podía aceptarse que en alguno de los casos existiera relación laboral, por no haber una dependencia económica exclusiva ni directa. De igual manera, si los conocimientos técnicos del trabajador eran superiores a los del patrón, ello supuestamente excluía la posibilidad que hubiera “dirección” y por tanto, permitiría negar la naturaleza laboral de la relación contractual.

Posteriormente, en la relación laboral por cuenta ajena se produce el fenómeno de la subordinación en el que, el dependiente se sujetará a las instrucciones recibidas por su patrono de manera expresa, por lo tanto, es importante considerar que es exclusividad del derecho laboral regular la conducta humana en la prestación de servicios personales en estado de dependencia, esto para que dicha relación no sea perjudicial para los trabajadores bajo la protección de las leyes del trabajo. El Principio de Primacía de la realidad en la legislación ecuatoriana, se halla recogido en el artículo 37 del Código del Trabajo, así: “los contratos de trabajo están regulados por las disposiciones de este Código, aún a falta de referencia expresa y a pesar de lo que se pacte en contrario” (p. 16).

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, actualmente llamada Corte Nacional de Justicia, ha aplicado dicho principio en varios de sus fallos, así: en la página 279 del Prontuario de Resoluciones número tres, caso L. 90. 54, se menciona el siguiente criterio: “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).

Dentro del caso laboral No 181-2005, publicado en el Registro oficial 120 del cinco de julio del 2007, página 31, dictado por los señores Jueces de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, se

dice: “La revisión procesal permite comprobar los documentos que integran los autos, pero también permite apreciar la realidad, para llegar a establecer de manera clara y definida lo que aparece del contenido documental frente a lo que nace de los hechos que han ocurrido, cuyo conocimiento está respaldado por la aportación de esos mismos recaudos procesales. El conocimiento, verificación y aceptación de los hechos es la cristalización fáctica del principio fundamental del Derecho del Trabajo que es la primacía de la realidad citado por el tratadista chileno José Ugarte Cataldo, en su libro Nuevo Derecho del Trabajo, además de la lectura de los documentos, se deben apreciar los hechos para otorgarles la primacía que contiene el principio enunciado”. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 327 señala en su parte pertinente “... el incumplimiento de las obligaciones, el fraude, ...” (Santos, 2015).

El principio de la “primacía de la realidad” desnuda lo simulado, lo ficticio, lo oculto de una relación laboral encubierta en varias de sus formas, a través de la celebración de contratos civiles o de índole administrativo, siendo práctica común que su utilización en la contratación de personal en la esfera privada, sin que ello escape al ámbito público.

#### **El “principio de la autonomía de la voluntad” vs principio de la “primacía de la realidad”.-**

El “principio de la autonomía de la voluntad” al cual ya nos hemos referido, que consagra como uno de sus principales postulados que, “el contrato es ley para las partes” no es absoluto en el Derecho Laboral, pues resulta que, aunque en forma libre y voluntaria se hubiese o hubieren pactado un contrato de trabajo e incluso legalizado ante autoridad competente, carece de valor jurídico si sus cláusulas contradicen las expresas disposiciones legales contenidas en la legislación laboral, o si la labor, jornada de trabajo, clase de contratación, remuneración percibida o labores cumplidas, que realiza el asalariado en la realidad son distintas a las previstas en el contrato escrito, porque el contrato laboral es un “contrato realidad” (Albuja, 2011).

La normativa civil parte de los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación, en la cual las partes negocian en igualdad de condiciones, siendo todo contrario a lo que ocurre en materia laboral, en la cual lo que prevalece es la realidad y no la forma, siendo esto lo que la doctrina

jurídica denomina “Principio de Primacía de la Realidad”. Luis Cueva Carrión (2013) manifiesta que, para el principio de la primacía de la realidad lo primero y fundamental es lo fáctico y, lo secundario la realidad jurídica. Como podemos observar, el derecho laboral ha invertido los términos: la verdad jurídica cede ante la verdad fáctica y esta inversión produce una forma nueva y diferente dentro del pensar jurídico (p. 33).

El tratadista Mario de la Cueva por su parte señala que, el contrato realidad 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” (p. 67).

El tratadista José Manuel Lastra Lastra al tratar sobre el principio de la autonomía de la voluntad en materia laboral señala que, en las relaciones de trabajo, la autonomía de la voluntad encuentra sus límites en el orden público, pues el vínculo jurídico-laboral crea una desigualdad al someter o subordinar la voluntad del trabajador a la jerarquía creada de antemano por el contrato de trabajo. La clave de esta construcción jurídica es paradójica al principio de la “autonomía de la voluntad”, pues en las relaciones laborales los contratantes aceptan una relación de sometimiento o subordinación que los coloca a disposición del empresario, quien ordena frente a quien adquiere la obligación de obedecer durante la ejecución del contrato. El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad autónoma para someterla a la voluntad del empleador.

Es por ello que dicho autor afirma que el poder patronal crece en cuanto más amplio sea el margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador, de lo cual se concluye que en el contrato de trabajo la voluntad se “somete” y en el contrato civil se “compromete”. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega. Esta contradicción entre autonomía de la voluntad y subordinación de la voluntad, conduce a que el trabajador en la empresa sea visto como sujeto y objeto del contrato, por lo cual la fuerza obligatoria del contrato se pone en beneficio del empresario. Frente a esta realidad el referido tratadista se pregunta: ¿es posible fundar en la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de una relación jerárquica como el vínculo de subordinación?, ante lo cual se responde que, la única

libertad del trabajador en tal estructura jurídica consiste en elegir al empresario a quien ha de someterse o subordinarse (Lastra, 2013).

**Principio primacía de la realidad y su relación con la desregularización y flexibilidad en las relaciones de trabajo.-** El principio social de la “primacía de la realidad”, representa un choque con las tendencias que postulan una desregularización absoluta en el mundo del trabajo. Los poderes económicos y empresariales se empeñan en crear artificios alrededor de la relación del trabajo, valiéndose de diversas modalidades y mecanismos de contratación para ocultar lo que fehacientemente la realidad de los hechos lo confirman. Bajo el cacareado pretexto de una mayor “flexibilidad” en la contratación laboral y desregularización en el mercado laboral, se intenta burlar las obligaciones que la ley establece al empleador, pues flexibilizar las condiciones de trabajo en aras de mantener una cierta estabilidad del empleo, no es lo mismo que desmontar todo el marco regulatorio en donde no existe norma proteccionista alguna, dando lugar a una especie de pactos civiles y donde prime la exclusiva voluntad de las partes y la entera libertad de contratación.

Como bien lo señala Américo Plá Rodríguez, lo que el derecho del trabajo impone es el reconocimiento absoluto de unos hechos que resultan irrefutables, independientemente de las formalidades o apariencias que pueda adquirir la relación de trabajo, no es la letra o la redacción lo que evidencia la compra o prestación de un servicio, son los hechos y, la continuidad de estos, los que revelan la existencia de un empleador y un trabajador en una perfecta línea de subordinación, la existencia o no del documento es lo secundario, al menos en lo que al derecho del trabajo se refiere, a diferencia de lo que se estipula en los acuerdos civiles o mercantiles, pues lo que no puede hacerse es invocar un texto escrito para pretender que este predomine sobre los verdaderos hechos. Si la práctica demuestra que en la realidad se actuó de determinada manera, eso es lo que debe tenerse en cuenta y no las estipulaciones que hayan podido hacerse para disimular u ocultar la verdad o para programar una actividad según ciertas normas, que luego las mismas partes, con su propio comportamiento, modificaron en forma práctica, pero inequívocamente clara (1978)” (Romero, 2001).

## CAPÍTULO II

### DE LA SIMULACIÓN LABORAL

#### 2.1. Introducción

Los empleadores a lo largo de la historia buscaron formas de coartar, disminuir y mermar los derechos del trabajador, la simulación en el Ecuador parte en un fallo de la Corte Nacional de Justicia de 1988, del que podemos sustraer un concepto claro de lo que es la contratación simulada para el legislador ecuatoriano. Aterrizada a la realidad de nuestro país, según el fallo jurisprudencial, la simulación laboral es utilizada para ocultar una relación de trabajo y erróneamente se la ve de otra óptica jurídica, desde el punto legal es necesario saber diferenciar la simulación laboral de una verdadera relación de trabajo, pero en la práctica o en el día a día es complicado ocultarla, ya que hay un factor importante dentro de la misma, que es la dependencia del trabajador hacia el empleador. Citando el fallo, la simulación laboral es: *“La contratación simulada para ocultar una relación de trabajo, procura identificar el nexa jurídico con una figura legal distinta a aquélla. Sin embargo, tal actitud engañosa no se disimula en la práctica, cuando como en la especie el interesado en aquélla no puede despojarse del control, que en este caso lo es la dependencia, ni de la dirección de la actividad propia de su negocio, por lo que toda venta se realiza a nombre de su empresa y a su favor se suscriben las obligaciones documentarias”* (Consejo de la Judicatura, 1988).

Ahora bien, en el Derecho del Trabajo se habla de simulación laboral como una especie de la simulación a la que se ha hecho referencia hasta el momento, en donde, el eje fundamental representa el contrato que se firma entre las partes, existe diferentes formas de actos simulados, normalmente en este campo la simulación absoluta se relaciona con negociaciones que favorecen a las partes. Por otra parte, existe la simulación relativa que se respalda en las diferentes figuras contractuales no laborales en donde, se refleja el ocultamiento de una verdadera relación laboral (Durán, 2014).

## 2.2. Definiciones

El vocablo simulación viene del latín “simulatio” y consiste en la acción de simular. Este verbo refiere a representar algo, imitando o fingiendo lo que no es. Puede definirse a la simulación como la experimentación con un modelo que imita ciertos aspectos de la realidad. Esto permite trabajar en condiciones similares a las reales, pero con variables controladas y en un entorno que se asemeja al real pero que está creado o acondicionado artificialmente. La simulación, como señala Ferrara (2016), no es realidad, sino ficción de realidad. En donde, puede generarse una contradicción entre la apariencia y realidad (Diez Duarte, 2012).

Según Ackerman (2013), define a la simulación laboral como: 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 (p.77).

Quiroz Allende (2014) ha comprendido la figura de simulación en sede laboral de una manera similar a como el profesor Ugarte la ha estudiado, y ha señalado al respecto que: ...[l]a simulación de contratación de trabajadores a través de terceros consiste, básicamente, en una pseudo-subcontratación y forma parte, por ende, de las figuras de cesión ilegal de trabajadores en general. Sin embargo, este ilícito presenta ciertas particularidades en relación con aquellas figuras, ya que no se trata sólo de una infracción a la ley laboral y, específicamente, a la regulación existente sobre externalización de los recursos humanos, sino que además, resulta posible enmarcarla dentro de los casos de fraude a la ley laboral, compartiendo al igual que el subterfugio (pp.233-248).

El contrato simulado puede tener diversas finalidades, así: eludir prohibiciones o imperativos legales; engañar a un tercero; ocultar por conveniencia la verdadera voluntad de las partes (Alessandri & Somarriva, 1942).

### 2.3. Clases

La simulación puede ser: a) en relación a la persona, cuando contrata una encontrándose la persona real detrás de la simulada, cuando existe el denominado testaferro; b) en relación a las cláusulas del contrato, cuando a éste se le da una determinación y naturaleza distinta a la real: c) en relación a la categoría del trabajo, cuando acepta el trabajador figurar en calidad distinta a la real, por ejemplo, de viajante libre, siendo en realidad subordinado o estando en relación de dependencia; d) respecto al salario, que puede simularse dándole la apariencia de comisión, gratificación o pago de precio. Si bien la simulación, por lo general, se celebra con el claro objeto de provocar un engaño específico a los terceros que se relacionan con alguno de los contratantes, de ahí no tiene por qué concluirse a priori una intención fraudulenta (Garfías, 2016).

La simulación por definición puede ser lícita o ilícita, siendo sólo este último caso el que a petición de parte puede ser impugnado como acto en cuanto perjudicaría a un tercero, sin embargo en la nueva figura contemplada en la ley no existe por el legislador una elucidación contundente. Sin perjuicio de lo anterior, debemos acoger como un gran avance en el diseño normativo la consagración de un requisito de mala fe respecto del subterfugio, y de un resultado lesivo tanto para la simulación como para el subterfugio, lo que viene a aclarar en gran medida la discusión expuesta en párrafos previos sobre el elemento subjetivo del tipo sancionatorio (Irureta Uriarte, 2013).

Según Irureta (2013), establece diferentes situaciones de simulación laboral, que se explican a continuación::

1. **Acuerdo simulador que encubre un acto laboral:** sin darle la figura de fraudulento al contrato, existe un acuerdo entre las partes de alteración a este documento, en donde, al empleador se le cataloga como un simple acreedor civil o comercial.
2. **Actos válidos que generan un resultado fraudulento:** el contrato que se obtiene como resultado es disimulado, pero formalmente válido, a pesar de tener el carácter ilícito; en donde se genera un quebranto de las normas imperativas, pero esto se realiza de mutuo acuerdo.

3. **El sujeto aparente como agente simulador:** en este caso se disfraza la verdadera identidad del empleador y el trabajador ignora esta situación.
4. **La simulación en perjuicio de terceros ajenos al vínculo laboral:** se produce un engaño a terceros acreedores, con un contrato simulado, en donde, se elude derechos laborales (pp. 222-225).

#### **2.4. La simulación en el derecho común y la utilización de figuras contractuales más frecuentemente para este fin.**

La simulación dentro del campo del derecho civil tiene doble enfoque: absoluta y relativa (Lizama, 2003). La primera, ocurre con la celebración de un contrato determinado, aun cuando en la realidad no existe ninguna intención de celebrarlo, lo que refleja un acto aparente (Martínez Girón, 1992). Ese sería el caso, por ejemplo, en que dos personas fingen la suscripción de un contrato laboral –en la práctica inexistente– a objeto de obtener determinados beneficios previsionales en función de los períodos de ocupación. Igual tipo de simulación concurriría en el supuesto de que ambas partes consientan en celebrar un determinado acto con el objeto fundamental de obtener ciertas ventajas transaccionales, sobre todo en el ámbito indemnizatorio (Menéndez, 2012).

Dicha reserva, en principio, no tiene por qué ser considerada ilegítima, toda vez que, de conformidad con el “principio de libertad de las formas”, las partes pueden ejecutar cualquier acto jurídico que deseen, siempre y cuando se ajuste a las reglas generales que establece el ordenamiento legal. Si bien la simulación, por lo general, se celebra con el claro objeto de provocar un engaño específico a los terceros que se relacionan con alguno de los contratantes, no tiene por qué concluirse a priori una intención fraudulenta (García Valverde, 2014, p. 110).

Lo anterior no supone, con todo, que el acto simulador no pueda derivar en una figura legalmente indebida o fraudulenta. Como se sabe, el efecto ilícito de un hecho jurídico no tiene por qué asimilarse, sin más, a una situación dolosa (Herrero Nieto, 2013, p. 114).

Existen una infinidad de formas contractuales simuladas, por ejemplo: limitarse a forjar una apariencia de contrato, otorgando una escritura simulada de “fianza” para animar a otras personas a que

salgan también fiadoras; otras veces, a la par con el negocio simulado o ficticio celebran un contrato serio, encubierto o velado por aquél, así por ejemplo en una supuesta compraventa puede esconderse una donación (si se pacta secretamente que no se pagará el precio).

Otro claro ejemplo de aquello es una escritura simulada de “préstamo”, la cual disfraza una “promesa de donación”.

## **2.5.El Fraude Laboral**

Del latín “fraus” -fraude es una acción que resulta contraria a la verdad y la rectitud. El fraude se comete en perjuicio de otra persona sea esta natural o jurídica, como el Estado o una empresa. Fraude, para el derecho penal es un delito cometido mediante el uso del engaño que se hace a uno para procurarse una ventaja en detrimento de él, simulándose la existencia de hechos. El concepto de fraude está asociado al de estafa, que es un delito contra el patrimonio o la propiedad. Consiste en un engaño para obtener un bien patrimonial, haciendo creer a la persona o la empresa que paga que obtendrá algo que, en realidad, no existe.

El criterio voluntarista o subjetivo civil ha cedido paso a la convicción de que igual se produce un abuso de derecho o un fraude, si el resultado de la acción termina siendo dañino o contrario a los preceptos imperativos del ordenamiento jurídico. Además, como se ha encargado de señalar la doctrina, 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 (García Murcia, 2011, p. 130). Y es justamente en esta última hipótesis donde el problema de la apariencia y la simulación adquieren ribetes especiales, ya que el hecho de que concurra una intención o resultado fraudulento no puede obviarse por el simple expediente de que se ejercitaba una libertad contractual.

Existen múltiples tipos de fraude en materia laboral, así, entre los mismos se hallan: pagos de sueldos a personal que no trabaja, anulación de facturas que han sido cobradas, doble facturación, pasivos registrados sin documentación soporte, ventas y servicios que no son declarados en impuestos

o los sueldos pagados a personas que no existen. También, a la inversa, empleadores que no cancelan los haberes legítimamente devengados por los trabajadores, especialmente los de carácter económico (falta de pago de las remuneraciones, o pago incompletos, la retención de valores de seguridad social de forma ilegal, o falta de entrega de las aportaciones por concepto de seguridad social, etc. La nueva legislación penal incorpora también el delito de fraude procesal, indicando que la persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, la sanción se determina con pena privativa de 1 a 3 años (Montero, 2011). La ausencia de un régimen de sanciones administrativas en el Código del Trabajo, y el fraude laboral, para la simulación laboral, vulnera los derechos elementales del trabajador, como lo prescribe la Constitución de la República del Ecuador.

A nuestro criterio, se observa de manera sencilla que la utilización de esta figura genera diversos tipos de situaciones fraudulentas que vulneran el ordenamiento jurídico, por lo que emplea esta herramienta para la evasión de la aplicación de cierta normativa, que conlleva al empleador a generar incumplimiento de la ley; del marco teórico analizado, se visualiza que varias interpretaciones de la contratación simulada en términos civiles.

Analizada desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador, la simulación laboral es distinta, puesto que la figura se la entiende más cercana al derecho penal, ya que esta es una manifestación del *ius Puniendi* estatal; en este sentido el bien jurídico, esto es, el interés de protección que merece la sociedad por el ordenamiento jurídico, con miras alcanzar el bien común es afectado. En resumen, son múltiples los alcances jurídicos que se desprenden de este fenómeno de estudio, puesto que generalmente determina la gestión de los recursos humanos al interior de una empresa.

## CAPITULO III

### MARCO METODOLÓGICO Y RESULTADOS

En este capítulo se realiza la exposición y descripción del componente metodológico de la presente investigación, en donde se determina el enfoque bajo el cual se realiza el análisis y los métodos teóricos y empíricos que contribuyen a la descripción del comportamiento del problema en estudio.

#### 3.1. Metodología

Esta investigación asume el enfoque paradigmático crítico- propositivo, porque no se queda solamente en la recolección de datos, sino que se comprueba la hipótesis a través de la aplicación de entrevistas y lo cual se comprueba con los resultados obtenidos de las mismas; el tema motivo de la investigación se ubica en el ámbito jurídico con enfoque actual y humanista, que permite el análisis de hechos y fenómenos de índole social.

Para la presente investigación, la redacción del marco conceptual se realiza mediante un análisis serio de los datos disponibles relacionados a la simulación laboral en el sector público, lo cual nos permitió argumentar, analizar, y proponer alternativas viables de solución a la problemática encontrada, y a su vez confrontar información relevante para elaborar objetivos alcanzables y verificar la validez de la hipótesis, al ser este el hilo conductor del trabajo investigativo.

La **metodología de investigación cualitativa**, permite interpretar los fenómenos dentro de una realidad, utilizando varios materiales como entrevistas, encuestas, textos históricos, leyes, reglamentos y demás documentos jurídicos que recogen situaciones problemáticas que cobran significado en las personas, estudia la realidad en su contexto natural, interpreta fenómenos con los significados que tienen para los sujetos de la investigación.

**Enfoque cualitativo**, El proceso de indagación es **inductivo**, pues busca respuestas mediante la indagación y la experiencia social, centrado en las personas. El análisis permite la descripción de datos, interpretación, la investigación acción, apoyándose en la teoría del derecho y jurisprudencia, para

descubrir conceptos e hipótesis, a partir de lo cual se propondrá soluciones válidas fundamentadas en derecho.

Es una **investigación descriptiva**, porque se pretende caracterizar los elementos que intervienen en la relación laboral, no solo mediante la recolección de datos sino a través de la predicción y el análisis de particularidades de la investigación, abstraer aspectos relevantes en las relaciones que existen entre el objeto de estudio y la práctica jurídica.

**Método empírico**, por cuanto dada la experiencia y observación del investigador, la investigación se sustenta en el estudio y el análisis de casos prácticos que se han sustanciado en los diversos juzgados de trabajo de la provincia de Tungurahua, en los cuales se aprecia la utilización por parte del Estado de diversas formas y mecanismos legales que conllevan a la simulación laboral.

**Método histórico-jurídico**, el cual permitió desarrollar la investigación tomando en consideración aspectos del pasado relevantes y con base a ello elaborar la doctrina jurídica, que nos ha de permitir realizar el análisis, síntesis, inducción y deducción, a fin de construir los presupuestos teóricos que fundamenten el derecho al trabajo como objeto y campo de estudio.

**Método exegético jurídico**, en el sentido de que hay dos corrientes interpretativas de la realidad, una visión desde el punto de vista de las autoridades estatales y otra de los trabajadores, lo cual nos permitió analizar los hechos y fenómenos desde diversas corrientes del pensamiento humano.

**Método científico**, se lo aplicó en el desarrollo de toda la investigación, permitiendo destacar los efectos de la simulación laboral y su afectación en los derechos del trabajador, a través del estudio fundamental de los diferentes contratos y mecanismos legales más utilizados, en los cuáles se vulnera el conjunto de derechos inherentes a los obreros del sector público y luego confrontar lo dispuesto en la legislación ecuatoriana.

El presente trabajo guarda relación intrínseca con la línea de investigación de la maestría que responde a la tutela judicial efectiva y el proceso, pues justamente se estudia gran parte de esta institución. Por lo tanto, en la presente investigación, se hace un análisis del problema: “En el sector

público se utilizan formas contractuales, mecanismos y figuras legales que generan simulación laboral, lo cual atenta contra los derechos de los trabajadores”, para lo cual se ejemplifican varios casos que se han presentado en instituciones públicas del Ecuador.

**Método comparativo,** El método comparativo utilizado dentro del presente trabajo de investigación constituye una herramienta fundamental para dilucidar como en legislaciones de América Latina y el Caribe al igual que en el Ecuador se ha presentado el fenómeno de la “simulación y el fraude” para disfrazar relaciones contractuales de índole laboral por otras propias del derecho común y administrativo. Identificar los artificios que recoge la ley y que son utilizados para este protervo propósito y cuales son las sanciones civiles, administrativas y penales ante dichas conductas antijurídicas, además en que sentido se ha resuelto por los organismos administrativos del trabajo y sentenciado por jueces de la justicia ordinaria y constitucional cuando en las instituciones del estado se ha presentado esta clase de reclamaciones por quienes han sido perjudicados y que han salido a la luz de los hechos luego de los respectivos procesos legales.

La aplicación de este método nos permitirá encontrar una posible solución que se ajuste a nuestra realidad y generar reformas legales que nos permitan identificar y castigar este deshonesto proceder que atenta a la vida digna de los asalariados del sistema, siendo más reprochable dicha actuación cuando es ordenada por parte de funcionarios públicos quienes están al frente de las instituciones del estado quienes deben ser el ejemplo de la observancia, aplicación y cumplimiento de la Constitución y la ley.

Con ello se procura establecer reflexiones acerca del problema en estudio, destacar los aspectos esenciales relativos a la simulación y fraude laboral existentes en nuestro ordenamiento jurídico nacional comparándolo con el derecho extranjero y a partir de ello establecer similitudes y diferencias críticas, siendo además necesario tomar ideas, modelos y soluciones del exterior para implementarlo en nuestra legislación.

### 3.2. Alcance de la Investigación

Para fundamentar la investigación y que los hechos se constituyan en una teoría científica, es necesario seleccionarlos, clasificarlos, compararlos y analizarlos, hacer abstracción de algunas características y propiedades para generalizarlos y explicarlos; a la vez que posibilitar la discriminación entre las relaciones de los hechos y fenómenos abordados en la investigación dentro de los cuales se realiza la formulación de hipótesis, definición de variables, análisis de resultados y elaboración del informe final de la investigación.

La teoría es el hilo conductor de la actividad investigativa, por lo tanto, la presente investigación contiene principios, leyes, categorías, hipótesis, conceptos del problema de investigación, lo cual nos lleva a la construcción del fundamento teórico: *“Toda ciencia, como producto del conocimiento existe a consecuencia de la relación teoría-práctica y puede establecerse la existencia de métodos del conocimiento teórico y del conocimiento empírico”* (Prats, 2016).

La Constitución de la República del Ecuador, mediante sus normativas supremas establece un conjunto de principios jurídicos, los cuales velan por proteger los derechos de los trabajadores, de forma intangible e irrenunciable. La clase obrera a través de infinidad de luchas ha conseguido la implementación de nuevos derechos y de tal forma se garantice su integridad y para su efectiva aplicación existe un ordenamiento jurídico, como lo es el Código del Trabajo, el mismo que consta de diferentes parámetros en los que se encuentra determinado un conjunto de derechos de los que son partícipes todos aquellos trabajadores que diariamente se esfuerzan por una justa remuneración y gozar de lo que en ley son beneficiarios. En tal virtud he creído conveniente realizar esta investigación acerca de la simulación de contratos laborales, lo cual no se encuentra regulado en la legislación laboral ecuatoriana, por medio de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador (H. Congreso Nacional, 2000), con la finalidad de examinar la aplicación de la normativa existente llegar a la identificación de los vacíos legales en relación con el establecimiento de sanciones hacia los representantes legales que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales; para tener el criterio jurídico necesario que permita el diseño de

sanciones administrativas y penales que se implementarán en el Código de Trabajo y el COIP conforme la gravedad del daño causado a los representantes legales que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales para simular la relación laboral por una de otra índole.

El fundamento en esta metodología es la experiencia como base de todo conocimiento, por lo tanto, el tema de la “simulación laboral” es un hecho real que merece ser tratado de manera clara y precisa para solucionar una problemática vivencial existente en nuestro país. Es preciso utilizar el método dialéctico que permite debatir, refutar y argumentar, partiendo de los principios del derecho laboral y defender claramente los conceptos señalados, utilizando instrumentos tales como la observación, entrevistas, encuestas, etc.

### **3.3. Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis**

Al indicar que la investigación nos lleva a comprobar o predecir alguna afirmación o negación sobre el tema investigado, es imperativo incorporar artículos en el Código del Trabajo referentes a la simulación laboral, premisa que es el resultado de un análisis serio, esto partiendo de diferentes criterios vertidos tanto de empleadores como trabajadores de instituciones públicas del país, de igual manera de entrevistas y encuestas aplicadas a juristas conocedores del problema y de la normativa jurídica.

El aplicar sanciones a los empleadores que utilizan la simulación laboral como medio de abuso y explotación laboral, es un mecanismo de solución para que se respete el derecho que tienen los trabajadores en cuanto a su estabilidad laboral. Este estudio permitirá determinar las debilidades encontradas como producto de la aplicación de pautas metodológicas y las fortalezas que se encuentra a lo largo de la investigación, para poder utilizarlas para la solución del problema investigado.

*Métodos empíricos***Tabla 1. Métodos Empíricos**

| <b>Categorías</b>  | <b>Dimensiones</b> | <b>Instrumentos</b>               | <b>Unidades de análisis</b>   |
|--|--------------------|-----------------------------------|---|
| La simulación laboral en las instituciones públicas y sus diversas formas. | Derecho Laboral    | Análisis jurídico y bibliográfico | <p>Mandato constituyente: 2,4,8.</p> <p>Constitución de la República del Ecuador 2.008-Artículos: 33, 326, 327, 328</p> <p>.Código del Trabajo Artículos: 8,10,11,12,13,14, 37, 42,169, 188,185, Art 305, 306 C.T</p> <p>Ley Orgánica de Servicio público. Artículos: 17, 23,58,60, 65,</p> <p>Código Civil: Artículos: 1856, 1930,1939.</p> <p>Ley de compañías: Artículos: 3, 17, 17A, 17B, 18,</p> |
|  |                    | Legislación comparada             | <p>-Derecho al Trabajo México.</p> <p>-Derecho al trabajo Uruguay.</p> <p>-Derecho al Trabajo de Perú-</p>  |

|  |  |                 |   |
|--|--|-----------------|---|
|  |  | Estudio de caso | -Empresa Pública-<br>Corporación Nacional de<br>Telecomunicaciones- CNT-<br>contratos de reventa de<br>telefónica pública.<br><br>-Ministerio de Educación-<br>docentes bonificados.<br><br>Empresa Municipal de Agua<br>Potable y Alcantarillado de<br>Ambato (EP- EMAPA)<br>Supresión de partidas para<br>terminar contratos de<br>sindicalistas. |
|--|--|-----------------|---|

Elaborado por: García Byron (2019)

### 3.4.Gestión de datos.

Es importante mencionar los casos ejemplificados sobre las diversas demandas que se han presentado en los juzgados y tribunales de justicia de la provincia de Tungurahua, sobre los casos de simulación en sus diversas facetas, que permiten proponer soluciones argumentadas jurídicamente, de igual manera los resultados de las entrevistas aplicadas son fundamentales en la estructuración de las conclusiones y recomendaciones que dan validez a la propuesta.

En el caso de los obreros de la empresa pública EP- CNT – Andinatel a quienes se les contrata al amparo de contratos simulados de “reventa de telefonía pública”, los argumentos jurídicos expuestos en las sentencias puestas en consideración del investigador permiten evidenciar que: el “principio de continuidad”, “principio de irrenunciabilidad” y “principio de primacía de la realidad”, que son consustanciales en las relaciones laborales, están siendo vulnerados por el Estado en perjuicio de quienes cumplen en dichas empresas actividades de índole material en calidad de “cajeros y recaudadores”, a quienes para no enrojarles dentro de nómina en calidad de obreros de empresas públicas y reconocerles todos los beneficios que por derecho les asiste recogidos en la legislación laboral y la contratación colectiva, se les disfraza en su contratación la verdadera naturaleza jurídica propia de un contrato laboral, dada la verdadera esencia de las actividades cumplidas y mediante la firma de contratos administrativos suscritos al amparo de la LOSSEP y la Ley Orgánica del Sistema Nacional

de Contratación Pública, lo cual ha sido develado y al detectarse que los funcionarios públicos han incurrido en una forma atípica de terminación de dichos contratos en esencia laborales, se ha dispuesto el pago de indemnizaciones por despido intempestivo conforme lo establece la ley y la contratación colectiva.

El caso de docentes bonificados, a quienes se les contrata al amparo de la ley de bonificados inserta en la legislación educativa, los argumentos jurídicos expuestos en las sentencias puestas en consideración del investigador permiten evidenciar que: el “principio de irrenunciabilidad” y “primacía de la realidad”, que son consustanciales en las relaciones laborales, están siendo vulnerados por el Estado en perjuicio de quienes cumpliendo en esencia actividades inherentes a auxiliares del sector público y dada la verdadera naturaleza en las labores cumplidas en la ejecución de labores manuales de limpieza, vigilancia, porteros residentes en instituciones educativas, no están insertos en un régimen educativo que demanda cierta formación y conocimientos en pedagogía y en la enseñanza a grupos de atención especial: analfabetos, ancianos, niños y no como obreros del sector público, dejando por ello de percibir una justa remuneración por su trabajo, descanso, beneficios legales y los inherentes a la contratación colectiva.

El caso “supresión de partidas”, como mecanismo utilizado en la EP- EMAPA para terminar contratos de dirigentes sindicales de empresas públicas”, los argumentos jurídicos expuestos en las sentencias puestas en consideración del investigador permiten evidenciar que: el “principio de continuidad”, respeto a la organización sindical y dirigencia sindical y “principio de primacía de la realidad”, que son consustanciales de las relaciones laborales, están siendo vulnerados en perjuicio de los dirigentes de los obreros de organizaciones gremiales y como mecanismo de amedrentamiento y persecución contra quienes luchan en defensa de los derechos de clase de los trabajadores, por exigir que los derechos y conquistas de la contratación colectiva se cristalicen. Dicha vulneración se suscita pese a que expresamente la legislación nacional y supraconstitucional garantiza la conservación del empleo de quienes se encuentran en estado de vulnerabilidad, en este caso de los representantes de la clase obrera por ser los más propensos a toda clase de abusos y persecución por los dueños del capital

y en el caso en particular del directorio de las empresas públicas, a quienes no les conviene tener o mantener personal deliberante y antagónico a las decisiones asumidas en el manejo de personal y diseño de políticas públicas, en cuanto a la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado.

### **3.5. Criterios éticos de la investigación**

Al tratarse de una investigación cualitativa, se hace presente una serie de valoraciones y conceptos éticos que determinan el comportamiento humano con dignidad, tanto de los empleadores como de los trabajadores, sobre la práctica de la simulación laboral en sus diversas formas, además la construcción del conocimiento sin que esto se aleje de lo contradictorio, afectivo y valorativo, que son condiciones intrínsecas y consustanciales del ser humano que vive en sociedad. Otra característica del presente objeto de estudio, son también valores cultivados durante la investigación, ello implica que se reconoce el problema, sus consecuencias y la solución posible, aplicando juicios éticos para construir argumentos y conclusiones de la relación laboral.

### **3.6. Resultados**

Los resultados que se estiman alcanzar en esta investigación, tienen correspondencia directa con los objetivos planteados, por esta razón se delinear los siguientes resultados:

- i) Contar con un análisis de la normativa jurídica existente relacionada con la simulación de la relación laboral, sus alcances y vulneraciones al bien jurídico protegido;
- ii) Identificación de los vacíos legales en relación con el establecimiento de sanciones hacia los representantes legales que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales; finalmente,
- iii) Planteamiento de sanciones administrativas y penales que se implementarán en el Código de Trabajo y el COIP conforme la gravedad del daño causado a los representantes legales que

incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales para simular la relación laboral por una de otra índole.

## CAPITULO IV

### ANÁLISIS DE CASOS

Donde prevalece el “principio de la primacía de la realidad” frente a los contratos laborales simulados y la utilización de diversas figuras y mecanismos legales de los previstos en el ordenamiento jurídico nacional y que son utilizados en perjuicio de los derechos de los obreros del sector público.

***Caso UNO: Contrato laboral simulado por uno de índole civil en el sector público- empresa Andinatel S.A., ahora CNT***

Existe un sinnúmero de juicios laborales en los juzgados de trabajo de la provincia de Tungurahua, propuestos por ex trabajadores de la empresa ANDINATEL S.A (actualmente CNT- empresa pública), por cuanto los directivos y representantes legales de dicha compañía ecuatoriana, cuyo objeto social era la prestación de servicios de telecomunicaciones y que en su momento estaba financiada con recursos públicos y como principal accionista por el “Fondo de Solidaridad”, suscribieron con sus empleados contratos simulados denominados de “explotación del servicio de telecomunicaciones”, realizándose el pago de los emolumentos de su personal mediante la entrega de facturas por supuestos “servicios prestados” y “reventa de telefonía pública”, considerándolos en apariencia como contratistas del Estado, cuando en realidad se trataba de empleados quienes prestaban sus servicios lícitos, personales y además subordinados para su empleadora Andinatel S.A. En dichos supuestos contratos de “explotación del servicios de telecomunicaciones”, se estipuló ficticiamente que los supuestos prestadores de servicios debían percibir una compensación del treinta y cinco por ciento de la producción generada por las venta de líneas telefónicas, más un pago mensual fijo de ciento veinte dólares de los Estados Unidos de América.

Luego de haber escuchado a la defensa de Andinatel S.A., quien de entrada alega la incompetencia del juez de trabajo en razón de la materia para conocer dichas demandas, mencionan entre otras cosas: que los contratos de “reventa del servicio de telefonía pública” son de naturaleza civil y no laboral, que Andinatel S.A. entregó en concesión varias líneas telefónicas y bienes de

propiedad de la empresa en favor de los demandantes, conforme aducen se aprecia de las “acta de entrega recepción” (también simuladas), que los demandantes prestaron por su propia cuenta y responsabilidad el servicio de venta de telefonía y que la ganancia por la reventa del servicio público de telecomunicaciones mediante “concesión” era la participación del monto máximo establecido en el contrato civil que asciende a la suma de USD \$ 250,00 de la recaudación total generada previa la presentación de la factura correspondiente, porcentaje que se le reconocía mes a mes a los demandantes durante la vigencia del contrato de reventa del servicio telefónico, por lo tanto dicho contrato debe obligatoriamente cumplirse en todas y cada una de las cláusulas, pues al ser legalmente celebrado es “ley para las partes”.

Luego de trabada la Litis, de cumplidas las audiencias laborales, de analizadas y valoradas las pruebas practicadas en audiencias orales contradictorias (al amparo del procedimiento oral anteriormente previsto en el Código del Trabajo , los señores jueces del trabajo que conocieron las causas se consideran competentes en razón de la materia, e identifican que el contrato celebrado, es uno de aquellos que la doctrina denomina como “contrato simulado”, pues se encubre la verdadera naturaleza de la relación contractual laboral y no civil, evidenciándose todos los elementos del Art 8 del Código del Trabajo, así: acuerdo de voluntades, prestación de servicios lícitos y personales, dependencia y remuneración. Los señores jueces del trabajo quienes resuelven dichas causas laborales llegan a dicha conclusión, de la valoración de los siguientes medios probatorios:

a) Inspección judicial en el puesto de trabajo de los accionantes, de cuya verificación se establece que las llamadas telefónicas realizadas por los clientes desde las cabinas telefónicas de ANDINATEL, se emitían notas de venta constando como proveedor del servicio Andinatel S.A. con Registro Único de Contribuyentes número 1791395352001 y que no se encontraban a nombre de los accionantes, quienes desarrollaban sus labores en los establecimientos y con los instrumentos tecnológicos de propiedad de Andinatel, por lo tanto, en sentido estricto se concluye que jamás existió la figura de la “reventa” de líneas telefónicas por parte de los accionantes, pues estos no negociaban dichas líneas a nombre propio sino por “cuenta ajena”; tampoco se aprecia dicen la existencia de la supuesta “concesión”, pues *"la concesión es una operación por la cual un particular se encarga de los*

*gastos, riesgos y peligros del funcionamiento de un servicio público y ejecución de obras públicas gracias a la concesión temporal de derechos del poder público efectuado de modo reglamentario y de un pago previsto contractualmente, que resulta generalmente de la tasa que está autorizado a percibir por parte de los usuarios del servicio”* (Maurice Hauriou citado por Hernández-Mendible, 2015).

b) De las confesiones judiciales de los demandados se aprecia que, quienes contratan el servicio de guardianía con la compañía Armiled para la vigilancia de las cabinas telefónicas es Andinatel y no los accionantes, lo que significa que éstos no trabajaban con capital propio ni por su propia cuenta para el pago de personal y tampoco asumían los gastos, riesgos y peligros sino la compañía Andinatel S.A.

c) De la revisión de los comprobantes de egreso, hojas de control, liquidación y facturas, todo revela que los accionantes debían depositar todo lo recaudado en una cuenta bancaria de Andinatel .A. y no en cuentas bancarias personales de los accionantes, lo cual en sentido estricto revela que, no hay venta de servicio de telefonía pública de Andinatel a los accionantes para estos a su vez revenderlos al público, ni hay ningún descuento en la venta del treinta y cinco por ciento como consta en una de las cláusulas del contrato, pues, si así fuese, los demandantes simplemente habrían pagado lo comprado sin necesidad de depositar el total recaudado ni existido necesidad de ninguna liquidación sin excluir las llamadas a teléfonos celulares, pues si los accionantes compraban el servicio telefónico ( como reza simuladamente el contrato) para revenderlo, pudieron disponer de dichas llamadas hacia cualquier tipo de teléfonos y operadoras; finalmente que, en sentido estricto, Andinatel debería emitir comprobantes de venta a la actora por la venta del servicio de telefonía para la reventa y no al revés, como ocurrió en estos casos, incluso en el tema de impuestos la administración del negocio debieron hacerlo por su cuenta y riesgo con su propio personal y por cuenta de los accionantes, de tratarse, en verdad, de una actividad independiente lo cual no ha ocurrido.

d) La exigencia del depósito del total de dineros a Andinatel, refleja que los ejecutivos de dicha compañía tenían el control del negocio siendo estos quienes pagaba más bien una remuneración a

los accionantes, lo cual constituye otro elemento de la relación laboral, forma de pago de una remuneración prevista en el artículo trece, segundo inciso del Código del Trabajo.

e) Los comprobantes de egresos, las liquidaciones de participación del 35% en favor de los accionantes y las facturas emitidas por estos, demuestran que la remuneración en favor de los accionantes se trataba de una cantidad fija y otra periódica, limitándose la participación a un máximo de doscientos cincuenta dólares mensuales y así consta también en una de las cláusulas de los contratos suscritos, lo cual también destruye el argumento de que era una relación contractual civil e independiente, pues de ser cierto aquello no habría existido dichos límites, pues los accionantes según su conveniencia habrían determinado si trabajan más o menos tiempo y, según eso, habrían percibido un porcentaje mayor o menor y no fijo y periódico como ocurre en la especie.

Por lo cual se acepta las demandas se declara la existencia de la relación laboral, se dispone el pago de rubros. Dicho fallo es recurrido y recibe la confirmación por el Tribunal de la hipótesis de la simulación laboral por una civil, siendo este caso muy ilustrativo para recrear lo que es motivo de nuestro tema de estudio.

***Caso DOS: Contrato laboral simulado por uno de índole educativo en el sector público - maestra bonificada.***

En el juzgado de trabajo de Tungurahua (actualmente por resolución administrativa dictada por el pleno del CNJ) denominada Unidad Judicial del Trabajo con Sede en el Cantón Ambato.

Se presentó demanda laboral propuesta por una persona particular en contra del Estado Ecuatoriano, representado por la Procuraduría General del Estado y de forma solidaria a la señora Ministra de Educación, Directora Provincial de Educación de Tungurahua y Rectora de la institución educativa. En los fundamentos de hecho la actora menciona que desde el año mil novecientos noventa y nueve ingresó a prestar sus servicios en la institución educativa pública bajo las órdenes y disposiciones de sus autoridades, que realizaba labores de auxiliar de servicios, conserje y mensajería. Que como conserje laboró de 06H00 a 16H30, de lunes a viernes, y en sus tareas de guardianía del

establecimiento de lunes a domingo, de 21H00 a 06H00 del día siguiente. Que inclusive se le ha asignado un lugar donde debe pernoctar para la realización de sus tareas de guardianía. Que entre sus tareas están las de limpiar el Colegio, barrer, cuidar los bienes y otras tareas propias de un conserje y guardianía en la noche. Que la remuneración que se pactó inicialmente fue un valor en sucres y desde el año dos mil siete se le empezó a pagar la cantidad de ciento cincuenta dólares mensuales, hasta la actualidad. Que no se le ha afiliado al IESS; que jamás se le han pagado los beneficios sociales y que a la fecha de presentación de la demanda se encuentra trabajando y reclama el pago de varios rubros laborales.

Una vez calificada y admitida a trámite la demanda y citados los demandados, en la audiencia preliminar han contestado la demanda y han deducido excepciones, mencionando entre lo más relevante que la actora no era conserje ni auxiliar de servicios, pues para ello es necesario en el sector público tener nombramiento e ingresar por concurso de méritos y oposición, además que la actora era bonificada al amparo de la Ley 122 del 21 de mayo de 1996 regulada para los educadores comunitarios, y que por lo tanto, el juez de trabajo no es competente para conocer y resolver dicha demanda en razón de la materia. Trabada así la litis, sin que se haya obtenido conciliación alguna, se han formulado los medios de prueba, se los ha proveído y se ha convocado a audiencia definitiva, en la cual se dispone el pago de rubros laborales, recalcando que la sentencia dictada por el juez de primera instancia es ratificada por el tribunal ad quem, únicamente reformándola en el pago y monto de algunos rubros laborales, llegándose a determinar que no se trataba de una maestra bonificada sino de una auxiliar de servicios de una institución educativa pública, Colegio Técnico Popular Fiscal, con las siguientes pruebas aportadas:

a) Los oficios, suscritos por Rectores de la Institución educativa en la cual presto servicios la accionante, Directores y Supervisores Provinciales de Educación, quienes certifican que la actora laboró como Auxiliar de Servicios...”,

b) Certificación por la secretaria de institución educativa, en la cual se menciona que la actora trabajó en la institución educativa como bonificada desde febrero del año 1999 y luego como auxiliar de servicios del establecimiento.

c) Con declaraciones testimoniales de personas cercanas al establecimiento y padres de familia de niños, quienes aseveran conocer muchos años a la actora y dan fe que trabajaba en el Colegio haciendo la limpieza, sacando basura, abriendo y cerrando la puerta para que entren los estudiantes y profesores.

d) 3.2. La señora Directora de Educación de Tungurahua y Rectora encargada de la institución educativa, han manifestado que los ciento cincuenta dólares (USD 150) depositados a la actora corresponden a la bonificación que el Estado a través del Ministerio de Educación otorga por la responsabilidad de alfabetizar, cuestión que ni siquiera la ha cumplido y se atreve a demandar laboralmente cuando la demandante no ha concluido ni la educación primaria, bonificación que está corroborada por la Ley 122 de 21 de mayo de 1996, que fija la misma para los educadores comunitarios.

e) Sobre los certificados presentados según los cuales aparece la actora como educadora bonificada y certificado de sueldo de ciento cincuenta dólares, los mismos son SIMULADOS, puesto que la realidad es que se desempeñó como auxiliar de servicios, además porque por palabras de los mismos demandados la accionante no tenía la preparación académica para desempeñarse como educadora, haciéndose hincapié en esta parte al conocido principio de la primacía de la realidad, conforme al cual, más allá de lo que conste formalmente por escrito lo que prevalece es la verdad material, pues más allá de que la actora aparezca en los registros ministeriales conste como educadora bonificada, la realidad es que ella se ha desempeñado como auxiliar de servicios, principio previsto en el Art 37 del Código del Trabajo que dice: “los contratos de trabajo están regulados por las disposiciones de este Código, aún a falta de referencia expresa y a pesar de lo que se pacte en contrario”.

f) Sobre la alegación de que la actora no ha ingresado mediante concurso de méritos y oposición, por cuanto en derecho administrativo las disposiciones se realizan por escrito, por cuanto no existe constancia de registro o contrato o nombramiento conferido por autoridad educativa que demuestre que la demandante cumplía funciones de auxiliar de servicios, además que no consta en roles, se

menciona que en materia laboral es válido el contrato tácito, según el artículo 12 del Código del Trabajo, de modo que habiéndose beneficiado la institución educativa por varios años de la prestación de servicios por parte de la actora, a estas alturas no puede invocarse el incumplimiento de requisitos legales y formales y por ello denegar la existencia de una relación laboral, tanto más que el segundo inciso del artículo 40 del Código del Trabajo dice que “en general, todo motivo de nulidad que afecte a un contrato de trabajo sólo podrá ser alegado por el trabajador”, con lo cual, el incumplimiento de trámites administrativos podría acarrear responsabilidades a los funcionarios administrativos que los omitieron, mas no al trabajador quien ya cumplió con prestar sus servicios.

g) Sobre la alegación del Ministerio de Educación en el sentido de que la actora no posee el documento habilitante de la respectiva acción de personal u otro documento que justifique la relación laboral con dicha Cartera de Estado, ni documento emanado de la Dirección Provincial de Educación de Tungurahua, ni de ninguna otra autoridad competente; sobre el hecho de que las remuneraciones en el sector público jamás pueden pactarse en forma verbal, sino que es necesario que el empleado o trabajador conste en la partida presupuestaria correspondiente, en donde se detalla la escala salarial y el sueldo mensual a recibir, dichos argumentos tampoco son admisibles frente al hecho CIERTO Y REAL que la actora ha prestado sus servicios lícitos y personales en calidad de conserje en institución educativa y en cuanto a la inexistencia de remuneración, dicha alegación es contradictoria pues los demandados han manifestado que “el valor depositado de 150USD., corresponde a la bonificación que el Estado a través del Ministerio de Educación otorga por las responsabilidades de alfabetizar...”, de modo que esta paga, aunque denominada bonificación, es la contraprestación por el trabajo que realizaba la actora como auxiliar de servicios, y no por ninguna labor de alfabetización que por palabras de estas mismas demandadas, la actora ni siquiera estaba en capacidad de realizar, insistiéndose que si se ha destinado para pagar la remuneración de una auxiliar de servicios lo que estaba destinado a una educadora bonificada, ello es entera responsabilidad de los correspondientes funcionarios administrativos que así han procedido y no de la contratada.

Por lo cual se acepta la demanda y se declara la existencia de la relación laboral, se dispone el pago de rubros. Dicho fallo es recurrido, lo cual confirma la hipótesis de la simulación laboral por una

figura de contrato educativo al amparo de la Ley de Educación en ese momento vigente, siendo este caso muy ilustrativo para recrear lo que es motivo de estudio.

***Caso TRES- La figura de la “supresión de puestos” como mecanismo legal indebidamente utilizado en el sector público para terminar los contratos de dirigentes sindicales en empresas públicas.***

Es el caso de varios juicios laborales presentados por ex trabajadores y operarios de estaciones de bombeo de agua potable y dirigentes sindicales, quienes venían prestando sus servicios en calidad de trabajadores por varios años en dicha institución en contra del representante legal de la empresa pública EP- EMAPA quienes son notificados con la terminación unilateral de su contrato de trabajo, aduciendo que sus puestos de operadores han sido suprimidos, con el argumento que las estaciones de bombeo se han AUTOMATIZADO lo cual en la práctica no ocurrió, pues en las estaciones de bombeo se continuaban utilizando procesos manuales para el abastecimiento de agua potable, siendo que en tales condiciones no existió justificativo real para haber quedado “liberado” dicho trabajador, además jamás se impulsó un proceso administrativo – técnico, previo y planificado que demuestre que realmente que ya no era necesario su permanencia y sin que se haya podido justificar la aludida “automatización”, por lo cual lo que existió es evidente despido intempestivo. Luego de presentada la demanda y haber sido admitido a trámite, citados los demandados, así como el señor Procurador General del Estado el representante legal de la Empresa Municipal demandada, ha contestado la demanda aduciendo lo siguiente: Que no existe despido intempestivo pues existe supresión de puestos, lo cual es una de las formas de terminar el contrato de trabajo de los obreros del sector público conforme la LOSSEP y Mandato Constituyente N°. 2, y luego de haberse realizado las audiencia de rigor se dicta sentencia aceptando la demanda por despido intempestivo y disponiendo el pago de una indemnización, sobre lo cual en segunda instancia se ratifica dicho fallo bajo las siguientes consideraciones:

a) La figura de la “supresión de puestos” se halla prevista en las leyes de carácter administrativo que rigen las relaciones de los empleados del sector público prevista en el artículo 60 de la Ley Orgánica del Servicio Público y en tales circunstancias, siendo una terminación de la relación laboral decidida

unilateralmente por el empleador, la jurisprudencia ha mencionado que en tales casos estábamos frente a un despido intempestivo- Tercera Sala de lo Laboral y Social, Resolución 180-2001, Raúl Misael García contra el INDA, Registro Oficial 24 del 18 de febrero del 2003, pp. 28 – 29; y Primera Sala de lo Laboral y Social, Resolución 356, Germania Gutiérrez contra el Banco Nacional de Fomento, Registro Oficial 190 del 15 de octubre del 2007, pp. 17).

b) Que al haberse previsto en el décimo primer contrato colectivo de trabajo celebrado entre la Emapa y el Comité de empresa de sus trabajadores en el artículo 14, denominado “pago por indemnizaciones” que “si la Empresa despidiere intempestivamente, suprimiere en el presupuesto el puesto de trabajo o la partida correspondiente a un trabajador (...) se hará la liquidación de sus haberes (...) la que se realizará tomando en cuenta los ocho años de estabilidad estipulada en el artículo anterior y las indemnizaciones por despido intempestivo dispuestas en el Código de Trabajo”, es decir, preveía lo que se conoce como despido indirecto o tácito, el cual se produce cuando el empleador, si bien no da por terminada la relación laboral de manera expresa, recurre a otros mecanismos que, a la postre, llevan a que el trabajador no pueda prestar sus servicios, lo que acarrea la terminación de la relación laboral.

c) Que el Estado rige sus relaciones de orden contractual con sus servidores amparado en las normas del derecho administrativo, cuanto por normas de derecho laboral.

d) Que el tercer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República estipula que dentro del sector público los obreros (as) se encuentran sujetos bajo el Código de Trabajo, mientras que el artículo 326.16 de la misma Constitución dice que las instituciones que son parte del estado y en donde, exista participación prioritaria de recursos públicos, así como directivos estarán sujetos a las leyes que regulan la administración pública, y no estarán amparados por el Código antes mencionado (Quiloango, 2014), (Flores, 2013) . Sin embargo, si bien las relaciones del Estado con un grupo de sus servidores: los obreros básicamente, se hallan regidas por el Código del Trabajo, es necesario, de todos modos, resaltar que se trata de un empleador con características distintas al empleador privado, pues mientras éste busca un lucro lícito o, cuando menos, beneficiarse en provecho propio del trabajo personal de alguien (como en el caso del servicio doméstico); en el caso del Estado, con la participación de sus servidores: empleados

y obreros, busca cumplir, en cambio, con la obligación de satisfacer las necesidades básicas de la población, que le han sido encomendadas por mandato legal o constitucional, entre ellas, la provisión de agua potable.

e) Que si el Estado, del cual forman parte los gobiernos municipales, no persigue fines de lucro, sino el cumplimiento de obligaciones impuestas por mandato constitucional y legal para el bienestar de sus habitantes, entre ellas, la dotación de agua potable, resulta lógico que en el tema del manejo del personal que labora para cumplir con esa obligación del Estado, se lo ha de hacer de tal modo que se ocupe únicamente el personal necesario, en pos del mejor aprovechamiento de los recursos económicos que maneja, y prescindir del personal que no resulta necesario, desde luego, con el estudio correspondiente, a fin de evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad, y la indemnización consiguiente., en dicho marco de ideas se hace necesario establecer el mecanismo adecuado para hacer un manejo adecuado del personal necesario para la dotación de los servicios públicos.

f) Que el segundo inciso del artículo 8 del mandato constituyente dos estipula que tanto en el derecho administrativo como en el laboral la figura de supresión de puesto, indistinta al despido intempestivo, dentro del criterio jurisprudencial refiere que para el caso de despido intempestivo, y en donde se determine el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones que se hayan ocasionado por terminación de relación laboral será de 7 salarios mínimos básicos unificados (SMBU) por cada año de servicio y máximo 210 SMBU (Romo, 2012).

g) Que la ley orgánica de empresas públicas, en su artículo 30.4 se refiere, también, de modo expreso la figura de supresión de puestos: “En la relación de trabajo entre los servidores de carrera sujetos a esta Ley y los obreros, se observarán las siguientes normas: (...)”

4. Para el caso de separación de los servidores y obreros de las empresas públicas, por supresión de partida o despido intempestivo, se aplicará lo determinado en el Mandato Constituyente No. 4”.

h) Que la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia admitió como válida la figura de la “supresión del puesto” en el ámbito laboral: “El despido intempestivo es un acto

unilateral y arbitrario del empleador, contrario a la ley que tiene características específicas según lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia y que, a diferencia de este hecho, la "supresión de puestos" es una figura legal del derecho administrativo, que tiene otra denotación, procede según el artículo 65 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, por razones técnicas, económicas y funcionales de las instituciones y entidades del sector público, mas no de la voluntad unilateral de los funcionarios responsables de las mismas, de modo que si se procede conforme a lo establecido en dicha norma, no es una medida arbitraria ni ilegal. Se trata más bien de una causa adicional a las contenidas en el artículo 169 del Código del Trabajo para la terminación del contrato de trabajo, para los trabajadores de las instituciones del sector público” (Gaceta Judicial. Año CXI. Serie XVIII, No. 10. Página 3849).

i) Que la supresión de puestos es actualmente una figura jurídica legalmente reconocida en el derecho laboral, que siendo una decisión unilateral del empleador Estado de poner fin a la relación laboral, genera en el trabajador el derecho a recibir una indemnización, pero que al ser distinta al despido intempestivo y obedecer a la necesidad de hacer un manejo racional y eficiente del talento humano, esa indemnización debe ser de un valor menor al caso de despido intempestivo, indemnización que en el caso se ha pagado, conforme consta de la liquidación de haberes, acta de finiquito y detalle de transferencia.

j) Que no obstante la legalidad actual de la supresión de los puestos de trabajo, existe un despido intempestivo encubierto o indirecto, pues se habría recurrido a la figura de la supresión de puesto para ocultar lo que en el fondo es una decisión unilateral y arbitraria de la Emapa, a través de su representante legal de terminar la relación laboral.

k) Que dado el cargo de Secretario General del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ambato y dado el cargo que ostentaba el trabajador se halla expuesto a posibles represalias, no bastará con que el ordenamiento jurídico permita la sindicación o no sindicación, sino que se hará preciso protegerla contra los que tratarán de no respetarlas, es decir, habrá que asegurar su efectividad y dado que estos sujetos potencialmente atentadores del derecho de libertad sindical individual en definitiva es el Estado, los empresarios u organizaciones empresariales

y los propios sindicatos” (Ignacio Albiol Montesinos y Tomás Sala Franco, j) Que el convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, en el artículo uno dice que:

1. La protección a la que todo trabajador tiene derecho en contra de la discriminación y menoscabo de la libertad sindical.

2. La protección tendrá vigencia ante todo acto que tenga por objeto: (...)

(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”. Como forma concreta de proteger la libertad sindical contra atentados provenientes del empleador, se ha establecido lo que se denomina inamovilidad o fuero sindical, que Julio César Trujillo, refiriéndose al caso ecuatoriano, lo explica del modo siguiente: “Como es obvio suponer, el empleador no acude a arrancar públicamente del trabajador la promesa de no organizar un sindicato, ya porque esa promesa sería nula puesto que significaría la renuncia a un derecho irrenunciable, ya también porque es más fácil presionar a los trabajadores al momento mismo en que pretenden hacerlo. Las formas más frecuentes y conocidas de presión son el despido o la amenaza con el despido del trabajador de su empleo, dádivas o promesas condicionadas al hecho de no constituir la asociación; en contra de la primera de estas dos medidas se ha instituido el fuero sindical y en previsión de la segunda se condena toda práctica desleal. El fuero sindical consiste, en nuestra legislación, en la inamovilidad de los trabajadores de sus empleos desde el momento en que notifican al Inspector del Trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir la asociación profesional y hasta treinta días después, contados desde la fecha de la notificación (...) Que una vez consolidado el sindicato, el fuero sindical o inamovilidad del empleo se reduce en beneficio de los miembros de la directiva únicamente y es que ellos por razones de sus cargos están más expuestos a represalias del empleador y por eso es que el Art. 168 (actual 187) del Código del Trabajo prohíbe despedirlos o desahuciarlos mientras estén en funciones y hasta un año después...” (Óp. Cit., pp. 99 – 101). Que del procesos aparecen oficios dirigidos por el actor, como Secretario General del Sindicato dirigido al representante legal de la Emapa, formulando peticiones de orden laboral donde se formulan reclamos respecto a los

descuentos de las cuotas sindicales a los compañeros que forman el sindicato, que no lo hace la Emapa, y otros donde se expresa y se deja en claro al señor gerente que no renuncian ni renunciarán a su categoría de operadores y que sus horarios de trabajo, lo que demuestra que en verdad existieron discrepancias entre el actor y directivos de la Emapa, y vuelve real para el actor la posibilidad de sufrir represalias por su actividad como dirigente sindical, por lo que debe recibir la adecuada protección que obliga el artículo

1.2.b) del Convenio 98 de la OIT. Que existen memorándums emitidos por el señor Jefe de Talento Humano al señor Director Administrativo solicitando se supriman “los puestos de trabajo del personal de operadores de estaciones de bombeo, entre ellos el actor, sin considerar su particular situación de dirigente sindical, que ameritaba un análisis y tratamiento diferente.

g) Que el artículo 187 del Código del Trabajo dice que “el empleador no puede despedir intempestivamente ni desahuciar al trabajador miembro de la directiva, de la organización de trabajadores” (Bravo, 2014).

Si lo hiciera, le indemnizará con una cantidad equivalente a la remuneración de un año...” siendo que, la intención del referido artículo es prohibir cualquier tipo de terminación unilateral de la relación laboral por parte del empleador, incluyendo, por ende, la supresión del puesto, por al menos dos razones:

a). La primera, que el texto del artículo es de antigua data., pues revisada la codificación del Código del Trabajo publicada en el Suplemento del Registro Oficial 239 del lunes siete de junio de mil novecientos setenta y uno, en el artículo 168 ya consta esta prohibición de despido y de desahucio “al trabajador miembro de la directiva”, de modo que siendo un texto anterior al Mandato Constituyente Dos, no podía referirse o incluir también la prohibición de supresión de puesto, que para materia laboral se incluye, no en el Código del Trabajo, sino en el mencionado Mandato, recién en el año dos mil ocho.

El artículo 187 tiene una redacción que cubre las dos posibilidades a las que antes del Mandato dos podía, en total, recurrir el empleador para terminar la relación laboral unilateralmente.

h) Que, siendo la intención de la ley cubrir todas las posibilidades de terminación unilateral de la relación laboral con un dirigente sindical, una interpretación evolutiva del artículo 187, en armonía con la protección que obliga a brindar el Convenio 98 de la OIT en el artículo

1.2.b), se prohíbe el discrimen laboral y el menoscabo a la libertad sindical, especialmente en todo acto que tenga por objeto y perjudique en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”, permite inferir que el fuero sindical protege también contra la supresión del puesto;

b). La segunda razón para afirmar que el artículo 187 prohíbe, respecto del dirigente sindical, toda forma de terminación unilateral de la relación laboral, incluyendo, la supresión del puesto, es que su inciso final dice que “sin embargo (de la inamovilidad), en el Art. 172 se estipulan las causas por las que se puede dar por terminado un contrato por parte del empleador, es decir, termina el artículo señalando que el visto bueno es la única forma a través de la cual se puede dar por terminada válidamente la relación laboral con este tipo de trabajadores, y en el caso, no se ha dado por terminada la relación mediante ese trámite, por alguna de las causales del artículo 172. Si pese a lo dicho en este y en el anterior literal, permaneciere la duda de si el fuero sindical protege o no al dirigente de una asociación de trabajadores contra la supresión del puesto, corresponde aplicar, en último término, el principio pro operario recogido en el artículo 326.3 de la Constitución de la República, conforme al cual, en caso de duda de las disposiciones laborales establecidas se aplicaran en el sentido más favorable a las personas trabajadoras, y la interpretación que más favorece al trabajador es que el fuero sindical sí lo protege también en estos casos, pues de otro modo, si sólo lo protegiera taxativamente contra el despido intempestivo y contra el desahucio, el empleador tendría expedita la vía de la supresión del puesto para lograr su cometido de prescindir de un dirigente sindical. j) Que en materia laboral rige el llamado principio de la “primacía de la realidad”, según el cual, más allá de lo que conste formalmente lo que importa es lo ocurrido en realidad y que aplicando dicho principio tenemos que, si bien formalmente existe una supresión del puesto del actor al amparo del Mandato Constituyente Dos, la realidad es que se ha producido una violación del fuero sindical del que gozaba, lo cual equivale a un despido

intempestivo y vuelve admisible la acusación, por lo que se dispone el pago de la indemnización correspondiente.

## CAPITULO V

### ANÁLISIS DE RESULTADOS

Los resultados obtenidos a partir del cumplimiento de los objetivos específicos, lo podemos verificar en las respuestas obtenidas en la aplicación de la encuesta así como también del estudio de casos expuestos en el trabajo investigativo, interpretando los datos sobre el primer objetivo: “Desarrollar un estudio comparativo de casos acerca de la simulación laboral en el sector público del Ecuador para determinar similitudes y diferencias”, se realizó un análisis jurídico a partir del análisis de varios casos en los cuales se evidencia que no en todos se utilizan las mismas figuras contractuales o los mismos mecanismos legales, pues se puede simular la relación laboral mediante la figura de contratos de reventa o explotación de telefonía celular en el caso de los contratos utilizados por EP-CNT, contrariamente a lo suscitado en el Ministerio de Educación, a través de la utilización de contratos de docentes bonificadas, llegándose establecer que existen similitudes en cuanto a la forma fraudulenta de proceder en perjuicio de los obreros del sector público, para el no reconocimiento de sus derechos y notables diferencias en el ámbito de las figuras contractuales utilizadas para concretar dicho encubrimiento.

El segundo objetivo que se desarrolló en la investigación es el de: “Identificar las formas contractuales y mecanismos legales existentes en la legislación ecuatoriana utilizados para la simulación laboral”, siendo que lo concreto en la EMAPA se denota la presencia de mecanismos o artificios legales existentes en el ordenamiento jurídico administrativo ecuatoriano y en el artículo 8 del Mandato Constituyente N°. 2, como la “supresión de puestos”, indebidamente utilizados para la terminación de los contratos de trabajo de dirigentes sindicales. Dicho análisis jurídico y comparativo nos aclara la realidad a los que están sujetos los trabajadores del sector público, a quienes por su condición de dirigentes, se atenta en contra de su estabilidad en el puesto de trabajo y elementales principios del derecho laboral que los ampara.

Finalmente como tercer objetivo cumplido de la propuesta, se pudo analizar que gracias a la fundamentación teórica y legal de los casos en estudio, es imperiosa la necesidad de elaborar una

propuesta de reforma al Código del Trabajo ecuatoriano, que describa las diversas formas de simulación laboral y mecanismos más utilizados para este propósito, lo cual ha de suplir los vacíos legales existentes en la legislación laboral ecuatoriana, con la finalidad de que tanto las autoridades públicas y obreros del sector público evite cometerlas, so pena de sanción.

## **5.1. Análisis comparativo: Ecuador, Perú, Chile, Colombia, México, Panamá, Costa Rica**

### **Ecuador**

En el Ecuador existen normas constitucionales y legales que prohíben la tercerización e intermediación laboral, el trabajo por horas, sancionan el enriquecimiento injusto, el fraude y simulación laboral en cualquiera de sus formas, sin embargo, muy a pesar de los asalariados del sistema la función legislativa no ha desarrollado normas secundarias a tono con dichos preceptos constitucionales mediante la promulgación de una “ley de “simulación laboral, explotación, fraude o enriquecimiento injusto en materia laboral”, dejando campo abierto para su aplicación por los operadores de justicia de dichos principios así: irrenunciabilidad e intangibilidad, primacía de la realidad, continuidad, favorabilidad, concomitantemente en sustento de lo señalado en el Art 37 del Código del Trabajo que dispone que, las disposiciones de la legislación laboral deberán ser aplicadas aun cuando se haya pactado en contrario.

Es posible aplicar de forma directa e inmediata además de los tratados de derechos humanos ratificados por el Ecuador, las recomendaciones en materia de derechos sociales o humanos como la 198 de la OIT sobre las “relaciones de trabajo” (OIT, 2007), para detectar las diversas formas fraudulentas y subterfugios legales utilizados en las relaciones contractuales entre trabajadores del sector público o privado indistintamente y de ser el caso sancionar en vía administrativa o jurisdiccional disponiendo el pago de sanciones indemnizatorias o de ser el caso excepcional declarar la restitución en el puesto de trabajo declarando ineficaz el despido, cuando se haya afectado la estabilidad de un trabajador en estado de vulnerabilidad, siendo necesario a futuro incorporar en la legislación penal ecuatoriana la imposición de pena privativa de libertad a las autoridades públicas

en caso de que dicha conducta simulada resulte dolosa, enmarcándola como contravención o delito al “derecho al trabajo”, paralelamente a la imposición de sanciones civiles y administrativas( daños y perjuicios- civil- derecho de repetición- administrativo), pues en este supuesto se habría violentado el derecho a la subsistencia de la persona asalariada , perjudicado la salud, la vida del trabajador y su familia ,además lesionando su dignidad y buen vivir , esto en caso de comprobarse que se ha provocado una grave afectación o lesión al bien jurídico vida o integridad personal de quien tiene la obligación primigenia de llevar un pan a la mesa del hogar.

## **Perú**

Se ha identificado formas contractuales civiles utilizadas en las instituciones públicas para esconder la relación laboral de sus dependientes, existen fallos vertidos por la justicia ordinaria y Tribunal Constitucional del Perú<sup>1</sup> que recogen “despidos fraudulentos y nulos” por encontrarse sus trabajadores inmersos en el régimen de la actividad pública y comprendidos en el Decreto legislativo No 276<sup>1</sup> y de trabajadores de “empresas públicas y organismos seccionales municipales” inmersos en el régimen laboral aplicable a los trabajadores privados por lo dispuesto en el decreto legislativo No 728<sup>2</sup> aprobado por decreto supremo No 003-97-T (Guerrero, 2015).

Los órganos de justicia ordinaria y constitucional aplicando postulados constitucionales, principios del derecho del trabajo como la “primacía de la realidad e irrenunciabilidad de derechos”, en sustento del Art 27 Constitución Política del Perú que “prohíbe el despido arbitrario” y Art 23 ibídem

---

<sup>1</sup> “Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público”- Artículo 1.Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Artículo 2.No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicables. No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica”.

<sup>2</sup> “Ley de productividad y competitividad laboral”. “ Artículo 3 El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada”.

que reza: Los derechos constitucionales no permiten la limitación de los derechos constitucionales de los trabajadores, que rebajen la dignidad de los mismos, han emitido sentencias que conjugan elevados argumentos jurídicos donde se evidencia que instituciones públicas del Perú se contrata personal bajo la modalidad de “contratos de servicios no personales o locación de servicios” a personas en estado de subordinación, quienes cuentan con horario definido de trabajo al igual que otros trabajadores del Estado y están subordinados a un jefe, con la sola finalidad de no asegurarles a la seguridad social y tampoco pagarles beneficios sociales, por lo cual ante estas circunstancias y dados los despidos provocados se ha declarado fundadas las demandas propuesta aplicando el principio de “primacía de la realidad” ; en otros casos se ha identificado como utilizando la figura de la intermediación laboral en las instituciones públicas se han “simulan” relaciones laborales directas entre el ente estatal como contratante directo y pretendiendo trasladar dicha responsabilidad a intermediarios; se ha desnudado contratos en apariencia “ eventuales” por “contratos a tiempo indeterminado” (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997), comúnmente utilizados por empresas tercerizadoras de servicios eventuales quienes contratan personal para que laboren en actividades habituales de las instituciones del estado para la supuesta realización de trabajos esporádicos y eventuales, agenizando al verdadero empleador.<sup>3</sup> , ocultando la verdadera naturaleza contractual estable por una de índole precaria o modal.

En Ecuador a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de países de Latinoamérica y el Caribe con la expedición de los mandatos constituyentes 2,4,8, se prohíbe categóricamente la intermediación y la tercerización de servicios en actividades habituales de la empresa, debiendo el empleador asumir

---

<sup>3</sup> Manual Derecho del Trabajo- GUERRERO ANACLETO. Victor- Resumen páginas 87-88- Función antifraude del principio primacia de la realidad. JURISPRUDENCIA DEL TC: EXPEDIENTE N° 05199-2015-PA-TCLa estabilidad laboral de la Constitución de 1993Ver fundamento: Voto Singular del Magistrado Ferrero Costa.

EXPEDIENTE N° 00668-2012-AA/TCContenido esencial del Derecho al Trabajo. Ver fundamento:

3.EXPEDIENTE N° 6128-2005-PA/TCEl trabajo es un deber y un derecho que es base del bienestar socialVer fundamento: 9.El Estado y el Trabajo.

sus obligaciones patronales de forma “directa” como lo manda el Art 327 de la Constitución de la República del Ecuador.

La legislación peruana contempla el despido fraudulento, es decir aquel que se suscita con “engaño”, es decir inventando cualquier cosa contra la verdad; siendo una de sus más claras manifestaciones el fingir que un trabajador ha presentado una supuesta “renuncia voluntaria”, cuando en realidad o lo ha hecho (Caso Eusebio Llanos, 2002).

El despido fraudulento enunciado en la “Ley de productividad y competitividad laboral del Perú, a criterio del profesor Victor Anacleto Guerrero se produce cuando: “ Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes , falsos o imaginarios, o así mismo se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad o se produce la extinción de la relación laboral con vicios de voluntad o mediante la fabricación de pruebas”. Por lo tanto, al no existir causa legal de despido, la situación es equiparable al despido, razón por la cual, este acto deviene en lesivo del derecho constitucional del trabajo”.

Esta forma irregular de terminar la relación contractual, al igual que otras formas de despido como el nulo o arbitrario, cuando la intención del trabajador publico afectado sea la restitutoria, puede ser planteada vía acción de amparo para obtener la reposición a su puesto de trabajo.

La potestad de accionar ante la justicia constitucional un despido cuando es “fraudulento”, está vedada conforme sentencias dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador, cuando se suscita la terminación atípica y arbitraria de los contratos de trabajo de los obreros de la instituciones del estado y empresas públicas, aun cuando salga a relucir y sea evidente la vulneración de derechos fundamentales y en concierto con el fraude o engaño en cualquiera de sus formas, inadmitiéndose de entrada en sala de admisión de la CC, “acción extraordinaria de protección”, al existir la

justicia ordinaria considerada como la vía más adecuada y eficaz para este propósito, siendo únicamente factible impulsar demanda laboral ante un juez de trabajo.

La única forma de reintegro del empleado públicos o privados a su puesto de trabajo en el Ecuador, equiparable al despido nulo o fraudulento existente en el Perú, es cuando se suscita el despido de dirigentes sindicales, discapacitados, o mujeres en estado de embarazo o relacionado a su condición de lactancia lo cual debe ser inexorablemente planteado a través de una demanda laboral de “despido ineficaz” ante el juez del trabajo cuando se trate de obreros del sector público o servidores públicos sujetos a las leyes de la administración pública ante los jueces del Tribunal contencioso y administrativo, en observancia del procedimiento reglado en el Cogep y de normas sustantivas del Código del Trabajo, aplicable a estos dos regímenes de contratación.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup>. COGEP -Capítulo III Procedimiento Sumario Art. 332. Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento sumario. 8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz. // Art. 195.1. C.T “Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara. Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187. Nota: Artículo agregado por artículo 35 de la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de Abril del 2015. // Art. 195.3 del Código del Trabajo. “Efectos. Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo. Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo. Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de la misma en la providencia inicial, o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. En cualquier caso de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro. En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en la Ley Orgánica de Discapacidades. Nota: Artículo agregado por artículo 35 de la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de Abril del 2015. // Ley Orgánica Reformatoria a las leyes que rigen el sector público- ley s/n (Suplemento del Registro Oficial 1008, 19-V-2017). “Disposición General Segunda.- Se considerará ineficaz la supresión del puesto y la compra de renuncia obligatoria con indemnización, así como la terminación de los contratos de servicios ocasionales de las servidoras públicas en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara. De igual manera se considerará ineficaz la supresión de puestos y la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización a la o al servidor miembro de la directiva del comité de las y los servidores públicos. Serán aplicables en estos casos las

En el Perú ante el despido del trabajador por razones de discriminación, así: sexualidad, raza, idioma, credo, filiación política, portar enfermedad como VIH, ante la presentación de denuncia contra el empleador ante autoridades competentes por desconocer los términos del contrato, se lo puede accionar indistintamente ante la justicia ordinaria o constitucional a elección del trabajador mediante “demanda laboral” o “acción de amparo”, y ante el éxito de la reclamación judicial procede el pago de indemnización en el primer presupuesto y reposición del puesto de trabajo en el segundo.

Pese a que, el “principio de la primacía de la realidad”, haya sido recogido directamente en la Constitución del Perú, dicho principio antes del año 2000 ya gozaba de un reconocimiento jurisprudencial y doctrinal por aplicación de los principios universales del trabajo, lo que a criterio del tratadista Peruano Silva Omeño (2010), actualmente se desprende del párrafo artículo 4° de la “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”, que establece que en todo contrato que sea a plazo indeterminado existe prestación de servicios remunerados; artículo 3 del Decreto Legislativo N° 910 “Ley General de Inspecciones de Trabajo”, desarrollado por el artículo 3 del Decreto Supremo 020-2001-TR; artículo 9 del “Reglamento de la Ley de Inspecciones de Trabajo”, norma modificada por el D.S. 010-2004-TR; artículo 2 de la Ley N° 28806 – “Ley General de Inspecciones de Trabajo”, y artículo 3 del Reglamento de aplicación aprobado por D.S. 019-2006-TR (Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, 2006).

---

disposiciones sustantivas del Código del Trabajo que regulan el "despido ineficaz", con los mismos efectos establecidos en el referido cuerpo legal, según corresponda. En lo procedimental se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, siendo competencia de las Unidades Judiciales de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de estas acciones. Para el caso de los miembros de las directivas de los comités de las y los servidores públicos, el acto administrativo de cesación no impedirá que el servidor siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período establecido. Esta garantía se extenderá durante el tiempo en que el dirigente ejerza sus funciones y un año más”.

## Chile

El ordenamiento jurídico chileno establece que los obreros del sector público están protegidos por un régimen laboral propio que rige para los particulares, al igual que ocurre con los servidores públicos del Ecuador y Perú sujetos a las leyes de la administración pública.

Desde este enfoque, el código del Trabajo Chileno en ninguna parte generaliza formas contractuales de “simulación y fraude laboral” haciendo énfasis más bien en lo que atañe a la relación jurídico laboral”, en particular de los empleadores, siendo precisamente el ocultamiento de dicha condición lo que el legislador sanciona.

El Art 507 reformado<sup>5</sup> del Código de Trabajo Chileno, desarrolla una de las más interesantes formas de simulación laboral que se avizora con frecuencia en dicho que no ha sido estudiado con la profundidad e importancia que el caso amerita en otros países latinoamericanos como lo ilustra el profesor Francisco Ruay Sáez en su artículo titulado “ Simulación y subterfugio laboral: a propósito del alcance del actual artículo 507 del Código del trabajo chileno “, publicado en la revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 26, enero-junio de 2018, pp. 155-216, quien, señala: “(..)un empleador (una razón societaria) contrata formalmente a un trabajador y aparece como su empleador en su contrato de trabajo escrito, sin embargo, en la realidad, dicho trabajador se desempeña para otro u otras sociedades, íntimamente relacionadas con ésta última, lo que amerita que todas, en conjunto, sean consideradas como un sólo empleador para efectos laborales. No hablamos de la “cesión ilegal de trabajadores”, sino más bien de la operación de los denominados “holdings empresariales”, o grupos de empresas, que contratan trabajadores con sólo una de sus razones sociales, en perjuicio de la cautela

---

<sup>5</sup> El numerando 3 del nuevo inciso 3° del artículo 507 del Código del Trabajo, indica que en caso que la alteración de la individualidad del empleador se deba a la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, o bien a la utilización de cualquier subterfugio, el empleador se hará acreedor a una multa de 20 a 300 UTM, las que se incrementarán acorde el tamaño de la empresa que constituye un único empleador, según dispone el artículo 506, pudiendo duplicarse o triplicarse. La ausencia de simulación o subterfugio, no obsta a que se acoja la demanda y se dicte sentencia declarando la calidad de empleador único, con las consecuencias que se derivan tanto para los derechos individuales como colectivos de los trabajadores.

crediticia de los trabajadores. Se trata de empleadores encubiertos en un grupo corporativo (Dirección del Trabajo).

Sobre este particular existe un interesante desarrollo jurisprudencial y doctrinario en Chile sobre esta forma de “simulación y fraude” laboral de índole corporativo, sin que se haya podido identificar por el contrario jurisprudencia que destaque la utilización de mecanismos o subterfugios en la contratación laboral.

### **Colombia**

El Art 53 de la Constitución Política Colombiana recoge dentro de los “derechos sociales y económicos”, los principios esenciales del derecho laboral tutelando la estabilidad laboral, respetando los derechos de los trabajadores (Constitución Política de Colombia, 2016).

El artículo 22 del código sustantivo del trabajo colombiano, por sus siglas CS-T puntualiza los elementos del contrato individual de trabajo; el artículo 23 del CS- T en el inciso segundo deja entrever que una vez reunidos los tres elementos que configuran el contrato de trabajo no deja de tener dicha naturaleza en razón del nombre que se le dé; el inciso 1º del artículo 24 del CS- T contiene la presunción legal de existencia de la relación de trabajo en la cual se establece que la prestación del servicio es suficiente para que nazca a la vida jurídica todas las obligaciones del contrato de trabajo (Díaz, 2012) (Ministerio de Protección Social, 2011). Dicha presunción admite que al demostrarse un hecho contrario al presunto quedaría desvirtuado, tal como corroborar que la prestación del servicio personal no se efectuó en el marco de un contrato regulado por el derecho laboral (Díaz, 2012).

En la República de Colombia antes de la constitucionalización de los principios laborales que actualmente aparecen plasmados en la carta política del año 1991 se ha gestado basta jurisprudencia emitida por los tribunales de justicia colombiana y posteriormente como se aprecia del

pronunciamiento de la Sección Segunda (Díaz, 2012), vertida por el Consejo de Estado<sup>6</sup> del 5 de agosto de 1993, se hace alusión al “principio de la primacía de la realidad”, que en lo principal, se dice: al desvirtuar los elementos del contrato de prestación de servicios surge una nueva relación laboral en donde, los empleados públicos trabajan para la misma entidad (..)” (Chacartegui, 2016)

En pronunciamientos vertidos por <sup>7</sup>, el Consejo de Estado, se menciona criterios como el siguiente: “(..) ninguna persona puede renunciar a sus derechos y beneficios laborales, aunque esta sea aceptada, esta aceptación es irrelevante. En otra decisión que data del año 2008<sup>8</sup>, en el caso de los docentes que se desenvuelven en el sector público, y tienen una relación legal, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios docentes, por lo para este caso el demandante realizó labores similares a las mismas que la de los docentes de planta y que se cumplen elementos de la relación laboral: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración como contraprestación del servicio prestado, para este caso se infiere que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriéndola con una verdadera relación laboral, es decir, son consustanciales al ejercicio docente (Díaz, 2012). Por ello, se concluye en aplicación del principio de “primacía de la realidad” sobre las formalidades, que existe una realidad laboral creándose con el contrato administrativo docente una mera ficción, la cual impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones que los docentes de planta, según términos de los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política fundamental”

Finalmente es necesario destacar que, en sentencia C-555 de 1994 el Tribunal Constitucional de Colombia sentó un importante precedente Constitucional sobre el principio de “primacía de la realidad”, recalcando que puede alegarse también frente al Estado cuando termina posesionándose

---

<sup>6</sup> El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno, su función principal es la de emitir **dictámenes** a petición de la [autoridad consultante](#). El dictamen es un documento en el que el Consejo de Estado expresa su criterio sobre las cuestiones que le han sido consultadas. El dictamen del Consejo de Estado es el último trámite, que concluye la tramitación del expediente. Los asuntos en los que haya dictaminado el Consejo de Estado no pueden remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración. Tras el dictamen, solo cabe la resolución por parte de la [autoridad consultante](#). La resolución que se adopte debe indicar si es conforme con el dictamen del Consejo de Estado o si se aparta de él. En el caso de consultas preceptivas, si la autoridad consultante es un miembro del Gobierno y desea apartarse del dictamen, la resolución debe ser adoptada por el Consejo de Ministros. <http://www.consejo-estado.es/quehace.htm>.

<sup>7</sup> CE 2B, 15 jun. 2006, J. Lemos

<sup>8</sup> CE 2A, 6 sep. 2008, G. Gómez

como parte en una determinada relación laboral, así: “El principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma, así se satisfaga frente a un sujeto privado o se realice frente al Estado. En el Estado social de derecho, fundado en el trabajo (CP Art. 1), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo”, y en el ratio decidendi se concluye que, “(..) el juez puede reconocer la relación de trabajo y sus derechos patrimoniales a un contratista con fundamento en el descrito principio, sin embargo no le está permitido reconocerle status de empleado público, porque el suscrito principio del trabajo se agota al demostrar y hacer prevalecer la relación laboral ante las formas que hayan querido aparentar(..) (Corte Constitucional, 1994) ; sin embargo, no se podrá en ningún caso conferirle a un persona el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario., pues el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la correspondiente disponibilidad presupuestaria. El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo(..)”.

Dichos fallos de la legislación comparada colombiana, dejan entrever de forma irrefutable que la simulación y el fraude han hecho presencia no únicamente en el ámbito privado sino con fuerza inusitada en el ámbito público en la última década, al igual que ha ocurrido en el Ecuador, siendo imperativo aquilatar, identificar y contrarrestar dicho fenómeno desde cualquier arista conceptual, doctrinaria o filosófica que se analice el problema y establecer mecanismos de sanción a sus propulsores y mentalizadores por ser atentatorios al derecho al trabajo el cual irradia perjuicio directo en la vulneración de otros derechos fundamentales como son el derecho a la vida, la economía, la salud y dignidad del hombre.

## México

En el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos señala que el congreso deberá expedir leyes del trabajo relativas a los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y toda modalidad de trabajo manual y material, considerándose a toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales, lo cual se desprende de los Artículos 2 y 3 de la “Ley federal de los trabajadores al servicio del estado”, reglamentaria del apartado b) del artículo 123 constitucional; reservándose la relación jurídica de trabajo existente entre los titulares de las dependencias e instituciones del estado a otro tipo de leyes de índole administrativa (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2020).

Pero más allá de la ubicación del régimen jurídico en el cual se ubica a los obreros del sector público y la normativa legal que los ampara, en México cuna de la constitución protectora de los derechos sociales- Querétaro de 1917- generadora de la concepción del nuevo derecho mexicano cuyo precursor fue el profesor Mario de la Cueva, ideólogo de la teoría de la “ primacía de la realidad” , en varias circunscripciones que integran los estados mexicanos y sus diversos circuitos y tribunales colegiados de justicia, así como en los altos tribunales de la justicia ordinaria y constitucional se han pronunciado sobre el fenómeno de la “simulación laboral” desarrollado interesantes fallos sobre las diversas formas a través de las cuales se manifiesta este fenómeno jurídico entre particulares y en la esfera de lo público; siendo destacable además mencionar que, existen un sinnúmero de sentencias indemnizatorias y restitutorias en el puesto de trabajo o anulación de convenios en los cuales se aprecia renuncia de derechos vía “acción de amparo directo”<sup>9</sup>; como corolario a lo expuesto en el presente trabajo de investigación es menester señalar que, en la ley sustantiva Penal del Distrito Federal<sup>10</sup> de

---

<sup>9</sup> Amparo directo 128/82- Ferrocarriles Nacionales de México- 29 de junio de 1982- Unanimidad 4 votos// Amparo directo 7085/ 80- Victor Rodríguez Cano 16 de Marzo de 1981- 5 votos ponente // Amparo directo 561/80- Francisco Cárdenas Alvarado y otros- 18 de junio de 1980. Unanimidad de 4 votos // Amparo directo 5335 / 79 Donacio Quintero Bustamante y otros- 5 de junio de 1980- Unanimidad 4 votos.

<sup>10</sup><https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=310117&Clase=DetalleTesisBL&Semana=0>

México la “simulación” en materia laboral es punible cuando se ocasione perjuicio a tercero o se obtenga un lucro, circunstancias que es considerado como “fraude” establecido en la fracción X del artículo 386 del referido cuerpo legal punitivo. Para este propósito, se recurre a la definición contenida en el artículo 2810 del Código Civil, , así: "es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente, lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas", estableciendo diferencia entre “simulación absoluta y relativa”, la primera se configura cuando el acto simulado no tiene nada de real, y la segunda, cuando al acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, lo que distingue a lo delictuoso es “(..) el divorcio absoluto entre la voluntad y la manifestación, entre lo querido y lo declarado, cuando las partes no quieren el negocio sino solamente hacerlo aparecer y por eso emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico, al mismo tiempo, sirve para provocar una ilusión falaz de su existencia. Lo que simula, pretende que a los ojos de los terceros, aparezca formada una relación que en realidad no existe, de la cual se quiere mostrar una exterioridad engañosa, mediante una declaración que carece de contenido volitivo. La simulación requiere una intención dolosa específica que se traduce en un propósito oculto de hacer aparecer un negocio que realmente se repudia y que no se desea, creando una situación jurídica ilusoria.(...)” (pp. 45-56).

Se puede recurrir a la tercerización laboral **solo** cuando una empresa requiera contratar trabajadores para prestación de servicios en **labores específicas que no sean habituales de la empresa usuaria ( contratante), sin embargo, si se** contrata a una compañía *outsourcing* para que le envíe obreros que presenten servicios dentro del giro normal de la empresa y con este fin se evada el pago de obligaciones fiscales y laborales, **la ley penal tipifica dicha evasión con pena privativa de la libertad, además si como consecuencia de ello, se propicia la** emisión de facturas falsas.

---

Complementariamente, la subcontratación laboral u *outsourcing vigente* en la legislación Mexicana establece que, si se recurre a figuras de subcontratación para evitar el pago de obligaciones a la seguridad social y de índole fiscal, **ello encuadraría en el delito de defraudación fiscal** con sanciones que incluyen penas privativas de libertad, así: entre dos y hasta cuarenta años de prisión, como delincuencia organizada cuando el monto de las contribuciones omitidas al Estado sea superior a 7'804,230 pesos; si con la subcontratación se deja de pagar al Estado una cantidad menor a los 7.8 millones de pesos **se trataría de un delito de “defraudación fiscal”, con penas privativas de la libertad de tres meses a dos años de prisión cuando el monto del perjuicio al estado no exceda de 1'734,280 pesos; con prisión de dos a cinco años cuando lo defraudado no sea más de 2'601,410 pesos; y con privación de la libertad de entre TRES Y NUEVE AÑOS DE PRISION, si se defraudan al estado más de 2'601,410 pesos** (Palacios, 2020).

Otra forma inusual de renuncia de derechos constituye la supuesta conformación de “organizaciones sindicales ficticias”, a través de los denominados “contratos de protección<sup>11</sup>”. Dichos contratos celebrados entre obreros y los denominados “sindicatos blancos”, ha provocado el pago de salarios irrisorios a sus agremiados quienes condicionados al ingreso y permanencia en el empleo se adhieren a dichas organizaciones sindicales cuyas dirigencias no son democráticas y quienes “renuncian” bajo amenazas el reclamo de sus derechos laborales en procura del beneficio exclusivo del patrono (OIT, 2012).

---

<sup>11</sup> Son contratos laborales colectivos utilizados por los patrones para abaratar el costo de los contratos laborales, cuando la dirigencia sindical es proclive a los intereses de la empresa y renuncia a pelear por los derechos de los trabajadores. En otra de sus facetas, también son utilizados por supuestas dirigencias sindicales para extorsionar a los patrones, amenazándolos con estallar huelgas de no ceder a los intereses de los líderes.

Sobre esto último, se viene gestando una propuesta legislativa en el congreso mexicano para el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, con el compromiso del estado mexicano de ratificar el convenio 98 de la OIT que garantiza el derecho a la libre sindicación, lo cual permitiría la libre afiliación sindical (sin condicionamientos de ningún tipo), y ampliando la libertad en el sector público, empresas y compañías privadas para elegir democráticamente a sus representantes.

Con la firma del Tratado de Libre Comercio entre México y EEUU, existe así mismo, el compromiso de emprender cambios legislativos tendientes a controlar la enorme flexibilidad laboral que provoca la existencia de los denominados “contratos de protección”, los cuales propician la oferta de mano de obra barata -calificada generando el traslado de líneas de producción desde Canadá y Estados Unidos de obreros mexicanos especialmente en el ámbito automotriz, lo cual provoca repudio en la Unión Europea, pues se considera que, ello propicia la pérdida de empleos de obreros estadounidenses y canadienses en sus propios territorios (pp. 373-389).

## **Panamá**

En la República de Panamá se gestó luego de cruentos enfrentamientos sociales la reforma laboral flexibilizadora en el año de 1995 impulsada por la clase empresarial unida a las exigencias de organismos multilaterales y organismos crediticios internacionales, con la cual se degeneró la naturaleza proteccionista de la contratación individual y colectiva del Trabajo en el ámbito público y privado.

En el Art 95<sup>12</sup> del Código de Trabajo panameño se incluye el “principio de la productividad” y la concepción de la “compensación equitativa” por la inversión que realiza el empresario, es decir se

---

<sup>12</sup> Torres de León, Vasco “Poderes Empresariales y Cambio de Condiciones de Trabajo en la Reforma Laboral de 1995 (Ley 44 de 1995)” Papeles Laborales (1997, No. 1) [Panamá, 1997], pp. 59 - 80.  
Torres de León, Vasco “Las reformas laborales de 1995 en el Convenio Colectivo” en Revistas [1998: Vol. 3], pp. 123 -140.  
Vargas Velarde, Oscar “El Contrato y la Relación de Trabajo” Papeles Laborales (1997, No. 2) [Panamá, 1997], pp.

introducen aspectos netamente económicos en las relaciones laborales, de tal suerte que, el ordenamiento laboral sufrió una seria transformación y acercamiento hacia posiciones económicas neoliberales y de apertura de mercado, como fundamento de su sistema jurídico y política económica.”

Se reforma el Art 159 del Código del Trabajo facultándose la reducción del salario, flexibilizando el principio de intangibilidad e irrenunciabilidad de derechos en determinadas circunstancias de crisis económicas, caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados y que ponga en peligro la existencia de las fuentes de trabajo, en cuyo escenario es factible de manera temporal “modificar o reducir los horarios o semana de trabajo, previo acuerdos de los métodos para lograr la recuperación gradual de la jornada a los niveles existentes antes de la crisis. La Reforma de 1995 posibilitó que el empresario pueda variar o modificar lo pactado en el contrato individual de trabajo teniendo en cuenta ciertos requisitos que operan como límite a esta facultad (Código de Trabajo, 1995).

La delimitación del poder empresarial, el interés de conseguir una prestación de servicios más flexible y adaptable, la introducción de la “movilidad funcional”, entendida como la facultad empresarial de trasladar al trabajador en el seno de la misma empresa sin que le exija un cambio de residencia, pero siempre y cuando dicho cambio sea compatible con la posición, jerarquía, fuerzas, aptitudes, preparación y destrezas del trabajador y sin que ello suponga una disminución del salario ni afecte la autoestima del trabajador prevaleció ante el potencial cierre de las empresas o despido masivo de los trabajadores por razones económicas.

El sistema de relaciones laborales panameño desde hace varios años sufrió profundas modificaciones dados los ajustes estructurales y la influencia de países de primer mundo imperante (EEUU), generando relaciones laborales basados en procesos de integración económica regional y por el

fenómeno de la globalización del mercado, todo en perjuicio de los derechos fundamentales de la clase trabajadora.

Una de los cuerpos legales en Panamá que despiertan curiosidad en el mundo jurídico es la “Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, Reglamentos de la ACP, Reglamentos de la JRL-ACP y Convenciones Colectivas de la ACP”, que establece que los funcionarios, trabajadores de confianza, trabajadores manuales y organizaciones sindicales de la autoridad del canal de Panamá están sujetos a un régimen laboral especial, por lo que no les serán aplicables las disposiciones del Código de Trabajo y Código Administrativo sino las disposiciones de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá. Dicha ley orgánica propia para quienes prestan funciones en el canal de Panamá prevé el procedimiento para la tramitación de quejas sino tribunales especiales creados para el efecto, y sin que lo sean los jueces del trabajo ni mediante una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción por no ser la vía adecuada (Constitución Política de la República de Panamá, 2004).

Dicha legislación laboral paralela sin intervencionismo o protección alguna del estado ha provocado enormes desigualdades e injusticias, especialmente en cuanto a la subcontratación de personal por empresas de servicios de tercerización, establecimiento de salarios diferenciados en relación a otros quienes se encuentran en nómina, contratos precarios de presentación de servicios personales, negativa de justo incrementos salariales de casi diez mil trabajadores del canal, irrespeto a la estabilidad laboral muchos de los cuales, a pesar de tener 10 a 15 años en condiciones de “trabajo eventual” no se les reconoce el derecho a su permanencia y tampoco se ha respetado las reglas de la negociación colectiva que están establecidas en el artículo 208 de la “Convención Colectiva vigente de la Unidad de Trabajadores no profesionales”, que establece que las negociaciones se limitan a propuestas y contrapropuestas, entre otras (Aparicio, 2020).

## **Costa Rica**

En la Carta Política de Costa Rica y Código del Trabajo se establece una protección especial a los trabajadores del sector público y privado, encontrándose no por ellos los trabajadores del estado expuestos al fenómeno de la simulación y fraude laboral, tema central de nuestra investigación que concita nuestro interés con la finalidad de establecer diferencias y similitudes con nuestra legislación nacional.

La Constitución de Costa Rica (2011), en el Artículo 56, establece que el trabajo es un derecho que tiene todo individuo, por lo que el estado está en la obligación de garantizar que los seres humanos tengan una ocupación honesta pero sobre todo debidamente remunerada, sin menoscabar su libertad y dignidad. Bajo este contexto, el estado garantiza el derecho a la libre elección de trabajo (pp. 14-26). Artículo 74, en donde, se hace mención a que los derechos y beneficios del trabajador son irrenunciables, sin discriminación religiosa, social (pp. 44-56).

El Código del Trabajo costarricense en el Artículo 15, refiere que los casos que no se encuentran determinados en este documento o en sus reglamentos o leyes serán resueltos bajo los principios generales de derecho laboral, y serán aplicados según lo establecido en convenios y recomendaciones adoptadas por la Organización Internacional de Trabajo en cuanto no se opongan a las leyes del país, y los principios y leyes de derecho común. Artículo 17.- Para la correspondiente interpretación de leyes y reglamentos se considerará el interés de los trabajadores. Artículo 18.- Contrato individual de trabajo, sea cuál fue su figura se lo considera a todo aquel documento en el que una persona se ve obligada a prestar sus servicios bajo dependencia permanente y una dirección inmediata o delegada para recibir una remuneración sea cual fuere su denominación (pp. 2-32).

En virtud de dichas normas protectoras de índole social que aparecen plasmada en el ordenamiento jurídico de Costa Rica, que recoge el principio de irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos, principios de continuidad y primacía de la realidad que rigen no solamente en las relaciones jurídicas entre particulares sino en aquellas en las cuales el estado aparece como empleador en calidad de persona de derecho público, se han gestado

interesantes fallos judiciales en los cuales quienes regentan instituciones públicas han pretendido esconder la verdadera naturaleza de contratos laborales por otros de índole profesional identificando el elemento de subordinación que caracteriza una relación de índole laboral, sin que la parte empleadora haya podido justificar lo contrario.

En la página web de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, aparece el fallo relacionado con un “Anestesista” quien cumplía funciones para el “Instituto Nacional de Seguros”<sup>13</sup> mediante un “contrato administrativo de servicios profesionales”, el cual fue develado por uno de naturaleza laboral luego del trámite judicial de rigor, por lo cual los señores magistrados de tan alto órgano de justicia aplicando el “principio de primacía de la realidad” y analizando los conceptos de empleador (a) y trabajador (a) que establecen los ordinales 2 y 4 del Código de Trabajo, estudiando el numeral 18 ibídem, que define los elementos del contrato de trabajo, y la presunción “iuris tantum” que admite prueba en contrario en cuanto a la existencia de la relación laboral.

En dicha sentencia en relación con la contratación de servicios profesionales dadas las nuevas tendencias del desarrollo de las relaciones del trabajo y las dificultades crecientes para determinar la existencia de la subordinación laboral, sin desconocer la posibilidad de que los profesionales liberales presten sus servicios mediante contratos de servicios profesionales, subraya la prevalencia del principio de primacía de la realidad para determinar la efectiva

---

<sup>13</sup> El Instituto Nacional de Seguros (INS) se fundó mediante Ley número 12, el 30 de octubre de 1924 y en su creación tomaron parte el Lic. Ricardo Jiménez Oreamuno, Presidente de la República, quien iniciaba su segunda administración (1924-1928), y el Lic. Tomás Soley Güell, Secretario de Hacienda y Comercio, gestor del proyecto. En sus inicios se llamó Banco Nacional de Seguros, en decreto del 21 de mayo de 1948 cambió su nombre a Instituto Nacional de Seguros (INS), mismo que se mantiene en la actualidad. El INS tuvo a su cargo la administración del monopolio de los seguros desde su creación hasta el 07 de agosto del 2008, fecha en que entró en vigencia la Ley número 8653 “Ley Reguladora del Mercado de Seguros”, la cual abrió el mercado y permitió la competencia.

existencia de contratos laborales ocultos detrás de aquellos, con la intención de eludir las responsabilidades laborales siendo el elemento de la subordinación el llamado a servir de diferenciador entre un tipo de relación y otro, aunque en tratándose de servicios especializados siempre exista la independencia técnica. En estos fallos se evidencia dicho encubrimiento en base a ciertos elementos que ayudan a distinguir cuándo se está en presencia de labores subordinadas, entre ellos: pago de retribución reiterativa mensual durante un período prolongado; fijación del horario y/o la jornada de trabajo; pago de los beneficios laborales tales como vacaciones y aguinaldo; fijación de aumentos salariales según criterios de la actividad subordinada; el pago de los gastos de alojamiento y traslado; marcado de tarjeta; condición de estar a la orden (disponibilidad); la exclusividad de la prestación para un único empleador; entrega de herramientas y uniformes; no asunción de riesgos; la aplicación de sanciones (Ugalde, 2017).

Citan el criterio del tratadista español Montoya Melgar y Cámara Botía, quien ha indicado que un aspecto importante a considerar a la hora de distinguir la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios es la relativa al carácter personalísimo de la prestación laboral. [...] resumidamente, mientras en caso de vinculación laboral es la entidad la encargada de suplir la ausencia, para el supuesto de la relación civil se concede al médico titular la facultad de designar sustituto.” (MONTROYA MELGAR, Alfredo y CÁMARA BOTÍA, Alberto. “Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas.” Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1991, p.p. 14-15).

En otras sentencias emitidas por la corte Suprema de Justicia de Costa Rica, signadas con los números 540, de las 9:55 horas del 6 de noviembre; 563, de las 8:55 horas; y, 564, de las 9:00 horas, ambas del 8 de noviembre, todas de 2002; así como las números 38, de las 10:10 horas del 5 de febrero y 151, de las 9:10 horas del 28 de marzo, ambas de 2003), son análogas en las conclusiones arribadas en la fallo antes enunciado.

En estas sentencias se enuncia y aplica el “principio de la primacía de la realidad”, que caracteriza al Derecho Laboral como rama autónoma del ordenamiento jurídico universal, principio que obliga al juzgador analizar las condiciones reales que se hayan suscitado en una relación jurídica por sobre los hechos que consten documentalmente. Américo Plá Rodríguez indica que este principio lleva a 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” (Ugalde, 2017).

## **5.2. Argumentación jurídica de resultados**

Las resultados obtenidos de varias fuentes de información como también de la encuesta, determina que los trabajadores ecuatorianos están amparados en el siguiente ordenamiento jurídico, así: Constitución de la República del Ecuador 2.008. “Artículos: 33, 326, 327, 328”; Mandatos constituyentes: “2,4,8”; Código del Trabajo: Artículos: 8,10,11,12,13,14, 37, 42,169, 188,185; Ley Orgánica de Servicio público: Artículos: 17, 23, 58, 60, 65; Código Civil: Artículos: 1856, 1930,1939; Ley de compañías: Artículos: 3, 17, 17A, 17B, 18. Que pese a las conquistas laborales alcanzadas y consagradas en la legislación, existen vacíos legales que deben ser llenados por completo, más han permitido el avance del fraude, simulación, flexibilización, enriquecimiento injustificado y explotación en las relaciones laborales en el sector privado, sin que lo público sea la excepción.

No se da cumplimiento al Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador en la parte que establece que: en razón de que en el Código de Trabajo no se estipula de manera clara las sanciones que se estipularan para el caso de fraude, simulación y enriquecimiento se penalizará en función de lo establecido con la ley, por lo tanto debe implementar los presupuestos normativos que sancionen dichas conductas.

En el Código de Trabajo no consta un régimen de sanciones administrativas para casos en los que se han realizado contratos de trabajo bajo las formas contractuales de simulación laboral; de igual manera, sobre los mecanismos más utilizados de los existentes en el ordenamiento jurídico para este

propósito, circunstancia que si bien no ha desarrollado el legislador ya han sido tratados y abordados con seriedad por los jueces y tribunales de justicia del Ecuador.

Al respecto vale la pena señalar que existen varias organizaciones conocidas como prestadores externos que son contratadas por el Estado, los mismos que emplean mecanismos administrativos y contractuales que encubren la relación laboral, dando lugar a que se facilite la simulación y fraude en la prestación de servicios públicos, esto hace que se produzcan con más regularidad actos fraudulentos en nuestro país.

### **5.3. Contrastación empírica**

Los resultados y datos obtenidos y analizados mediante la experiencia y observación de hechos reales, como son los relacionados a los casos de simulación laboral en el sector público y los mecanismos más utilizados para este propósito de los existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, nos conducen a determinar si tales evidencias no caen en la subjetividad para justificar, interpretar y evaluar los resultados de la investigación, tanto de los aspectos positivos como negativos, utilizando la discusión y así determinar las razones y conclusiones que nos permitan encontrar posibles soluciones a la problemática encontrada.

### **5.4. Influencia de los resultados**

Los resultados obtenidos servirán de base para futuras investigaciones en el tema de la “simulación laboral en el sector público”; el problema que se ha investigado ha sido tratado por varias personas conocedoras de dicha temática, lo cual nos ha ayudado a contrastar información y validar documentos que sirvieron de base para elaborar la fundamentación teórica y legal.

El conocer diferentes hechos que se presentan en otros países como Argentina, Chile, Colombia, entre otros, sobre el tema laboral y su aplicación, ha permitido desarrollar con certeza la propuesta, la cual que está relacionada con incluir en el Código del Trabajo ecuatoriano artículos sobre las sanciones a los servidores públicos que apliquen formas contractuales simuladas y utilicen mecanismos de los

previstos en el ordenamiento jurídico de forma indebida, lo cual atenta contra los derechos de los trabajadores.

### **5.5. Comprobación de la premisa**

Refiriendo a los resultados obtenidos, podemos indicar que en cuanto a la premisa planteada sobre: ¿Es imperativo incorporar artículos en el Código del Trabajo referentes a la simulación laboral en sus diversas formas y determinar en la ley sanciones para los representantes de las instituciones públicas?, se consultó a personas conocedoras del derecho laboral así como se obtuvo información de fuentes bibliográficas sobre el tema, revisión de sentencias dictadas por jueces de trabajo, cuyos resultados nos permiten darnos cuenta que se debe solucionar la problemática de la simulación laboral mediante la aplicación de la propuesta.

## Conclusiones

1. En el Código del Trabajo del Ecuador promulgado en el año 1938 y que con varias reformas se encuentra vigente hasta la actualidad, en el Art 37 de dicho cuerpo legal, menciona que los contratos de trabajo estarán regulados por las disposiciones de dicho cuerpo legal a falta de referencia expresa y a pesar de que se haya pactado en contrario.
2. Es frecuente observar cómo en lo privado, pese a pactarse acuerdos de voluntades para la prestación de servicios lícitos y personales por cuenta ajena, donde prima la subordinación y el pago de una remuneración como contraprestación por los servicios prestados o ejecución de la obra realizada, se suscriben contratos escritos de índole civil bajo la figura de “prestación de servicios profesionales”, “arrendamiento o locación de servicios”, “contratos de comisionistas mercantiles”, entre otros, lo cual cae en el la simulación y el fraude laboral.
3. Es imperativo por lo tanto que, se promulguen normas legales inherentes a la simulación laboral y que efectivicen mecanismos de sanción para que los contratos celebrados en el sector público, generados con evidente fraude o simulación, para que los mismos no generen efectos jurídicos y sean declarados nulos de oficio, sin necesidad inclusive de alegarlos y establecer mecanismos de sanción a sus responsables, por infringir normas constitucionales que generan perjuicio directo a los trabajadores y sus formas de reparación.

## **Recomendaciones**

Que la Asamblea Nacional considere las incorporaciones propuestas a fin del establecimiento de las sanciones que incurran en simulación laboral y regulen todas aquellas figuras laborales nuevas, que no se encuentren normadas en el cuerpo legal del Código de Trabajo y el COIP, con el objetivo de fortalecer el andamiaje legal laboral.

A la Universidades del país atender y analizar la propuesta de incorporación de articulados al Código de Trabajo y al COIP, en donde se inserten disposiciones sancionatorias por la simulación laboral que comete el empleador, a fin de eliminar aquella figura jurídica que vulnera el bien jurídico y procure el bienestar del trabajador.

Que las Instituciones de Educación Superior organicen talleres o conversatorios abiertos a estudiantes y público en general, donde se aborde esta temática y se disminuya el desconocimiento a este problema vigente en nuestro país.

## CAPITULO VI

### PROPUESTA

#### 6.1. Título de la propuesta

Proyecto de Ley reformativa al Código de Trabajo y al Código Integral Penal (COIP) para el establecimiento de sanciones hacia los representantes legales que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales para simular la relación laboral por una de otra índole, en amparo del bien jurídico protegido.

#### 6.2. Antecedentes

En el Ecuador se han presentado varios casos en el cual la simulación laboral se ha hecho presente en varias instituciones del estado, así en las universidades públicas mediante la contratación de docentes con facturas pese a tener carga horaria estable y sin que sean servicios eventuales; en la instituciones educativas de nivel primario a través de la contratación de auxiliares de servicios (conserjes) mediante la figura de maestros o docentes bonificados; en los organismo seccionales y autónomos (municipios) contratando obreros para el cumplimiento de tareas manuales de arrendamiento del espacio público a través de la constitución de asociaciones al amparo de la ley de compañías cuando se trata de obreros en relación de dependencia para el estado; y utilizando figuras ficticias en desmedro de sus interesas, así; clasificando a los obreros con estabilidad a la LOSSEP para evitar el pago de indemnizaciones por retiro voluntario previstos en convenios colectivos dentro de los montos máximos que establece el mandato constituyente 2; utilizando figuras propias de los servidores públicos como la “supresión de partidas” para desenrollar a los obreros y dirigentes sindicales de las empresas públicas pues estos resultan contrarios a los intereses económicos de dichas corporaciones estatales lo cual en esencia constituye un despido intempestivo amerita el pago de indemnizaciones propias del código del trabajo y paralelamente del pacto colectivo por haberse vulnerado la cláusula de estabilidad como conquista gremial;

Ante esta realidad, la Asamblea Constituyente de Montecristi influenciada de otras legislaciones de Latinoamérica y el Caribe en el Art.327 de la carta magna, establece: “El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley” (p. 154). La Constitución obliga a penalizar y sancionar de acuerdo con la ley estas figuras que tienen por función encubrir un acto bajo la apariencia de otro, y simular hechos, contratos y situaciones irreales o ficticias.

Mediante la utilización de contratos de reventa de telefonía pública dando la apariencia de que se trata de contratistas del estado o concesionarios bajo las figuras contractuales previstas en la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública evitando con ello que los obreros de empresas de telefónica pública tengan todos los derechos inmanentes de la legislación laboral y del pacto colectivo por tratarse de trabajadores con estabilidad; se contrata obreros en el sector educativo con acciones de personal y otorgándoles nombramientos dentro del régimen administrativo pese a que cumplen actividades materiales y manual y por lo tanto están inmersos en el régimen laboral; entre otros subterfugios de los que se ha podido identificar hasta el momento. Con lo cual, se pretende la “huida del derecho del trabajo” al derecho administrativo y con la finalidad de evitar que los jueces del trabajo conozcan los reclamos de obreros del estado y se inhiban de su conocimiento ante los jueces de índole administrativo.

### **6.3.Objetivo General**

Reformar el Proyecto de ley al Código de Trabajo y al Código Integral Penal (COIP) para el establecimiento de sanciones hacia los representantes legales que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales para simular la relación laboral por una de otra índole, en amparo del bien jurídico protegido.

## 6.4.Propuesta

### **INCORPORAR AL CÓDIGO DE TRABAJO Art. 35**

**Art. 35.1.** Las autoridades o representantes legales de instituciones públicas que, bajo cualquier forma contractual o mediante la utilización de figuras legales de las previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, simulen un contrato de trabajo por otro de distinta naturaleza, una vez debidamente comprobado este hecho fraudulento, serán sujetos a la sanción administrativa de destitución ante el cometimiento de una falta gravísima, concediéndoles el derecho a la defensa con previo un proceso disciplinario, sin perjuicio de las responsabilidades de índole penal que tuvieren lugar

**Art. 35.2.** Las autoridades o representantes legales de instituciones públicas que ,deliberamente utilicen figuras legales u otros mecanismos y artificios legales de la naturaleza que estos fueren, con la finalidad de simular una relación jurídico laboral, por otra de naturaleza civil, administrativa, mercantil o de otra índoles; así también, para dar por terminado los contratos de trabajo de los obreros del sector público, que atenten contra su estabilidad e impliquen renuncia de derechos, y que una vez que haya sido debidamente comprobado su conducta y luego del correspondiente proceso administrativo, concediéndoles el derecho a la defensa serán sancionados con destitución, sin perjuicio a las responsabilidades de índole penal.

### **INCORPORAR AL COIP Art. 241**

**Artículo 241.1.** Las autoridades de las instituciones públicas que mediante cualquier forma de simulación, engaños, o la utilización de contratos simulados o mecanismo o artificios legales de cualquier índole, encubran una relación jurídico – laboral, o la den por concluida en perjuicio de los derechos irrenunciables de los obreros del sector público, serán sancionados con pena privativa de la libertad, de seis meses a un año.

Si la afectación o el perjuicio del bien jurídico atento en contra de la salud, la integridad física, psicológica o la vida de los obreros de las instituciones del Estado, la pena privativa de la libertad será de uno a tres años.

**Artículo 241.2.** Las autoridades de las instituciones públicas que mediante cualquier forma de simulación, engaños o la utilización de contratos simulados o mecanismo o artificios legales de cualquier índole, incurran en fraude laboral o enriquecimiento injustificado pactando en contrario y encubriendo una relación jurídico – laboral, o la den por concluida en perjuicio de los derechos irrenunciables de los obreros del sector público, serán sancionados con pena privativa de la libertad, de seis meses a un año.

Si la afectación o el perjuicio del bien jurídico, atentó en contra de la salud, la integridad física, psicológica o la vida de los obreros de las instituciones del Estado, la pena privativa de la libertad será de uno a tres años.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, M. (2017). Contrato de servicios y contrato de trabajo. La protección de la persona en las fronteras del derecho del trabajo. *Revista Latinoamericana de Derecho*(num. 7), pp. 4-12.
- Albuja , P. (julio de 2011). La Aplicación de la Teoría de la Imprevisión a los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos . *Tesis de grado*. Quito. [En línea]. Disponible desde: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/1264/1/100944.pdf>: Universidad San Francisoc de Quito.
- Alessandri , A., & Somarriva, M. (1942). *Curso de derecho civil*. Santiago de Chile: Editorial Somarriva Undurraga.
- Alsina, H. (1963). *Tratado Teórico práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Edier.
- Álvarez, C. (2015). *Las políticas de empleo en el ámbito local*. Málaga. [En línea]. Disponible desde: <file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dialnet-LasPoliticadeEmpleoenElAmbitoLocal-705541.pdf>: Asociación Mañlagueña de Estudios e Investigaciones Sociales.
- Aparicio, G. (13 de enero de 2020). *Trabajadores del Canal protestan en la Asamblea en reclamo de ajuste salarial*. Recuperado el 4 de mayo de 2020, de <https://www.laestrella.com.pa/nacional/200113/trabajadores-canal-protestan-asamblea-reclamo-ajuste-salarial>
- Aragoneses, P. (1955). *Técnica Procesal: proceso de cognición y juicio verbal*. Madrid: Aguilar.
- Asamblea Nacional . (2014). Código orgánico Integral Penal (COIP). Quito. [En línea]. Disponible desde: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2014\\_ecu\\_codpenal.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2014_ecu_codpenal.pdf).
- Asamblea Nacional. (09 de marzo de 2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito, Pichincha, Ecuador: Sofigraf.

- Asamblea Nacional. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. *Suplemento del Registro Oficial Nro. 506*. Quito, Pichincha, Ecuador: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. *Suplemento de Registro Oficial Nro. 506*. Quito, Pinchincha, Ecuador: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Asamblea Nacional Constituyente. (6 de julio1 de 1991). Consitución Política Colombiana. Bogota, Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Ballesteros, C. (2015). Vigencia de los principios del derecho aboral en un mundo globalizado.Aplicación al caso colombiano. (U. d. Medellín, Ed.) *Revista de Opinión Jurídica*, pp. 109-130.
- Barona, S. (1999). *Tutela Civil y Penal de la Publicidad*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Bascuñan, A. (1998). El Principio de la Distribución de Competencia como criterio de Solución de Conflictos de Normas Jurídicos. *Revista Chilena de Derecho*.
- Bernuy, O. (2013). *Manual Laboral: Teoría y práctica*. Editorial Asesor Empresarial.
- Bidart, G. (2005). *Compedio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Americana de Editores.
- Bilbao, L., & Lanza, R. (2010). Historia económica. *MAterial estadístico y gráfico. Lecturas*. España. [En línea]. Disponible desde:[https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11139/55646\\_HistoriaEconomicaCC.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11139/55646_HistoriaEconomicaCC.pdf?sequence=1).
- Boza, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. *Revista de Derecho. THEMIS*, pp. 13-26.

- Brintt, G. (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.
- Cabezudo, N. (2009). *Universidad de Valladolid*. Recuperado el 10 de julio de 2019, de <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp4cab.pdf>
- Cassagne, J. (2012). *El Contrato Administrativo*. Editorial Abeledo Perrot.
- Caso Eusebio Llanos, Sentencia No 0976-2001- AA/ TC. (Tribunal Constitucional 13 de marzo de 2002). Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>
- Chacartegui, C. (2016). Contrato de trabajo y empresa de trabajo temporal. *Tesis Doctoral*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- Ciudad, A. (2011). *La justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana*. [En línea]. Disponible desde: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28225.pdf>: Organización Internacional del Trabajo.
- Código de Trabajo. (2 de agosto de 1995). *Decreto de gabinete N° 252*. Panamá. Obtenido de <https://www.mitradel.gob.pa/trabajadores/codigo-detrabajo/>
- Código Orgánico Integran Penal. (22 de mayo de 2015). *Registro Oficial Suplemento 506*. Quito: Asamblea Nacional.
- Congreso Nacional. (22 de mayo de 2006). *Ley 122. Ley de bonificación para educadores comunitarios. Suplemento del Registro oficial 963*. Recuperado el 10 de septiembre de 2019, de <https://vlex.ec/vid/ley-122-ley-bonificacion-645314073>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Ley*. Ecuador: Congreso Nacional.
- Constitución Política de Colombia. (2016). *Actos Legislativos*. Colombia: Asamblea Nacional Constituyente. Obtenido de <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Constitución Política de la República de Panamá. (15 de noviembre de 2004). *Actos Reformatorios de 1978, al Acto Constitucional de 1983, a los Actos Legislativos No. 1*

de 1993 y No. 2. Panamá. Obtenido de  
<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (6 de marzo de 2020). *Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación*. Colombia: Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación. Obtenido de  
[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_060320.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf)

Costa, C. (2016). *La protección del derecho al trabajo (digno): ENtre el garantismo y la flexibilidad*. Barcelona. [En línea]. Disponible desde:  
[https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/400085/CCAL\\_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/400085/CCAL_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y): Universitat de Barcelona.

Couture, E. (1950). *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires.

Cuenca, B. (2011). “*Los contratos simulados en materia laboral, afectan a la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador prescrita por la Constitución de la República del Ecuador*”. Loja: Universidad Nacional de Loja.

Cueva, L. (2013). *El juicio oral laboral*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.

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

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

De la Cueva, M. (1964). *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Editorial Porrúa.

De la Cueva, Mario. (1993). *El nuevo derecho mexicano del trabajo* (13va. edición ed.). México: Editorial Porrúa.

De la Oliva, A., & Díez-Picazo, I. (2004). *Derecho Procesal Civil: El Derecho de Declaración*. Madrid: Cesarasa.

De la Rúa, F. (1991). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Desalma.

- Devis Echandía, H. (2017). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogota: Editorial Temis S.A.
- Díaz, J. (noviembre de 2012). El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública. *Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 13*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/52475582.pdf>
- Diez Duarte, R. (2012). *La simulación de contrato en el Código civil chileno : teoría jurídica y práctica forense*. Chile.
- Dirección Nacional de Asesoría Jurídica. (26 de septiembre de 2015). Código de Trabajo. *Registro Oficial Suplemento 167 de 16-Dic-2005*. Quito.
- Dirección del Trabajo. (s.f.). Código de Trabajo. *Artículo 88, Ley N° 17.336*. Chile. Obtenido de [https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516\\_recurso\\_2.pdf](https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516_recurso_2.pdf)
- Durán , C. (Noviembre de 2014). Análisis de las figuras contempladas en el ART. 507 del código de trabajo: la simulación y el subterfugio. *Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias judiciales y sociales*. Santiago de Chile. [En línea]. Disponible desde: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129657/ANALISIS-DE-LAS-FIGURAS-CONTEMPLADAS-EN-EL-ART-507-DEL-CODIGO-DEL-TRABAJO-LA-SIMULACION-Y-EL-SUBTERFUGIO.pdf?sequence=4&isAllowed=y>: Universidad de Chile.
- Ferrara, F. (2016). *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. España : Ediciones Exlibris.
- García Valverde, M. (2014). *Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial, en Documentación Laboral*.
- García, J. (2004). *El Derecho Constitucional a la Tutela Efectiva en la Administración de Justicia*. Quito: Ediciones Rodin.
- Garfías, I. (2016). *Teoría general de los contratos*. México: Editorial Porrúa.

- Garifo, A. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogadas. *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*, pp. 245-259.
- Gaspar , B., & Pérez , E. (1958). Manual de Derecho del Trabajo. *Revista de Política Social*(Nº. 37), pp. 121-124.
- Guerrero, V. (2015). *Manual Derecho del Trabajo*. Ecuador: Lex & Iuris Grupo Editorial.
- Gutiérrez, N. (2019). *El derecho administrativo y su vinculación al derecho catastral*. Monterrey: Ministerio de Hacienda.
- H. Asamblea Constituyente. (28 de marzo de 2016). ley org+ánica del servicio público (LOSEP). *Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010*. Quito. [En línea]. Disponible desde: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5\\_ecu\\_ane\\_mdt\\_4.3\\_ley\\_org\\_ser\\_p%C3%BAAb.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_ecu_ane_mdt_4.3_ley_org_ser_p%C3%BAAb.pdf).
- H. Asamblea Nacional. (19 de mayo de 2011). Código Civil Ecuatoriano. *Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005*. Quito. [En línea]. Disponible desde: <https://lotaip.eltelegrafo.com.ec/2015/septiembre/CODIGO-CIVIL-LIBRO%20IV.pdf>.
- H. Congreso Nacional. (2000). Ley para la transformación económica del Ecuador. *Registro oficial N° 930*. Quito. [En línea]. Disponible desde: <https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/trole.pdf>.
- H. Congreso Nacional. (26 de Septiembre de 2012). Código de Trabajo. *Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic-2005. Última modificación: 26-sep-2012*. Quito.
- Hernández-Mendible, V. (2015). *La concesión de los servicios públicos y la concesión de las obras públicas*. Quito.
- Herrero Nieto, B. (2013). *La simulación y el fraude a la ley en el Derecho del trabajo*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Irureta Uriarte, P. (2013). Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante. *Revista de Derecho*(num. 40), pp. 23-34.

- Jaen, M. (2006). *Derechos Fundamentales del Proceso Penal*. Bogota: Editoria Jurídica Gustavo Ibañez.
- Jiménez, W. (2009). La teoría de la Imprevisión ¿Regla o principio? *Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Misión Jurídica*, pp. 12-16.
- Lacavex, M. (2019). ¿Es el teletrabajo, trabajo a domicilio?. Una revisión hispanoamericana. *Revista Latinoamericana del Derecho*, pp. 89-118.
- Lastra, J. (2013). Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo. *revista de Derecho Privado*(Nº. 5), pp. 109-136.
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (1997). *Texto Unico Ordenado del D. Leg. N° 728*. Perú: Constitución Política del Perú. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/\\$FILE/1\\_DECRETO\\_SUPREMO\\_003\\_27\\_03\\_1997.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf)
- Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá. (11 de junio de 1997). *Ley N°. 19*. Panamá: Asamblea Legislativa. Obtenido de <https://micanaldepanama.com/wp-content/uploads/2011/12/acp-law-s1.pdf>
- Lindón, A. (2014). *El trabajo y la vida cotidiana. Un enfoque desde los espacios de vida*. México.
- Lizama, L. (2003). *Derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis.
- Marienhoff , M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires.
- Martínez , M. (2012). *Los sindicatos en su laberinto, vogenia de los derechos laborales internacionales en México, 2000-2012"*. México.
- Martínez Girón, J. (1992). *El empresario aparente*. Madrid: Editorial Civitas.
- Menéndez, A. (2012). Auxiliares del empresario. *Revista de Derecho Mercantil*.

Ministerio de Protección Social. (5 de agosto de 2011). Código Sustantivo del Trabajo. Colombia. Obtenido de

<https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1539/CodigoSustantivodelTrabajoColombia.pdf>

Molina, A. (2018). *Trabajo*. Enciclopedia del Derecho, Historia y las Ciencias Sociales .

Montero, J. (2007). *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson Civitas.

Montero, J. (2019). *tirant.com/actualizaciones/an312.doc*. Obtenido de

[tirant.com/actualizaciones/an312.doc](http://tirant.com/actualizaciones/an312.doc)

Montoya, A. (2011). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Thomson Civitas.

OIT. (2007). *Normas Internacionales para el trabajador independiente*. Montevideo: Cinterfor/OIT. Obtenido de

[https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file\\_publicacion/cas\\_ors.pdf](https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/cas_ors.pdf)

OIT. (2012). *Informes del Comité de Libertad Sindical 364.º informe del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra: Oficina Internacional de Trabajo. Obtenido de

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_183433.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_183433.pdf)

Organización Internacional de Trabajo. (12 de mayo de 2019). *Derecho Internacional del trabajo*.

Recuperado el 9 de septiembre de 2019, de <https://www.ilo.org/inform/online-information-resources/research-guides/labour-law/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo. (junio de 1998). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Recuperado el 10 de septiembre de 2019, de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>

Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Palanca, J. (2014). El Código Napoleónico. *Revista digital de historia*.

- Palacios, S. (22 de enero de 2020). *Así puedes detectar el Outsourcing ilegal o simulación laboral*. Recuperado el 4 de mayo de 2020, de <https://www.altonivel.com.mx/empresas/asi-puedes-detectar-el-outsourcing-ilegal-o-simulacion-laboral/>
- Parra, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Libreía Ediciones del Profesional.
- Parrales, M. (2016). La responsabilidad de las empresas en los contratos tercerizados de construcción. (U. N. Argentina, Ed.) *Revista de Derecho*(Nº. 21), pp. 145-175.
- Perrote, I. (2018). *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Picó, J. (1996). *El Derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: María Bosch.
- Plá Rodríguez, A. (1995). *Los Principios Del Derecho Del Trabajo*. Editorial Good Reads.
- Plá Rodríguez, Américo. (1995). Protección de la intimidad del trabajador. *Revista internacional del trabajo. Dialnet*.
- Prats, J. (2016). *Las ciencias sociales en el contextro del conocimiento científico*. España: Universidad de Barcelona.
- Principio de primacía de realidad sobre formalidades establecidas por sujetos de relaciones laborales / relaciones de trabajo, Sentencia C-555-94 (Corte Constitucional 1994).
- Quiroz Allende, P. (2014). Ley de subcontratación laboral. La simulación y el problema de la calificación jurídica de la inspección del trabajo. *Revista de Derechos Fundamentales*(num. 12), pp. 233-248.
- Ragin, C. (1998). *La Construcción de la investigación social*. Colombi: Universidad de los Andres: Siglo de Hombres Editores.
- Ramírez, M. (2005). *El debido proceso*. Recuperado el 1 de julio de 2019, de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1283>

Real Academia de la Lengua Española. (2002). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. España: Ed. Espasa Calpe, S.A.

Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo. (2006). *Decreto Supremo N/ 019*. Perú. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/A2ED525955EF614B05257E2A0056AB56/\\$FILE/2\\_DECRETO\\_SUPREMO\\_019\\_29\\_10\\_2006.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A2ED525955EF614B05257E2A0056AB56/$FILE/2_DECRETO_SUPREMO_019_29_10_2006.pdf)

Rocco, A., & Garigues, J. (1931). Principios de Derecho Mercantil : parte general por Alfredo Rocco. *Revista de Derecho Privado*.

Romero, A. (2001). El contrato de trabajo realidad y forma. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Gaceta Laboral*, vol. 7(num. 2), pp. 167-180.

Sánchez, A. (2003). *Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*. Obtenido de Anuario de la Facultad de Derecho: <http://dialnet.uniroja.es>

Santos, J. (2015). La prueba de las obligaciones en el código civil del Ecuador. *Monografía*. Cuenca. [En línea]. Disponible desde: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/22348/1/tesis.pdf>: Universidad de Cuenca.

Schick , H. (2015). “*Problemas actuales en materia de Riesgos del Trabajo*” . *Sobre la constitucionalidad del nuevo régimen de Comisiones Médicas regulados por la ley 27348 y su reglamentación* . Argentina: XXII Congreso Nacional de DTySS .

Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia. (septiembre de 2019). *Sentencias relevantes de la segunda sala año 2019*. Recuperado el 4 de mayo de 2020, de <https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/>

Sentencia , C 1270 (Corte Constitucional de Colombia 2000).

Sentencia, C790 (Corte Constitucional Colombiana 2006).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Nro. 977 (Tribunal Constitucional de Chile 8 de enero de 2008).

Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, Nro. 00042-2004-AI/TC (12 de agosto de 2005).

Sentencia n° 0136-2015 de Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, 0078-2015 (25 de junio de 2015).

Sentencia Nro. 004-13-SEP-CC, Nro. 0032-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 21 de Marzo de 2013).

Sentencia Nro. 053-10-SEP-CC, 0778-09-EP (Corte Constitucional para el periodo de transición 27 de octubre de 2010).

Sentencia Nro. C-830/02, Nro. C-830 (Corte Constitucional de Colombia 8 de Octubre de 2002).

Sentís, S. (1979). *La Prueba: Los Grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEA.

Sierra, G. (2014). La esclavitud como relación laboral, ayer y hoy. *Revista Económica CUC*, pp. 120-129.

Silva Ormeño, M. Á. (12 de septiembre de 2018). Recuperado el 6 de mayo de 2020, de [http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#\\_ftn1](http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#_ftn1)

Soto, E. (1982). *El Recurso de Protección*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Taruffo, M. (1984). *Diritto a la prova. . Diritto Processuale*.

Ugarte, J. (2004). *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

Vargas, J. (2005). Panel I, Foro Iberoamericano de Accesos a la Justicia. Chile.

Velásquez, C. (2017). *Prontuario Procesal Civiñ*. Ecuador. [En línea]. Disponible desde:

[https://www.academia.edu/36213390/Prontuario\\_Procesal\\_Civil\\_Usuario\\_Selecciona\\_la\\_fecha](https://www.academia.edu/36213390/Prontuario_Procesal_Civil_Usuario_Selecciona_la_fecha)

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Dr. Byron Eduardo García Suárez., con C.C: # 0704355171 autor del trabajo de titulación:  
**“La Simulación Laboral En El Sector Público”**. Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal** 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, 11 de febrero del 2021



f. \_\_\_\_\_  
Nombre: Dr. Byron Eduardo García Suárez

C.C: 0704355171



**REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGIA**  
**FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACION**

|   |   |   |    |
|---|---|---|----|
| <b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>  | “La Simulación Laboral En El Sector Público”.             |   |    |
| <b>AUTOR(ES)</b><br>(apellidos/nombres):  | Dr. Byron Eduardo García Suárez                           |   |    |
| <b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b><br>(apellidos/nombres):  | Dr. Efraín Duque R.; Dr. Jhonny de la Pared D.            |   |    |
| <b>INSTITUCIÓN:</b>   | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil             |   |    |
| <b>UNIDAD/FACULTAD:</b>   | Sistema de Posgrado                                       |   |    |
| <b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>   | Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal              |   |    |
| <b>GRADO OBTENIDO:</b>  | Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal              |   |    |
| <b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>  | 11 de febrero del 2021                                    | <b>No. DE PÁGINAS:</b>                        | 98 |
| <b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>   | El proceso como medio para la realización de los derechos |   |    |
| <b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>   | Providencias – Preventiva – Reforma – Garantía            |   |    |
| <b>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):</b>   |   |   |    |
| <p>El tema planteado sobre la simulación laboral en el sector público, ha sido desarrollado mediante un proceso sistemático, partiendo de los antecedentes en donde se determina que la simulación en esencia constituye toda forma de encubrimiento de una relación jurídico laboral, situación que se da con conocimiento de causa, tanto en el sector público como en el privado, para reemplazarla con otra relación ya sea de carácter administrativo, civil, mercantil u otra índole, no obstante prohibición expresa contemplada en el artículo 327 de la Constitución de la República. La metodología que se utilizó en este trabajo fue con un enfoque paradigmático crítico- propositivo, para que no quede solamente en la recolección de datos, sino que utilizaron las herramientas propias de una investigación cualitativa, que permitió interpretar los resultados del análisis de este fenómeno dentro de la realidad ecuatoriana; con la investigación descriptiva, se caracterizaron los elementos que intervienen en la relación laboral, para llegar a la conclusión de que, se están utilizando mecanismos para generar fraude laboral, con formas de contratación ajenas al ámbito laboral, cuando el contratado es efectivamente un trabajador. En virtud de los resultados obtenidos en los análisis de casos específicos, en los cuales se establece que existen claramente configurados los elementos de una relación típicamente laboral, pues se configura la existencia de una prestación de servicios lícitos y personales, bajo la dependencia administrativa y económica del empleador, con una remuneración, que bajo cualquier denominación perciben los servidores regularmente, con lo cual se afecta un bien jurídico protegido, surge la necesidad de proponer un proyecto de Ley Reformativa al Código del Trabajo y al Código Integral Penal (COIP), para el establecimiento de sanciones a los representantes legales de las instituciones públicas, que incurran deliberadamente en la utilización de figuras contractuales y otros mecanismo y artificios legales, para aparentar una relación de naturaleza distinta a la laboral, de esta manera se dará la tutela efectiva a los ciudadanos, generando confianza y seguridad jurídica.</p> |   |   |    |
| <b>ADJUNTO PDF:</b>   | <input checked="" type="checkbox"/> SI                    | <input type="checkbox"/> NO                   |    |
| <b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>   | <b>Teléfono:</b><br>0980496127                            | <b>E-mail:</b><br>byrongarciasuarez@gmail.com |    |
| <b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>   | <b>Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando</b>                   |   |    |
|   | <b>Teléfono: 0982466656</b>                               |   |    |
|   | <b>E-mail: ing.obando@hotmail.com</b>                     |   |    |



**SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA**

|   |  |
|---|--|
| <b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b> |  |
| <b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>              |  |
| <b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>   |  |

\_\_\_\_\_